

## COLOQUIO

### EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

*Dr. Rafael Ostau de Lafont Pianeta y Dra. Laura Ospina Mejía*

**E**n las instalaciones de la emisora virtual “www.lavozdelderecho.com”, el doctor Rafael Ostau de Lafont Pianeta, reconocido jurista, ex Presidente del Consejo de Estado y experto en temas de derecho constitucional y derecho administrativo, se reunió con la Dra. Laura Ospina Mejía, Subdirectora y coeditora de la Revista Elementos de Juicio, y Subdirectora de la referida emisora, con el objeto de participar en nuestro acostumbrado *COLOQUIO*, que fue transmitido en el programa que lleva el nombre de esta revista: “Elementos de Juicio”.

**Laura Ospina Mejía** – El tema que hoy trataremos con nuestro muy especial invitado es el relativo al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, recientemente aprobado mediante Ley 1437 de 2011. Y queremos detenernos específicamente en el Libro Segundo de dicho código, que hace referencia a la parte judicial.

Bienvenido doctor Rafael Ostau de Lafont Pianeta; para nosotros es un placer tenerlo en la emisora y en la revista, y poder charlar de estos temas que Usted bien domina.

**Rafael Osteau de Lafont Pianeta** – Muchas gracias Dra. Laura, celebro mucho que por una vía tan importante como esta, el derecho administrativo tenga un nuevo espacio.

**LOM** – Consideramos que es muy importante la divulgación de este nuevo código, ya que muchas personas no lo conocen. Quizás resulte interesante que empecemos por hablar de la filosofía que inspiró esta reforma a la administración de justicia en el campo de lo contencioso-administrativo.

**ROLP** - Sí, por supuesto, este es un tema producto de un proceso evolutivo muy interesante que en la historia de Colombia ha marcado una pauta trascendental. Lo administrativo para el país es coincidente con la misma formación de la república, cuando nace la preocupación por el tema del control judicial de los actos del gobernante. La tradición de la jurisdicción contencioso administrativa si bien nace, al igual que en el derecho francés, con una visión meramente consultiva.

**LOM** –...En 1817.

**ROLP** – En 1817, Bolívar toma una decisión de replicar en Colombia, en la Nueva Granada de la época, lo que el gobierno revolucionario de 1789 había constituido al finalizar ese siglo en Francia

**LOM** – Exactamente en 1799.

**ROLP** – Sí, en 1799. Aquí se replica, y ahí arranca lo que hoy tenemos, podemos afirmar con certeza que esta jurisdicción, a la par de la función consultiva, forma parte de la cultura, de la tradición jurídica del pueblo colombiano; y por ello se ha podido observar un crecimiento

cuantitativo, por encima del cuantitativo, de esta jurisdicción preocupada siempre y preponderantemente, en principio, por verificar los límites del ejercicio del poder público.

**LOM** – Bueno, y en este campo, siempre se ha dicho que el derecho administrativo y sus avances provienen no solo de la normatividad sino también de los aportes jurisprudenciales; se ha sostenido por ello que esta es una rama del derecho marcadamente pretoriana.

**ROLP** – Perfectamente cierta es esa consideración, porque al igual que en el caso francés, en el nuestro, el juez contencioso ha sido un gran impulsor de la institucionalidad administrativa tanto en la parte sustancial como en la procesal. Nosotros hemos tenido a lo largo de nuestra historia, ya en el presente, cuatro Códigos Contencioso Administrativos, y hay una constante permanente en todos ellos, y es que los criterios jurisprudenciales fueron acogidos posteriormente por las normas.

**LOM** – Es importante resaltar esa particularidad del derecho administrativo, en el que la jurisprudencia ha tenido un protagónico papel, y en ello hemos también seguido, por tradición jurídica, muchas de las pautas jurisprudenciales francesas.

**ROLP** – Así es, y es muy enriquecedor, porque esos criterios jurisprudenciales se decantan en el tiempo según las circunstancias, y cuando ya se consolidan se transforman en reglas, en normas. Eso es bastante útil. Este código no escapa a eso, en él hay una gran influencia de la jurisprudencia, ya no solamente administrativa sino constitucional, que adquieren el carácter de normas.

Y otro punto para destacar, en cuanto a la filosofía de este código, fuera de aquella, es su consonancia con los postulados que el Constituyente de 1991 estableció para reorientar el concepto de Estado Social, en cuanto a que este juez queda convertido por esta circunstancia, ya no solo en un juez controlador de la legalidad de las actuaciones de las autoridades públicas, sino en el gran tutelante de la garantía efectiva de los derechos fundamentales de las personas... Ese es un nuevo rol.

**LOM** – Y recordemos que el anterior Código, fue expedido en 1984, y entiendo que una de las principales finalidades de la expedición del nuevo estatuto según se ha anunciado en varios foros, fue la de ajustar el código a los cambios constitucionales, dentro de esa visión de constitucionalización del Derecho. Y a ese respecto, Dr. Lafont, cuéntenos cuáles son esas grandes innovaciones que trae el nuevo Código en la parte judicial.

**ROLP** – Bueno, fuera de la ya mencionada, en el sentido de entender este Código que la jurisdicción contencioso administrativa es una jurisdicción de los derechos, como deben serlas todas, pero ésta particularmente porque regula las relaciones entre el Estado administrador y los usuarios, las personas del común, los consumidores, es decir, una serie de frentes de la sociedad civil muy importantes, y por ello era necesario que se dijera que esta jurisdicción es una garantía para el administrado.

**LOM** – Siempre ha sido así, esa es nuestra tradición jurídica. Además es muy importante recalcar que a veces hay un mal entendimiento sobre el papel del juez, pues algunos suponen que el juez de los derechos fundamentales es solamente el juez de tutela, cuando en realidad a todos los jueces se les asigna la labor de la protección de los derechos fundamentales.

**ROLP** – Así es. Este Código se enmarca en la parte judicial en ese frente y a partir de ahí tiene unos desarrollos trascendentes y transformadores de los que venía siguiendo, por ejemplo, erigir al juez como un verdadero director del proceso.

**LOM** – Cuéntenos qué trae de diferente la reforma en ese sentido.

**ROLP** – No es que antes se entendiera que el juez no fuera el director del proceso, sí se decía, pero en la práctica no funcionaba de esa manera porque el juez en cierto sentido estaba condicionado bajo el temor de afectar el debido proceso, y por ello se atenía a las peticiones y actuaciones que las partes les formularan.

**LOM** - Estamos hablando entonces del principio de justicia rogada.

**ROLP** - Más o menos una de las versiones de la justicia rogada es ese juez, el que hace lo que las partes le piden. En este código no, ya que por un lado el juez ha sido dotado de una serie de mecanismos y poderes para hacer efectivo el derecho al acceso a la justicia y para que este culmine satisfactoriamente. Y por el otro lado, las partes asumen el cumplimiento de una serie de deberes y de obligaciones que le son propios, que de no cumplirse a su vez, le generarían consecuencias adversas en el proceso. Entonces hay, por un lado, el otorgamiento de esos poderes, por ejemplo, en medidas cautelares, al juez administrativo se le otorgan una serie de atribuciones que antes no tenía...

**LOM** – El nuevo Código trae toda una gama de medidas cautelares en las que el juez realmente puede apelar a cualquier medida de carácter precautelativo con el fin de proteger un derecho, y que van más allá de la suspensión provisional.

**ROLP** – Eso surge del planteamiento filosófico de este nuevo Código, que el juez es un garante de derechos. Lo que venía ocurriendo es que el juez en la mano derecha tenía un proceso de “pasta verde” que era una tutela, y en la mano izquierda tenía un proceso de “pasta roja” que era un contencioso propiamente dicho. En el de la derecha podía adoptar todas las medidas cautelares para preservar el derecho, pero en el de la izquierda no.

**LOM** – Lo que ustedes han llamado la “esquizofrenia” de la jurisdicción contencioso-administrativa: un juez todo poderoso, por ejemplo, en las acciones populares o en las acciones de tutela; y un juez supremamente restringido en su actividad normal.

**ROLP** – Era inexplicable que yo con la mano derecha pudiese tomar muchas medidas, mientras que con la izquierda no lo pudiese hacer, cuando, entre otras cosas, era común, que el tema fuese el mismo.

**LOM** - Supongo que esta reforma legal traerá consecuencias en relación con la acción de tutela, en la medida en que si hay medios de defensa judiciales de carácter idóneo y eficaz, no será necesario entonces que las personas acudan a la acción de tutela.

**ROLP** – El asunto hay que mirarlo positivamente. La gente se vio en la necesidad de usar las acciones populares y la acción de tutela, no tanto porque los otros procesos no funcionaran, en el caso de lo público, sino porque el Estado administrador no funcionaba, entonces hubo, lo que denominamos en la comisión redactora del Código, un desplazamiento de los centros de decisión administrativa a los centros de decisión judicial, es decir, el juez reemplazando al administrador.

**LOM** – El juez administrador que tanto se ha criticado, pero que al mismo tiempo tenía su razón de ser en una práctica que todos los lectores conocen bien y que muchos han padecido, y es el hecho de acudir a la administración para la protección de un derecho y ella contesta “Sí señor, usted tiene derecho, pero yo no me atrevo a declararlo o reconocerlo, porque me da temor asumir alguna responsabilidad, mejor traiga una sentencia y específicamente una de tutela para que yo pueda proteger su derecho”.

**ROLP** – Confiamos en que eso se racionalice, la idea no es atacar la tutela, sino por el contrario ayudarle, porque si usamos la tutela para lo que realmente debemos utilizarla, el futuro de la tutela está garantizado.

**LOM** – Y es que además la tutela fue consagrada como un mecanismo excepcional de carácter subsidiario, y ha sido por esas perversas prácticas administrativas que la tutela se fue convirtiendo para ciertos temas, en un simple prerequisite de un procedimiento administrativo.

**ROLP** – Así es, entonces esa es una de las más importantes transformaciones que incorpora este Código. El otro es el tema de las acciones, que es un tema un poco más técnico, pero que se puede explicar de la siguiente manera: veníamos en la tradición de considerar que por cada problema que necesitábamos resolver, teníamos una acción distinta.

**LOM** – Y es complicadísimo litigar ante la jurisdicción de lo contencioso – administrativo, porque a veces se tiene la inquietud de optar por la acción de nulidad, o si quizás sea la adecuada la

de nulidad y restablecimiento de derecho, y si tomó la vía inadecuada, dentro de 3 años los jueces dirán que era la acción equivocada...

**ROLP** – Ese era el gran problema, el asunto es que las acciones en el contencioso eran una especie de compartimientos cerrados, y si usted se equivocaba de acción cuatro o cinco años después le decía que había iniciado la acción equivocada. Eso es gravísimo. Es una denegación a la justicia, por lo tanto, lo que se observó es que todos tenemos un derecho fundamental de acceso a la justicia, y lo que cambia es el contenido de ese derecho fundamental, o sea, lo que necesitamos resolver, y eso se llama pretensión.

Por eso este Código escogió la alternativa última del derecho procesal, de optar por una acción única ante el contencioso, en la que se pueda plantear diversas pretensiones, ya verá el juez si resuelve todas, las concede o las niega. Pero nunca más un juez administrativo en Colombia, podrá decirle a una persona cuatro o cinco años después “usted se equivocó de acción”.

**LOM** – Entonces Dr. Lafont, si uno va a instaurar una demanda contra un acto administrativo, y tiene la inquietud, que normalmente siempre se tenía si era una u otra acción, en este caso uno no anuncia que instaura tal acción...

**ROLP** –...Sino lo que pretende.

**LOM** - ... Por ejemplo: mi pretensión es atacar este acto administrativo para que se declare la nulidad y se restablezca mi derecho en la medida en que considero se me han causado unos daños. Si el juez estima que esa no era la acción adecuada, entonces no habrá ningún problema, ni al final del proceso el juez dirá que se escogió la acción indebida porque, según entendí, simplemente se habla de pretensiones y ya el juez va acomodando el proceso...

**ROLP** – Por supuesto.

**LOM** - Y ahí surge una inquietud, el tema de la violación o posible afectación del debido proceso del demandado, en la medida en que entiendo yo, que como el juez tiene tantos poderes, va ajustando el proceso en razón de lo planteado.

**ROLP** – Sí, pero siempre el demandado tendrá la posibilidad de conocer la actuación del juez y la otra parte por supuesto, pero el proceso se traba cuando hay una demanda y hay una contestación de la demanda... ahí empieza el proceso, sobre esa base, siempre cualquier actuación del juez y de las partes va a ser conocida por todos los sujetos procesales.

**LOM** – Entonces en este caso, el demandado que es el Estado o alguna de las entidades estatales, podrá decir que no está de acuerdo.

**ROLP** – Por supuesto, siempre podrá controvertir la pretensión y nunca será sorprendido en ningún caso, sin perjuicio de que el Código da ciertos poderes al juez y no a las partes, para que en determinados casos pueda ir un poco más allá de lo que se ha planteado en la demanda, pero son casos excepcionálísimos, que ya existen, entre otras cosas; en el caso de la nulidad por inconstitucionalidad, se determina que el juez no está atado a los cargos que formule el demandante, reduciéndose así la justicia rogada a cero, pues si él encuentra que el acto administrativo vulnera una norma que no fue citada por el demandante, pero que vulnera una norma de carácter constitucional, declara entonces la nulidad del acto.

Fuera de las mencionadas, hay otra cosa muy importante y es el tema de la oralidad. Al principio se especuló un poco con él, pero ya las cosas se han asentado, y es bueno que haya ocurrido de esa manera. ¿Y qué ha pasado? Ocurrió que hubo un balance de lo que veníamos trabajando por casi cien años y llegamos a la conclusión que el tipo de proceso escrito, yo lo he denominado “dictatorialmente escrito” que teníamos, en verdad cumplió su cometido, se justificó en una época, pero evidentemente el derecho evoluciona y los instrumentos para ser operativos los derechos de las personas también lo hacen; me refiero al derecho procesal en particular; y creo que el país necesitaba y se merecía mirar una alternativa diferente.

**LOM** – Yo supongo, no sé qué estará pasando en la práctica, que nuestra comunidad jurídica o al menos cierto sector, es reacio a ese tipo de cambios de la oralidad, porque nuestra tradición jurídica está atada al proceso escrito.

**ROLP** – Doctora Laura, cómo será tan cierto eso, que usted ni se imagina las discusiones de la Comisión Redactora -de la cual me honro de haber hecho parte y de haberla presidido-, entre los defensores del proceso escrito y los defensores del proceso oral. Yo no soy enemigo del proceso escrito, lo que siempre dije, y sostengo, es que nos merecíamos la oportunidad de mirar una opción diferente porque la que teníamos ya no nos funcionaba; tenemos procesos que duran 15 años para declarar la responsabilidad del Estado en favor de unas víctimas, eso es una locura; o la discusión de un contrato del Estado que se celebró hace veinte años... Son temas supremamente complejos, pero indiscutiblemente había razones para pensar, porque nada fue improvisado, que el tema de la oralidad podía servir como un instrumento importante. Ahora bien, es importante aclarar que no existe un proceso absolutamente oral en ningún país del mundo, eso sólo existe en las películas, siempre se ha adoptado un sistema mixto que fue el que finalmente adoptamos nosotros.

**LOM** – Sí, lo que me preocupa de la oralidad, y eso ha ocurrido en otras áreas del derecho, es que terminan por existir dos procedimientos concurrentes, y así el proceso es oral, pero a la misma vez es escrito; entonces el funcionario que dirige la diligencia siempre pretende que la gente lleve el documento escrito, por otra parte las desgrabaciones que suponen una gran carga para el respectivo despacho, y finalmente, tanto el funcionario como los intervinientes consideran que lo único que existe en el proceso es lo que está escrito, porque nadie acude a las grabaciones.

**ROLP** – Eso es cierto, aquí se tuvo la precaución de establecer claramente cuáles actuaciones son escritas y cuáles son orales, que es un error que se había cometido en otras regulaciones, ya que no había claridad al respecto. Entonces aquí el juez no puede transformar en escrito lo que es oral, a menos que la norma se lo permita, en algunos casos lo permite, en otros no. Pero todo esto fundado sobre la experiencia que inclusive otros países desde hace muchos años vienen trajinando sobre el tema de la oralidad. Ahora bien, lo que sí es efectiva y definitivamente cierto, es que no basta con cambiar los Códigos, tenemos que cambiar la mentalidad y el concepto razonable de lo que queremos hacer, porque si no cambiamos la mentalidad, va a ser muy difícil que una figura como esta tenga éxito. Yo, personalmente, confío en que el país acoja y aproveche esa oportunidad y que los funcionarios judiciales, los abogados e inclusive las partes, se concienticen de que puede haber allí un instrumento de un manejo flexible. Además, en el código adoptamos un sistema propio, que es lo ideal; cada país adopta el suyo, cada país tiene sus reglas, pero nosotros no acogimos un sistema en particular, nos enriquecimos de lo que vienen haciendo esos otros países, pero diseñamos lo que podía representar un progreso y no un atraso.

**LOM** - ¿Qué sistemas se estudiaron?

**ROLP** – Se estudiaron varios. El sistema anglosajón, que siempre ha sido fundamentalmente oral, también se miraron experiencias de otros países como Italia que tiene un sistema de oralidad, así como Alemania. Pero estudiamos también una experiencia cercana, la de Costa Rica, que hace cinco años o un poco menos expidió un nuevo Código Contencioso Administrativo, fundado y mucho más riguroso en el tema de la oralidad. De ahí tomamos varias cosas que consideramos importantes. Pero no se adoptó un sistema específico, sino que ya habiendo estudiado todo esto, se analizó qué es lo que necesitamos aquí y eso fue lo que adoptamos.

**LOM** – Doctor Lafont, ¿qué otras innovaciones trae este Código?

**ROLP** – El tema de la jurisprudencia. Su papel en este nuevo Código, que rápidamente desdijo a sus opositores que consideraban que estábamos convirtiendo a la jurisprudencia en fuente formal de derecho...

**LOM** – Ese creo que ha sido el gran debate en este nuevo Código, y es el de la figura de la extensión de la jurisprudencia, según la cual, la administración debe tener en cuenta al momento de decidir tanto el ordenamiento jurídico, así como lo señalado en las sentencias de unificación del Consejo de Estado. Entiendo que hay un trámite previo ante la administración, para que el ciudadano pueda pedir esto directamente, pero si la administración se niega, también hay un procedimiento muy expedito ante el Consejo de Estado para lograr esa extensión de jurisprudencia. ¿Cómo funciona esa figura?

**ROLP** – En eso dimos un salto grandísimo, pero algunos consideran que esto es lo más revolucionario del Código. Quiero llamar la atención sobre que aquí no creamos sólo una institución sino dos, el artículo 10 del código que señala los deberes de las autoridades públicas, regula dos instituciones muy importantes cuando dispone que las mismas, cuando deben aplicar la Constitución, la ley y reglamentos, deben aplicar las normas en condiciones de igualdad a quienes se encuentren en las mismas situaciones fáctico- jurídica de casos que esas mismas autoridades han resuelto anteriormente. Esa es la primera figura, que en la doctrina se conoce como la del “precedente administrativo”.

**LOM** – Pero esa es una práctica muy usada en la administración...

**ROLP** – Eso ocurre en Colombia con mucha frecuencia, se le dice a la administración que tiene que resolver de la misma manera como lo hizo en otros casos. Ahora, si no lo hace, viene el segundo mecanismo, que es el precedente judicial con efectos vinculantes, que se denomina como la “extensión de la jurisprudencia”, es decir, que yo tengo derecho a que se me resuelva de la misma manera como se resolvió antes, y ese derecho se fortalece cuando existe un pronunciamiento judicial que ha dicho que quienes estamos en esa situación tenemos ese derecho; si se niega, puedo acudir al Consejo de Estado y decirle que sea él, mediante un trámite expedito, el que decida si estoy en la misma situación de la jurisprudencia suya, y si estoy en la misma situación, el Consejo de Estado me tiene que reconocer el derecho, de lo contrario, podré demandar o acudir a otro mecanismo...

**LOM** – Pues esta es una de las grandes innovaciones, mucho debate hubo durante el proyecto de Código, pero finalmente ya algunas de esas normas se han sometido a control de constitucionalidad y la Corte Constitucional ha declarado su exequibilidad.

**ROLP**- Así es.

**LOM**.- Se nos quedan muchos temas pendientes sobre este Código, pero esperamos tener nuevamente el placer y honor de continuar esta charla con el doctor Rafael Lafont. Mil gracias Doctor por su participación en este coloquio.

**ROLP**.- A Ustedes muy amables por su invitación.