

CONCILIACIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

JUAN CARLOS MELO SANTOS

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
BOGOTÁ, D.C.
2 DE OCTUBRE DE 2001**

En memoria de mi madre, quien
siempre
me brindó todo su cariño, amor y
ternura.

A mi padre, quien siempre ha
estado ahí,
apoyándome y orientándome con sus
mejores consejos.

CONTENIDO

<i>INTRODUCCIÓN</i>	<i>1</i>
1. MARCO CONSTITUCIONAL Y REGULACIÓN LEGAL DE LA CONCILIACIÓN EN LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.	4
1.1. LA CONCILIACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA	4
1.2. DEFINICIÓN DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA.	5
1.3. DEFINICIÓN LEGAL	5
1.4. LA CONCILIACIÓN SEGÚN LA JURISPRUDENCIA	6
1.5. DIFERENTES DEFINICIONES DE LA DOCTRINA	7
1.6. DEFINICIÓN PROPUESTA	8
1.7. ASPECTO NORMATIVO	9
2. CARACTERÍSTICAS DE LA CONCILIACIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA	15
2.1. VENTAJAS	15
2.1.1. AHORRO DE TIEMPO Y DINERO	16
2.1.2. SATISFACCIÓN	16
2.1.3. EFECTIVIDAD	17
2.1.4. MAYOR FLEXIBILIDAD	17
2.2. FASES DE LA CONCILIACIÓN	17
3. LA CONCILIACIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA EN PARTICULAR	22
4. PRINCIPIOS GENERALES DE LA CONCILIACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO	30

4.1. LA CONCILIACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO SUPONE UNA FILOSOFÍA DE PAZ Y PLURALISTA	30
4.2. LA PREPOTENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN ES UN ENEMIGO DE LA CONCILIACIÓN	30
4.3. EL MITO DE LA INDISPONIBILIDAD DE LOS DINEROS PÚBLICOS POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN ATACA LA CONCILIACIÓN	31
4.4. LA CONCILIACIÓN RIÑE CON LA CONCEPCIÓN SEGÚN LA CUAL ES MEJOR NO COMPROMETER POR ESTA VÍA EL ERARIO Y ESPERAR POR TANTO UNA SENTENCIA JUDICIAL	31
4.5. LA CONCILIACIÓN SUPONE LA SOLUCIÓN AJUSTADA A DERECHO DE LOS LITIGIOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN	32
4.6. LA CONCILIACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO SUPONE REPLANTEAR EL PRINCIPIO SEGÚN EL CUAL LA LEGALIDAD NO SE NEGOCIA	33
4.7. LA CONCILIACIÓN NO PUEDE SUPONER LA EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PERSONAL DEL SERVIDOR PÚBLICO	34
4.8. LA CONCILIACIÓN DEBE TENDER A SER TOTAL	42
4.9. LA CONCILIACIÓN SUPONE EL SANEAMIENTO JURÍDICO DE LA INSTITUCIÓN PÚBLICA	43
5. CLASES DE CONCILIACIÓN	44
5.1. CONCILIACIÓN PREJUDICIAL	45
5.2. CONCILIACIÓN JUDICIAL	54
6. CONCLUSIONES	61
BIBLIOGRAFÍA	63

INTRODUCCIÓN

Sin lugar a dudas, la conciliación es hoy en día uno de los principales mecanismos alternativos de solución de conflictos. Este trabajo servirá para guiar al lector en lo que se refiere al tratamiento jurisprudencial de dicho mecanismo en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. No puede desconocerse el valor que, a través de la historia, ha adquirido la jurisprudencia como fuente indirecta del derecho. Por ello resulta de gran importancia conocer e interpretar los distintos pronunciamientos de las altas cortes en materia de conciliación contencioso administrativa.

La administración de justicia cuenta con los medios, todavía insuficientes, para descongestionar sus despachos judiciales en todas las áreas del derecho. Uno de esos medios es el mecanismo de la conciliación, tanto judicial como extrajudicial; cada día cobra más vigencia la teoría según la cual para poder comprender y entender nuestra actual situación judicial se torna necesario estudiar y analizar todos aquellos instrumentos que estén a nuestro alcance y, de esta manera, encontrar las posibles alternativas que ayuden a solucionar los problemas que aquejan la administración de justicia.

La conciliación es el instrumento que, en mi opinión, repercute con más fuerza en los distintos ámbitos de la rama judicial en el propósito de descongestionar los despachos que la integran y, más importante aún, en cambiar la mentalidad del litigio por la de la solución pacífica de los conflictos. El tema de la conciliación es aplicable a todas las

ramas del derecho, especialmente, al derecho penal, laboral, civil, administrativo y de familia, y en su tratamiento se debe atender, principalmente, su perspectiva jurisprudencial. No obstante lo anterior, este trabajo tiene por objeto el estudio de la conciliación frente a la solución de controversias propias de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

El trabajo iniciará con una referencia a los principios y al marco normativo de la conciliación haciendo especial énfasis en la Ley 640 del 5 de enero de 2001 y en la Ley 678 del 3 de agosto del mismo año, analizando la evolución que ha tenido la jurisprudencia en nuestro país en materia de conciliación, principalmente la elaborada por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional.

Es de gran importancia establecer, a partir de los pronunciamientos de estos organismos, cuál ha sido el contenido y alcance de la conciliación como mecanismo alternativo para la resolución de conflictos.

Sin embargo, como se dejó dicho, el propósito de este trabajo es dar al lector las herramientas y los instrumentos necesarios para facilitar el estudio de la conciliación en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Finalmente, debo advertir que estas reflexiones se inscriben en las nuevas escuelas del derecho que tienden al replanteamiento del concepto de litigio, a partir del reconocimiento de la conciliación y en general de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos,

como instrumentos más expeditos y eficaces para la administración de justicia, y la descongestión de los despachos judiciales, con el fin de borrar las huellas de violencia que permanecen entre las partes litigantes con las tradicionales fórmulas de heterocomposición.

1. MARCO CONSTITUCIONAL Y REGULACIÓN LEGAL DE LA CONCILIACIÓN EN LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

1.1. LA CONCILIACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Nuestra Constitución Política consagra la figura de la Conciliación en su artículo 116, el cual dispone en sus incisos 3º y 4º que:

“Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.”

Vemos como nuestra Carta Política autoriza a los particulares para desarrollar la función de administrar justicia transitoriamente, de acuerdo con lo que determine la ley, en calidad de conciliadores o árbitros pudiendo proferir fallos en derecho o en equidad. El artículo 116 de la Constitución Política sirvió de fundamento para desarrollar el tema relacionado con la conciliación como mecanismo alternativo para la solución de los conflictos. La materia contencioso administrativa también quedó, como era lo obvio, cubierta con los beneficios de dicho instrumento de solución, cuyo uso se ha venido incrementando en los últimos años en los casos en que la administración está obligada a responder patrimonialmente por diferentes motivos.

Igualmente, cabe resaltar que no se pueden conciliar aquellos asuntos que no admiten transacción o acuerdo. Dentro de éste grupo está, entre otros, el estado civil y nacionalidad de las personas, las fronteras de nuestro territorio y aquellos delitos, en su mayoría, que no

admiten desistimiento como por ejemplo: el secuestro extorsivo, el homicidio doloso, el narcotráfico y los delitos sexuales.

1.2. DEFINICIÓN DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA

El diccionario de la lengua española define la palabra conciliar como:

“Componer y ajustar los ánimos de los que estaban opuestos entre sí. // **2.** Conformar dos o más proposiciones o doctrinas al parecer contrarias. // **3.** Granjear o ganar los ánimos y la benevolencia. Alguna vez se dice también del odio y aborrecimiento.”

1.3. DEFINICIÓN LEGAL

El artículo 64 de la ley 446 de 1998 define la conciliación como 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.”

1.4. LA CONCILIACIÓN SEGÚN LA JURISPRUDENCIA

El Consejo de Estado ha definido la conciliación en los siguientes términos:

“La conciliación entendida de manera general es la concreción de una filosofía de diálogo, concertación y solución civilizada de conflictos, fruto del avenimiento y la concordia de las partes, que implica de suyo el reconocimiento del otro como forma del accionar social dando origen a la verdad jurídica por consenso. Cuando en los procesos contencioso administrativos el Estado acude a ella, está cumpliendo con su función originaria de paz

y pluralismo y convoca a la sociedad para seguir su ejemplo. La nueva concepción del Estado colombiano contenida en la Constitución Política en su artículo primero sustenta tal postulado. Durante mucho tiempo no se concibió la posibilidad de la conciliación por parte de las personas jurídicas de derecho público con fundamento en la tesis de la incapacidad relativa de éstas para transigir y por consiguiente, para conciliar.”¹

Igualmente, la Corte Constitucional la definió, y señaló sus características, así:

“La conciliación es una institución en virtud de la cual se persigue un interés público, mediante la solución negociada de un conflicto jurídico entre partes, con la intervención de un funcionario estatal, perteneciente a la rama judicial o a la administración, y excepcionalmente de particulares”. Como caracteres esenciales que informan la conciliación se destacan los siguientes:

a) Es un instrumento de autocomposición de un conflicto, por la voluntad concertada o el consenso de las partes. Por consiguiente, es de la esencia de la conciliación que las partes en conflicto, con la intervención del conciliador, lleguen a un acuerdo que o bien implica el reconocimiento o la aceptación por una de ellas de los posibles derechos reclamados por la otra, o la renuncia recíproca de pretensiones o intereses que se alegan por aquéllas”.

b) La conciliación constituye una actividad preventiva, en la medida en que busca la solución del conflicto antes de acudir a la vía procesal o durante el trámite del proceso, en cuyo caso no se llega al resultado final normal de aquél, que es la sentencia. En este último evento, se constituye en una causal de terminación anormal del proceso.

c) La conciliación no tiene en estricto sentido el carácter de actividad judicial ni da lugar a un proceso jurisdiccional, porque el conciliador, autoridad administrativa o judicial, o particular, no intervienen para imponer a las partes la solución del conflicto en virtud de una decisión autónoma e innovadora. El conciliador simplemente se limita a presentar fórmulas para que las partes se avengan a lograr la solución del conflicto, y a presenciar y a registrar el acuerdo a que han llegado éstas; el conciliador, por consiguiente, no es parte interesada en el conflicto y asume una posición neutral.

(...)

e) La conciliación tiene un ámbito que se extiende a todos aquellos conflictos susceptibles, en principio, de ser negociados, o en relación con personas cuya capacidad de transacción no se encuentre limitada por el ordenamiento jurídico. En tal virtud, bien puede éste señalar los casos en los cuales válidamente se puede restringir la facultad de conciliar. Naturalmente, no

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 30 de septiembre de 1999, C.P.: Ricardo Hoyos Duque, Rad. 16251.

debe confundirse la institución de la conciliación, con el contrato de transacción de stirpe estrictamente privada, que se gobierna por reglas especiales.

f) La conciliación es el resultado de una actuación que se encuentra reglada por el legislador en varios aspectos, tales como: las autoridades o sujetos competentes para intervenir en la actividad de conciliación y las facultades de las cuales disponen; las clases o tipos de conciliación admisibles y los asuntos susceptibles de ser conciliados; las condiciones bajo las cuales se pueden presentar peticiones de conciliación; los trámites que deben sufrir dichas peticiones; la renuencia a intentarla y las consecuencias que se derivan de ello; la audiencia de conciliación, la formalización del acuerdo total o parcial entre las partes o la ausencia de éste y la documentación de lo actuado (...).²

1.5. DIFERENTES DEFINICIONES DE LA DOCTRINA

1.5.1. - “Conciliación debe entenderse como un acto por medio del cual dos o más personas gestionan la solución de sus conflictos de carácter particular y contenido patrimonial, con la ayuda de un conciliador.”³

1.5.2. - “La conciliación es un mecanismo jurídico de solución pacífica de conflictos, a través del cual las partes mediante un acuerdo satisfactorio pueden solucionar sus controversias siempre que ellas sean susceptibles de transacción, desistimiento y aquellos que expresamente determine la ley.”⁴

1.5.3. - “La conciliación es un mecanismo por medio del cual las personas involucradas en un conflicto pueden resolverlo de una

² Corte Constitucional, Sentencia No. C-160 del 17 de marzo de 1999, M.P.: Antonio Barrera Carbonell, Exp. D-2155.

³ BERTIN RAMIREZ, Luis Edison. *Cartilla sobre Conciliación Administrativa*, Instituto de Estudios del Ministerio Público, Edit. Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá, 1999.

⁴ PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA, Facultad de Ciencias Jurídicas, Consultorio Jurídico, Centro de Conciliación, Bogotá, 2000.

manera respetuosa, mediante un acuerdo satisfactorio y justo para ambas partes.”⁵

1.6. DEFINICIÓN PROPUESTA

La conciliación contencioso administrativa es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos, a través del cual las partes, una de ellas una persona jurídica de derecho público, dirimen un conflicto de contenido patrimonial existente, siendo la otra una persona natural o jurídica -de derecho privado o público-, con la colaboración de un tercero, objetivo e imparcial, quien propone fórmulas de arreglo e impulsa las planteadas por las partes, con el fin de llegar a un acuerdo.

1.7. ASPECTO NORMATIVO

La conciliación contencioso administrativa está regulada en la Ley 23 de 1991, la Ley 446 de 1998, el decreto 1818 de 1998, la Ley 640 y 678 de 2001.

De otra parte, el artículo 73 de la Ley 80 de 1993 dispone que, “podrá pactarse acudir a los centros de conciliación y arbitramento institucional de las asociaciones profesionales, gremiales y de las cámaras de comercio para que diriman las controversias surgidas del contrato”.

⁵ ACADEMIA FORO JUSTICIA, *abc de la Conciliación*, Año 2, número 7, separata bimestral, Edit. Legis, Bogotá, enero de 2000.

Cabe resaltar el hecho de que las conciliaciones reguladas en la Ley 23 de 1991 y en la Ley 80 de 1993 son diferentes. Al respecto, la doctrina ha sostenido que, "si se cita esta norma de la Ley 80 es con el ánimo de mostrar que ella plantea un esquema antagónico al de la conciliación reglada por la Ley 23 y normas concordantes. En efecto, tanto por el lugar donde se realiza el acuerdo conciliatorio como por los efectos y requisitos del mismo, la ley 80 se distancia de la ley 23. Por el lugar, puesto que en materia contractual existe la posibilidad de acudir a los sitios señalados por el mencionado artículo 73. Por los efectos y requisitos, porque la Ley 80 no tiene el efecto de cosa juzgada jurisdiccional que sí tiene la Ley 23 y, porque supone ésta un trámite que aquélla no tiene.⁶

La conciliación prejudicial en materia contencioso administrativa es procedente en los conflictos que se ventilan por la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la acción de reparación directa y la acción contractual. En efecto, el artículo 56 del Decreto 1818 de 1998 establece que:

"Podrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas de derecho público, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo."

Además de lo anterior, cabe advertir que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 640 de 2001, para poder ejercer

⁶ HENAO PÉREZ, Juan Carlos. *La Conciliación en el derecho Administrativo*. Ministerio de Justicia y del derecho. Programa para la Modernización de la Administración de Justicia. FES - AID. Bogotá,

ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo las acciones mencionadas anteriormente, es decir, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la acción de reparación directa y la acción contractual, es necesario -como requisito de procedibilidad- haber formulado solicitud de conciliación extrajudicial. En efecto, el citado artículo dispone que:

“Antes de incoar cualquiera de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo, las partes, individual o conjuntamente, deberán formular solicitud de conciliación extrajudicial, si el asunto de que se trate es conciliable. La solicitud se acompañará de la copia de la petición de conciliación enviada a la entidad o al particular, según el caso, y de las pruebas que fundamenten las pretensiones.

Parágrafo 1°. Este requisito no se exigirá para el ejercicio de la acción de repetición.

Parágrafo 2°. Cuando se exija cumplir el requisito de procedibilidad en materia de lo contencioso administrativo, si el acuerdo conciliatorio es improbadado por el juez o Magistrado, el término de caducidad suspendido por la presentación de la solicitud de conciliación se reanudará a partir del día siguiente hábil al de la ejecutoria de la providencia correspondiente.”

En lo relacionado con las acciones de nulidad simple y electoral, contenidas en los artículos 84 y 227 del Código Contencioso Administrativo respectivamente, no es admisible la figura de la conciliación ya que dichas acciones no suponen conflictos de carácter particular y contenido patrimonial.

Tampoco son conciliables los asuntos o materias de carácter tributario. Al respecto, el Consejo de Estado ha dicho que:

1996..

“(…) Un análisis sano y desprevenido del artículo 59 de la Ley 23 de 1991 nos conduce a una respuesta inmediata, es decir a que no procede la conciliación tratándose de tributos. Con posterioridad se expidió el Decreto 2651 de 1991 con vigencia a partir del 10 de enero de 1992 y que regula la conciliación en materia contenciosa en los términos que contiene su artículo 6o., del cual se concluye que se ha previsto el arreglo de la litis por mutuo acuerdo para controversias de naturaleza contractual o extracontractual y por ende están excluidos los impuestos (…)”⁷.

Ahora bien, el artículo 23 de la Ley 640 de 2001 disponía que las conciliaciones extrajudiciales en materia de lo contencioso administrativo sólo podían ser adelantadas ante los Agentes del Ministerio Público asignados a esta jurisdicción y ante los conciliadores de los centros de conciliación autorizados para conciliar en esta materia”. Sin embargo, la Corte Constitucional,⁸ mediante sentencia C-893 de 2001, declaró inexecutable la expresión “...y ante los conciliadores de los centros de conciliación autorizados para conciliar en esta materia”, contenida en el artículo 23 de la Ley 640 de 2001, razón por la cual las conciliaciones extrajudiciales solamente podrán adelantarse ante el Ministerio Público asignados a la jurisdicción contencioso administrativa.

Igualmente, la Corte Constitucional declaró inexecutable la totalidad del artículo 12 de la Ley 640 de 2001 el cual disponía que:

⁷ Consejo de Estado. Auto del 2 de octubre de 1992. Rad. 4259. C.P: Guillermo Chahin Lizcano.

⁸ Corte Constitucional, Sentencia C893 del 22 de agosto de 2001, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández, Exp. D-3399.

“El Gobierno Nacional expedirá el reglamento mediante el cual se determinen los requisitos que deberán cumplir los centros para que puedan conciliar en materia de lo contencioso administrativo”.

Las actas que contengan los acuerdos conciliatorios extrajudiciales en materia contencioso administrativa deberán, según el artículo 24 de la mencionada ley, remitirse dentro de los tres días siguientes al de su celebración, al juez competente para conocer de la respectiva acción para que la apruebe o no. El auto que apruebe la conciliación no será consultable.

Se debe tener en cuenta que, de acuerdo con lo ordenado en el artículo 81 de la Ley 446 de 1998 que modificó el artículo 61 de la Ley 23 de 1991, y en el parágrafo 2o. del artículo 63 del Decreto 1818 de 1998, “no habrá lugar a conciliación cuando la correspondiente acción haya caducado”. Es claro que cuando han transcurrido más de dos años en las acciones contractuales o de reparación directa, o más de cuatro meses en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, no procede la conciliación, y en caso de que ésta se realice el juez administrativo debe declararla ilegal.

El artículo 21 de la ley 640 de 2001 consagra que “la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad (...)”.

Igualmente, es necesario resaltar que la conciliación suspende los términos de la vía gubernativa y de la caducidad de la acción en 60 días. En efecto, el artículo 61 de la ley 23 de 1991 dispone que:

“Durante el término de la vía gubernativa, el trámite de la conciliación suspenderá el de aquella durante un plazo que no excederá de sesenta (60) días. Cuando no fuere procedente la vía gubernativa o estuviere agotada, el procedimiento conciliatorio suspenderá el término de caducidad de la respectiva acción por un plazo no mayor de sesenta (60) días”.

Al respecto, el Consejo de Estado sostuvo que los sesenta días se computarán como hábiles, y una vez terminada la conciliación, utilizado o no el término, se reanudará el conteo de caducidad de la respectiva acción.⁹

Con base en el artículo 59 de la ley 23 de 1991, y el artículo 66 del Decreto 1818 de 1998, la conciliación puede ser solicitada por cualquiera de las partes en conflicto, lo que quiere decir que la propia administración puede solicitarla. De acuerdo con el artículo 104 de la Ley 446 de 1998 y el inciso segundo del artículo 66 del Decreto 1818 de 1998, “en segunda instancia la audiencia de conciliación podrá ser promovida por cualquiera de las partes antes de que se profiera el fallo”

Teniendo en cuenta lo consagrado en el artículo 59 de la Ley 23 de 1991, modificado por el artículo 70 de la Ley 446 de 1998, y el artículo 56 del Decreto 1818 de 1998, la conciliación está autorizada para

⁹ Consejo de Estado. Sentencia del 23 de junio de 1994. Sección Primera. C.P: Miguel González Rodríguez.

todas las personas jurídicas de derecho público. Cabe advertir que en caso de que la conciliación se realice por intermedio de apoderado, es necesario que la facultad de conciliar quede expresa en el respectivo poder

2. CARACTERISTICAS DE LA CONCILIACIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

2.1. VENTAJAS

En relación con la utilidad de la conciliación como mecanismo para solucionar los conflictos, la Corte Constitucional dijo que ésta:

“(...)1) ofrece a las partes involucradas en un conflicto la posibilidad de llegar a un acuerdo, sin necesidad de acudir a la vía del proceso judicial que implica demora, costos para las partes y congestión para el aparato judicial; 2) constituye un mecanismo alternativo de administración de justicia que se inspira en el criterio pacifista que debe regir la solución de los conflictos en una sociedad; 3) es un instrumento que busca lograr la descongestión de los despachos judiciales, asegurando la mayor eficiencia y eficacia de la administración de justicia, pues éstas se aseguran en mayor medida cuando a la decisión de los jueces sólo se someten las causas que están en capacidad de resolver oportunamente y sin dilaciones.(...)”¹⁰

La conciliación como mecanismo alternativo para resolver controversias tiene las siguientes ventajas frente a los procesos de

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-160 del 17 de marzo de 1999, M.P.: Antonio Barrera Carbonell, Exp. D-2155.

carácter judicial, particularmente los que se adelantan ante la jurisdicción contencioso administrativa:

2.1.1. AHORRO DE TIEMPO Y DINERO

La conciliación es un procedimiento más expedito y económico. Las partes solucionan su conflicto rápidamente, evitando la espera de varios años para que el juez competente resuelva definitivamente el conflicto. A manera de ejemplo, un proceso de reparación directa, de dos instancias, iniciado ante la jurisdicción contencioso administrativa puede durar en promedio siete (7) años; tres (3) años en la primera instancia ante el Tribunal Administrativo y cuatro (4) años en la segunda ante el Consejo de Estado.

Además de lo anterior, la conciliación brinda tranquilidad a las partes y reduce la angustia y la carga emocional que implica mantener un conflicto durante varios años sin tener certeza de cual va a ser la decisión judicial.

2.1.2. SATISFACCIÓN

Las partes que logran llegar a un acuerdo conciliatorio quedan satisfechas con él, no hay que olvidar que el arreglo proviene de las partes y son ellas quienes deciden los términos del acuerdo, a diferencia de una sentencia judicial donde la solución es impuesta por el juez, incluso, coercitivamente.

2.1.3. EFECTIVIDAD

El acta de conciliación que contiene el acuerdo conciliatorio tiene plena validez desde el punto de vista legal. Con base en el artículo 66 de la Ley 446 de 1998 “el acuerdo conciliatorio hace tránsito a cosa juzgada y el acta de conciliación presta mérito ejecutivo”. En éste último punto hay que tener muy claro que el acta de conciliación prestará mérito ejecutivo siempre y cuando contenga obligaciones claras, expresas y exigibles.

2.1.4. MAYOR FLEXIBILIDAD

El procedimiento que regula la conciliación no tiene las formalidades ni los rigorismos propios de los procesos judiciales, lo cual permite un amplio margen de discusión y creatividad de las pretensiones económicas.

2.2. FASES DE LA CONCILIACIÓN

La conciliación tiene diferentes fases o etapas y el conciliador, en cada una de ellas, deberá desplegar toda su actividad con el fin de lograr que las partes lleguen a un acuerdo conciliatorio benéfico para ambas.

En la primera fase o etapa, denominada apertura de la conciliación, el conciliador deberá: presentar a las partes, crear un ambiente que

facilite la negociación y el respeto entre ellas, informar a las partes sobre el proceso de conciliación y las responsabilidades de las partes dentro de éste, explicar el propósito y ventajas de la conciliación y la duración del proceso conciliatorio.

El conciliador es la persona imparcial que ayuda a las partes en conflicto a solucionar sus diferencias proponiendo fórmulas de arreglo e impulsando las que ellas proponen. Su función es la de orientar a las partes para que encuentren una solución benéfica para ambas, toda vez que no tiene facultad legal para imponer la solución.

En materia contencioso administrativa, el artículo 23 de la Ley 640 de 2001, disponía que:

“Las conciliaciones extrajudiciales en materia de lo contencioso administrativo sólo podrán ser adelantadas ante los Agentes del Ministerio Público asignados a esta jurisdicción y ante los conciliadores de los centros de conciliación autorizados para conciliar en esta materia”.

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional declaró la inexecutable de la expresión “(...) y ante los conciliadores de los centros de conciliación autorizados para conciliar en esta materia”. Con base en lo anterior, la conciliación extrajudicial, en materia contencioso administrativa, solo podrá ser adelantada ante los Agentes del Ministerio Público asignados a esta jurisdicción. En materia de conciliación contencioso administrativa judicial, es claro que el juez de esta jurisdicción actuará como conciliador.

De acuerdo con el artículo 8 de la Ley 640 de 1998, son obligaciones del conciliador: citar a las partes a la respectiva audiencia de conciliación, hacer concurrir a quienes, en su criterio, deban hacerlo, orientar a las partes en conflicto acerca del objeto, alcance y límites de la conciliación, motivar a las partes para que presenten sus fórmulas de arreglo, formular propuestas que solucionen el conflicto, levantar el acta de la audiencia de conciliación y registrarla.

El párrafo de éste artículo señala como deber específico del conciliador “velar porque no se menoscaben los derechos ciertos e indiscutibles, así como los derechos mínimos e intransigibles”.

Es importante resaltar, como se mencionó anteriormente, que la Corte Constitucional¹¹ declaró inexecutable el artículo 12 de la ley 640 de 2001, relacionado con los centros de conciliación autorizados para conciliar en materia de lo contencioso administrativo.

En la segunda fase o etapa, denominada focalización, el conciliador deberá ayudar a las partes a identificar y aclarar sus intereses, y a reconocer las consecuencias que afrontarán si no llegan a un acuerdo.

En la tercera fase o etapa, denominada negociación, deberá recoger y analizar las fórmulas de solución que propongan las partes.

Por último en la cuarta fase o etapa, denominada cierre o conclusión de la conciliación, deberá redactar el acuerdo logrado de tal

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-839 del 22 de agosto de 2001, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández, Exp. D-3399.

manera que no aparezcan vencedores ni vencidos y que induzca a su aceptación y cumplimiento. En caso de lograrse el acuerdo o si éste fuere parcial, el conciliador deberá levantar un acta sobre los puntos no conciliados.¹²

El artículo 1º de la Ley 640 de 2001 señala que el acta del acuerdo conciliatorio deberá contener el lugar, la fecha y la hora de la audiencia de conciliación, la identificación del Conciliador y de las personas citadas, señalando expresamente las que asistan a la audiencia, una relación breve de las pretensiones que han motivado la conciliación y el acuerdo al que han llegado las partes en conflicto, indicando la cuantía, modo, tiempo y lugar de cumplimiento de las obligaciones pactadas, las cuales deberán ser expresas, claras y exigibles para que el acta pueda prestar mérito ejecutivo.

Las partes recibirán una copia auténtica del acta de conciliación con la constancia “de que se trata de primera copia que presta mérito ejecutivo”.

Es obligación de las partes acudir a la audiencia de conciliación pudiendo ir acompañadas de su apoderado. No obstante lo anterior, el párrafo 2º del mencionado artículo permite la celebración de la audiencia de conciliación únicamente con el apoderado de la parte, siempre y cuando el domicilio de esta última quede por fuera del Circuito Judicial correspondiente al lugar donde se vaya a celebrar la audiencia de conciliación o “alguna de ellas se encuentre fuera del

¹² PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA, Op. Cit. Página 8.

territorio nacional.". En todo caso, el apoderado deberá estar debidamente facultado para conciliar.

En materia contencioso administrativa, el parágrafo 3º del comentado artículo dispone que "el trámite conciliatorio, desde la misma presentación de la solicitud deberá hacerse por medio de abogado titulado quien deberá concurrir, en todo caso, a las audiencias en que se lleve a cabo la conciliación."

3. LA CONCILIACIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA EN PARTICULAR

Particularmente, en la conciliación contencioso administrativa, el acuerdo conciliatorio debe ser producto de la voluntad de las partes, precedida de un estudio jurídico completo realizado por la entidad estatal el cual deberá abarcar la normatividad vigente y la procedencia de la conciliación, teniendo en cuenta los lineamientos jurisprudenciales y los análisis de la doctrina.

Al respecto, el Consejo de Estado ha dicho:

"(...) la posibilidad de disponer de los intereses estatales debe ajustarse a la solución jurídica prevista en el ordenamiento vigente y debe obedecer al principio según el cual el Estado no puede reconocer por vía de la conciliación liberalidades. Lo expuesto significa que la conciliación en el derecho administrativo debe estar precedida de un estudio jurídico comprensivo de las normas jurídicas y de la doctrina y jurisprudencia aplicables al caso. Según lo expresa el profesor Juan Carlos Henao Pérez, "El criterio para determinar qué proceso debe estar o no en la jurisdicción es su claridad legal. Es decir, que si jurídicamente la entidad observa que asiste razón a su contraparte, y que dicha razón es avalada por el ordenamiento jurídico y por la jurisprudencia, no tiene sentido provocar un proceso o insistir en él (...)"¹³.

Solo así se garantiza que la voluntad conciliadora de la administración, expresada a través de su representante legal, esté enmarcada dentro del ordenamiento jurídico, pues no hay que perder de vista que, con el acuerdo conciliatorio en materia contenciosa administrativa, se está afectando el erario público.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 30 de septiembre de 1999, C.P.: Ricardo Hoyos Duque, Rad. 16251.

Es de la esencia de toda conciliación administrativa que una de las partes sea la Administración Pública, razón por la cual la solución de éste tipo de conflictos, que siempre llevará envuelta una pretensión económica por satisfacer, afectará el patrimonio público. En todo caso, para la administración resulta más conveniente lograr acuerdos conciliatorios que atender los procesos judiciales, pues las sumas de dinero serán inferiores a las que estaría obligada en caso de ser condenada por el juez contencioso administrativo.

De otra parte, el particular o la persona jurídica -de derecho privado o público- no tendrá que esperar siete (7) u ocho (8) años para saber si tiene derecho o no al reconocimiento y pago de una determinada suma de dinero. La disminución del valor de la pretensión económica se compensa con el pago rápido de la cantidad cierta y determinada que contiene el acuerdo. No debe olvidarse que la conciliación es procedente para dirimir conflictos entre entidades públicas. Sobre el particular el Consejo de Estado sostuvo que:

“(…)En curso un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que vincula a la Nación -Ministerio de Desarrollo Económico- y al distrito turístico, cultural e histórico de Santa Marta, en relación con los actos administrativos de extinción de dominio del inmueble conocido como Pozos Colorados, es viable que las partes diriman en forma definitiva y mediante acuerdo sus diferencias, porque se trata de dos entidades de derecho público, cuyo patrimonio tiene esta misma naturaleza. La conciliación en este caso concreto es posible por cuanto la parte demandante puede desistir de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho pues ambas están en capacidad de conciliar las consecuencias económicas que pudieran derivarse de un fallo judicial; además el legislador autoriza dirimir conflictos de carácter particular y contenido económico si el asunto específico tiene lugar entre entidades públicas

cuyos efectos patrimoniales se entiende que dejan la titularidad del bien objeto de la controversia, en alguna de ellas. Lo anterior, en el entendido de que la Sección Tercera del Consejo de Estado, según su criterio, considere que se ha configurado alguna de las causales previstas en el Código Contencioso Administrativo, para atender las peticiones de las entidades en conflicto y resuelva dar curso a la conciliación(...)" ¹⁴

Cada órgano de la administración del orden nacional, departamental, distrital, así como los municipios capitales de departamentos, al igual que entes descentralizados, cuenta con un Comité de Defensa Judicial y Conciliación, el cual tiene la función de estudiar y analizar que las fórmulas conciliatorias estén enmarcadas dentro de los parámetros legales.

Igualmente, el Comité tiene competencia para decidir si un conflicto con pretensiones económicas es dirimido o no a través del mecanismo de la conciliación. En caso afirmativo, la decisión deberá estar respaldada por jurisprudencia reiterada y valorando cada situación de hecho con base en los principios de legalidad, eficiencia, eficacia, justicia y equidad.

En cambio, desde la óptica del particular, éste puede decidir libremente acerca de las fórmulas conciliatorias que puedan llegar a afectar su patrimonio.

Uno de los objetivos de la Ley 446 de 1998, en materia de conciliación contencioso administrativa, fue precisamente proteger los intereses

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 17 de marzo de 2000, C.P.: Luis Camilo Osorio Isaza, Rad. 1246.

del Estado al consagrar en su artículo 73 que el juez administrativo no podrá homologar el acuerdo cuando “no se hayan presentado las pruebas necesarias para ello, sea violatorio de la ley o resulte lesivo para el patrimonio público.”

Sobre el particular, el Consejo de Estado en reiteradas oportunidades ha dicho:

“(…)Sin desconocer la Sala que mediante la figura conciliatoria prevista en las leyes 23 de 1991 y 446 de 1998, así como en el decreto 1818 de 1998, se procura una más rápida y oportuna solución de los conflictos, ha de observarse, sin embargo, que para tales efectos no resulta suficiente el solo querer o voluntad de conciliar. Ha de existir así mismo capacidad dispositiva junto con una adecuada y razonable demostración de los hechos que, en determinado momento, permitan deducir una alta probabilidad de que el ente público comprometido pudiera ser sujeto pasivo de una condena generadora de posibles perjuicios para el patrimonio respectivo o para los intereses de la comunidad, frente a la cual resulte no solo conveniente, sino recomendable y necesario que las diferencias existentes se solucionen a través de este mecanismo alterno de solución de conflictos. Pero no puede olvidarse que tales acuerdos conciliatorios deben presentarse sobre diferencias debidamente acreditadas, con elementos probatorios que fácilmente le permitan al juzgador establecer la realidad del conflicto y la bondad de la conciliación, los costos económicos del mismo y cuál sería su proyección frente a los intereses tanto del ente público, como de la misma comunidad. Es por lo anterior que la Sala no prohíba acuerdos conciliatorios como el examinado, donde lo único evidente es la generosa actitud del alcalde municipal de Aipe y el abierto desconocimiento de las normas legales reguladoras, no solo de la contratación estatal, sino de la misma figura conciliatoria(…)”.¹⁵

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 9 de marzo de 2000, C.P.: Germán Rodríguez Villamizar, Rad. 16758.

En tratándose de conflictos donde una de las partes es la administración, se pueden conciliar aquéllos de carácter económico que, por su naturaleza, podrían ser resueltos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, mediante las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y de controversias contractuales. En efecto, el Consejo de Estado ha señalado:

“(...)Serán conciliables los conflictos de carácter particular y de contenido económico que pueda conocer la jurisdicción contenciosa en las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y contractuales, reguladas en los artículos 85, 86 y 87 del C.C.A., a excepción de los asuntos de carácter tributario.(...)”¹⁶

Antes de la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998, no podían conciliarse los asuntos que pudiera resolver la jurisdicción de lo contencioso administrativo mediante las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho. En esa oportunidad el Consejo de Estado dijo:

“(...)El Decreto-ley 2651 de 1991 es restrictivo, y sólo permite la conciliación en los procesos de responsabilidad contractual y extracontractual. A diferencia de lo que contemplaba el artículo 59 de la Ley 23 de 1991, el artículo 6 de éste, sólo permite la conciliación en este tipo de controversias. Su razón de ser estriba en que las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho tienen como fundamento la infracción de normas de derecho público que, como tal, no pueden ser objeto de renuncia, conciliación o transacción. La acción contractual es para resolver las controversias contractuales que son aspectos directa y exclusivamente relacionados con un contrato

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 25 de mayo de 2000, C.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros, Rad. 17078.

administrativo o privado con cláusula de caducidad. La acción de reparación directa contempla la responsabilidad extracontractual del Estado por hechos, omisiones, operaciones administrativas o la ocupación; temporal o permanente por causa de trabajos públicos, que son en el fondo hechos de acción o abstención.

Los actos administrativos mediante los cuales se decreta la caducidad administrativa, se impongan multas a los contratistas o modifiquen unilateralmente los contratos, según el artículo 6 del decreto 2651 de 1991, no pueden ser objeto de conciliación. De acuerdo con la mencionada disposición, sólo es posible conciliar controversias de responsabilidad contractual y extracontractual que no se refieren a actos administrativos.(...)"¹⁷

Quedan excluidos los conflictos de naturaleza tributaria y los procesos ejecutivos en los cuales no se hayan propuesto excepciones de mérito. En relación con los primeros, el Consejo de Estado ha sostenido que:

“(...) El artículo 59 de la Ley 23 de 1991, norma que delimita en general la aplicación de la conciliación en materia contencioso administrativa preceptúa en el párrafo: "No puede haber conciliación en los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario". Así mismo el artículo 2º del Decreto 2651 de 1991, sobre descongestión de despachos judiciales consagra la procedencia de la conciliación judicial para aquellos procesos en los que no se haya proferido sentencia de primera o única instancia y que versen total o parcialmente sobre cuestiones susceptibles de transacción "distintos de los laborales, penales y contencioso administrativos". A su turno el artículo 6º al regular el trámite de la solicitud contrae a procedencia de la audiencia de conciliación a aquellos procesos en lo contencioso administrativo en los que se controvierta "la responsabilidad contractual del Estado", que son las reguladas por los artículos

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 2 de marzo de 1992, C.P.: Javier Paredes Tamayo, Rad. 422.

86 y 87 del C.C.A. Por su parte, el artículo 1° del Decreto 171 de 1993, determina expresamente su improcedencia en relación con los procesos derivados de la "acción de nulidad y restablecimiento del derecho de que trata el artículo 85 del Código Contencioso administrativo (...)".¹⁸

No obstante lo anterior, en reciente jurisprudencia el Consejo de Estado aceptó la procedencia de la conciliación en asuntos tributarios para el reconocimiento de CERTS, al sostener que:

“(...)En el Sub-lite, el asunto planteado no corresponde a un conflicto tributario, excluido expresamente por la Ley de la conciliación. A juicio de la Sala, y sin querer desconocer el efecto tributario de los Certificados de Reembolso Tributario, se trata de una acción de carácter particular y de contenido económico en ejercicio del artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, que en términos de la Ley 446 de 1998 si es un asunto susceptible de conciliación. En efecto, en el proceso en cuestión no se discute la determinación de ningún tributo, llámese impuesto de renta, a las ventas, de industria y comercio, entre otros, ni de una tasa ni de una contribución, fiscal o parafiscal, como tampoco las sanciones correspondientes ni el pago de tales obligaciones mediante los Certificados de reembolso Tributario, CERTS. El debate se centra en establecer si la sociedad demandada dio o no cumplimiento a los requisitos señalados para el reconocimiento de los CERTS, los cuales constituyen, como se dijo anteriormente, al tenor de la Ley 48 de 1983, incentivos a las exportaciones que buscan promover las exportaciones de bienes y servicios y su diversificación, y estimular la industria y los sectores productivos nacionales.(...)”

19

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 20 de febrero de 1998, C.P.: Julio Enrique Correa Restrepo, Rad. 8673.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Auto del 20 de abril de 2001, C.P.: Germán Ayala Mantilla, Rad. 10635.

4. PRINCIPIOS GENERALES DE LA CONCILIACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

Por ser de gran importancia y ayuda para el estudio de este tema, a continuación expondré brevemente los principios que, según la doctrina²⁰, deben orientar la conciliación en el derecho administrativo.

4.1. LA CONCILIACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO SUPONE UNA FILOSOFÍA DE PAZ Y PLURALISTA

La normatividad que regula la conciliación está orientada por la filosofía liberal y pluralista en la resolución de los conflictos, la cual reconoce la alteridad como el eje fundamental del accionar social. Es

5 HENAO PÉREZ, Juan Carlos, Op. Cit., Página 10

importante tener en cuenta que el éxito de una conciliación va a depender de que las partes entre sí se valoren y se respeten mutuamente. Además, el consenso debe partir del reconocimiento del derecho ajeno y no de la negación de éste.

4.2. LA PREPOTENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN ES UN ENEMIGO DE LA CONCILIACIÓN

En el ámbito de la conciliación en el derecho administrativo no puede entenderse que las relaciones jurídicas entre el Estado y los particulares se desarrollan en un plano de desigualdad. Al contrario, nada más distante a la concepción de la conciliación que la mentalidad de una de las partes de sentirse superior a la otra, concepción que constituye un obstáculo para el buen desarrollo y éxito de la conciliación.

4.3. EL MITO DE LA INDISPONIBILIDAD DE LOS DINEROS PÚBLICOS POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN ATACA LA CONCILIACIÓN

La mentalidad según la cual la disponibilidad de los dineros provenientes del erario público únicamente puede hacerse previa autorización del presupuesto o en virtud del cumplimiento de una sentencia judicial, dificulta que, a través del mecanismo de la conciliación, el Estado se obligue para con el particular a pagar la suma que resulte del acuerdo conciliatorio. No se puede partir de la idea de que, a través de la conciliación las finanzas públicas se van a ver afectadas irregularmente; más bien se debe fomentar aquella de que, por medio de este mecanismo alternativo de solución de

conflictos, el Estado cumplirá sus obligaciones, las cuales estarán enmarcadas dentro de los parámetros de la legalidad y la honestidad, para lo cual se han establecido controles que, por supuesto, son susceptibles de mejorarse.

4.4. LA CONCILIACIÓN RIÑE CON LA CONCEPCIÓN SEGÚN LA CUAL ES MEJOR NO COMPROMETER POR ESTA VÍA EL ERARIO Y ESPERAR POR TANTO UNA SENTENCIA JUDICIAL

Es común encontrar en los servidores públicos la mentalidad según la cual es preferible esperar la decisión de la sentencia judicial que conciliar, con el fin de no comprometer el dinero público a su cargo y evitar correr riesgos políticos. Sin embargo, es precisamente a través de la conciliación que se logra una reducción en el monto de la obligación a cargo del Estado, lo cual beneficia el presupuesto público. Cuando se impide la conciliación, siendo ésta procedente, se prolongaría innecesaria y onerosamente la responsabilidad del ente público.

4.5. LA CONCILIACIÓN SUPONE LA SOLUCIÓN AJUSTADA A DERECHO DE LOS LITIGIOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN

Es necesario que todo el proceso conciliatorio esté ajustado al ordenamiento jurídico; lo contrario, implicaría su invalidación obligatoria por parte del juez contencioso administrativo. La conciliación contencioso administrativa implica una menor disposición de la autonomía de la voluntad en las entidades públicas, diferente a lo que ocurre con los entes privados. Igualmente, la

conciliación en el derecho administrativo debe ajustarse rigurosamente a la solución jurídica que da el ordenamiento al conflicto planteado, debiendo elaborarse previamente un estudio jurídico del caso. La conciliación contencioso administrativa, parte del principio de legalidad y supone un amplio conocimiento jurídico.

4.6. LA CONCILIACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO SUPONE REPLANTEAR EL PRINCIPIO SEGÚN EL CUAL LA LEGALIDAD NO SE NEGOCIA

Cierto sector doctrinario considera que la presunción de legalidad de los actos administrativos hace improcedente la conciliación en aquellos eventos en los cuales está de por medio uno de ellos, pues parten del hecho de que la legalidad no se negocia.

Se debe advertir que no es improcedente la conciliación en aquéllos casos en los cuales la administración está legitimada para revocar un acto por ilegalidad manifiesta o por inconstitucionalidad.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia al respecto dijo:

“(...) Colígese de lo que se ha expuesto que para poder entrar a conciliar sobre los puntos puramente patrimoniales, tanto tratándose de acto ejecutoriado como de acto cuya ejecutoria se halle apenas en ciernes, la administración siempre ha de dilucidar previamente si se encuentra en alguno de los supuestos que la legitiman para revocar directamente el acto, bien por inconstitucionalidad o ilegalidad manifiesta o por inconveniencia y sólo en caso afirmativo podrá proceder a la conciliación; claro que formal o externamente se seguirá un orden cronológico inverso, pues el acto será revocado como consecuencia de haberse llegado a la conciliación patrimonial,

ya que ésta si fracasa por cualquier motivo, aquél continuará firme (...)" ²¹

4.7. LA CONCILIACIÓN NO PUEDE SUPONER LA EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PERSONAL DEL SERVIDOR PÚBLICO

La conciliación no extingue la responsabilidad patrimonial del servidor público cuando el daño se haya producido por su conducta dolosa o gravemente culposa.

Lo anterior, encuentra su soporte en el artículo 90 de la Constitución Política el cual establece que:

“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.
En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.”

Igualmente, el artículo 65 de la ley 270 de 1996 -Estatutaria de la Administración de Justicia- consagra que:

“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales.
En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad.”

²¹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 12 de diciembre de 1991. Exp. 2326.

Al analizar la constitucionalidad del anterior artículo, la Corte Constitucional estimó que:

“(…) el inciso primero del presente artículo es exequible, pues si bien sólo hace alusión a la responsabilidad del Estado -a través de sus agentes judiciales- por falla en el servicio, ello no excluye, ni podría excluir, la aplicación del artículo 90 superior en los casos de la administración de justicia. En efecto, sin tener que entrar a realizar análisis alguno acerca de la naturaleza de la responsabilidad estatal y sus diversas modalidades -por escapar ello a los fines de esta providencia-, baste señalar que el principio contemplado en el artículo superior citado, según el cual todo daño antijurídico del Estado -sin importar sus características- ocasiona la consecuente reparación patrimonial, en ningún caso puede ser limitado por una norma de inferior jerarquía, como es el caso de una ley estatutaria. Ello, en vez de acarrear la inexecutableidad del precepto, obliga a una interpretación más amplia que, se insiste, no descarta la vigencia y la aplicación del artículo 90 de la Carta Política.”²²

A su turno, el artículo 71 de la mencionada ley establece la obligación del Estado de repetir contra un agente suyo cuando haya sido condenado a la reparación patrimonial por un daño antijurídico como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de éste. A renglón seguido, el inciso segundo de la misma norma estipulaba que lo que pagara una entidad pública como resultado de una conciliación equivaldría a una condena, sin embargo la Corte Constitucional lo declaró inexecutable. En efecto, la Corte sostuvo que:

²² Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 1996.

“La primera parte de esta disposición se limita a repetir, casi textualmente, lo previsto en el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución.

En cuanto a la decisión de equiparar la conciliación a una condena a cargo de la respectiva entidad pública, considera la Corte que se trata de una medida que rebasa el contenido de la norma superior citada, pues ella condiciona su aplicabilidad justamente al hecho de que el Estado haya sido judicialmente encontrado responsable de un daño antijurídico cometido por la acción o la omisión de uno de sus agentes. Y, como se sabe, la conciliación es una de las formas alternativas de terminar con un proceso que se presenta antes de que el juez dicte la respectiva sentencia. En otras palabras, la conciliación no puede ser asimilada a una condena, pues si ello fuese así, entonces también debería aplicarse en esos eventos el artículo 248 del Estatuto Fundamental, lo cual resulta carente de toda lógica jurídica y de razonabilidad constitucional. Pero, además, nótese que si lo establecido en el precepto que se cuestiona fuese viable, entonces también se vulneraría el derecho fundamental al debido proceso del servidor público que ha cometido el daño, toda vez que él estaría obligado a pagar la suma acordada entre las partes, sin haber tenido oportunidad para defenderse. El inciso, pues, será declarado inexecutable.”²³

En este punto, es importante resaltar que la Ley 270 de 1996 y la Ley 678 de 2001, consagraron en sus artículos 72 y 2º respectivamente, la acción de repetición para los eventos en los cuales el Estado haya sido condenado debido a la conducta dolosa o gravemente culposa de los servidores y ex servidores públicos, funcionarios y empleados judiciales. En efecto, la primera de las normas citadas dispone que:

“La responsabilidad de los funcionarios y empleados judiciales por cuya conducta dolosa o gravemente culposa haya sido condenado el Estado, será exigida mediante la acción civil de repetición de la que éste es titular, excepto el ejercicio de la

²³ Ibidem.

acción civil respecto de conductas que puedan configurar hechos punibles.

Dicha acción deberá ejercitarse por el representante legal de la entidad estatal condenada a partir de la fecha en que tal entidad haya realizado el pago de la obligación indemnizatoria a su cargo, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Ministerio Público. Lo anterior no obsta para que en el proceso de responsabilidad contra la entidad estatal, el funcionario o empleado judicial pueda ser llamado en garantía.

El incumplimiento de la obligación prevista en este artículo constituye causal de mala conducta, sin perjuicio de las demás sanciones previstas en la ley, incluida la responsabilidad de carácter penal por la omisión del funcionario en perjuicio del patrimonio del Estado."

El inciso final de ésta norma fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional. Al analizar la constitucionalidad del artículo, la Corte dijo que:

"El artículo interpreta lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 90 constitucional. Adicionalmente, resulta propio de los aspectos que deben ser regulados por una ley estatutaria de administración de justicia el fijar un procedimiento -que, por lo demás respeta los principios esenciales del debido proceso- para hacer efectiva la acción de repetición en los casos de responsabilidad del Estado. En iguales términos, estima la Corte que se ajusta a la Carta Política el hecho de que se excluya el ejercicio de la acción de repetición en los procesos penales, pues para ello el Estado se podrá constituir en parte civil dentro del respectivo trámite judicial y lograr, así, la reparación de los perjuicios causados por la acción dolosa o gravemente culposa del funcionario

Con todo, debe advertirse que el contenido del último inciso de la norma, como se ha dispuesto en anteriores oportunidades, hace parte de una ley ordinaria (Art. 150-23 C.P.), más exactamente del Código Disciplinario Unico. Por tanto, su inclusión en una ley estatutaria como la que se revisa, vulnera los artículos 150-23, 158 y 152 de la Carta Política.

El artículo será declarado exequible, salvo su último inciso que se declarará inexecutable.”²⁴

El artículo 2º de la Ley 678 de 2001, que consagra la acción de repetición para servidores y ex servidores públicos, dispuso que ésta :

“(...)es una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercitará contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial”.

De acuerdo con el artículo 7º de la misma ley, la jurisdicción contencioso administrativa conocerá de la acción de repetición teniendo en cuenta las reglas de competencia señaladas en el Código Contencioso Administrativo. A su turno, el artículo 8º establece que la entidad pública directamente perjudicada con el pago de la suma de dinero como consecuencia de una condena, conciliación o cualquier otra forma de solución de un conflicto deberá, en un plazo no superior a los 6 meses siguientes al pago total o al pago de la última cuota efectuado por la entidad, ejercitar la acción de repetición. En caso de no ejercerse la acción de repetición en el término señalado anteriormente y por la entidad legitimada para ello, ésta podrá ejercerla el Ministerio Público y el Ministerio de Justicia y del Derecho, a través de la Dirección de defensa Judicial de la Nación, cuando la perjudicada con el pago sea una entidad pública del orden nacional.

²⁴ Ibidem pág. 38

De acuerdo con los artículos 10 y 11 de la ley 678 de 2001, la acción de repetición se tramitará a través del proceso ordinario previsto en el Código Contencioso Administrativo para las acciones de reparación directa y caducará al vencimiento del plazo de 2 años contados a partir del día siguiente al de la fecha del pago total efectuado por la entidad pública o desde la fecha del último pago, cuando el pago se haya hecho en cuotas.

Es importante resaltar que los artículos 12 y 13 de la Ley 678 de 2001 previeron la posibilidad de conciliar tanto judicial como extrajudicialmente en los procesos de repetición.

De otra parte, en relación con el llamamiento en garantía, el artículo 19 de la ley 678 de 2001 consagró la posibilidad de llamar en garantía al servidor público cuando éste hubiere comprometido la responsabilidad de la Nación al actuar con dolo o culpa grave.

En efecto, dicha norma dispone que:

“Dentro de los procesos de responsabilidad en contra del Estado relativos a controversias contractuales, reparación directa y nulidad y restablecimiento del derecho, la entidad pública directamente perjudicada o el Ministerio Público, podrán solicitar el llamamiento en garantía del agente frente al que aparezca prueba sumaria de su responsabilidad al haber actuado con dolo o culpa grave, para que en el mismo proceso se decida la responsabilidad de la administración y la del funcionario.”

No obstante lo anterior, el parágrafo de esta norma dispone que la “entidad pública no podrá llamar en garantía al agente si dentro de

la contestación de la demanda propuso excepciones de culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor”.

En relación con la procedencia del llamamiento, el artículo 20 de la mencionada ley establece que la entidad demandada o el Ministerio Público podrán realizar el llamamiento hasta antes de finalizar el período probatorio. Por su parte, el artículo 21 de la citada ley dispuso que:

“Cuando en un proceso de responsabilidad estatal se ejercite el llamamiento en garantía y éste termine mediante conciliación o cualquier otra forma de terminación de conflictos, el agente estatal llamado podrá en la misma audiencia conciliar las pretensiones en su contra. Si no lo hace, el proceso del llamamiento continuará hasta culminar con sentencia, sin perjuicio de poder intentar una nueva audiencia de conciliación, que deberá ser solicitada de mutuo acuerdo entre las partes.”

Es claro entonces que en la respectiva audiencia de conciliación además de intentar resolverse el conflicto económico entre las partes, se podrá resolver sobre la responsabilidad del funcionario implicado. En caso de que éste reconozca su actuación dolosa o gravemente culposa, el acta de conciliación hará tránsito a cosa juzgada para la administración y prestará mérito ejecutivo, reiterándose que deben constar obligaciones claras, expresas y exigibles, y debiendo estar previamente homologada por el juez administrativo.

En ese orden de ideas, el Consejo de Estado dijo:

“(…) En los casos de terminación anormal, con la conciliación total el acuerdo debidamente aprobado entre las partes principales iniciales tiene el alcance de cosa juzgada, pero solo frente a la primera relación (demandante-demanda), ya que la segunda, por regla general, no puede ser comprendida en el mismo, sino que deberá definirse en el fallo. Por esa razón, nada impedirá que el proceso continúe entre la entidad demandada y el llamado, con miras a que se resuelva en la sentencia si la conducta de este último no sólo estuvo afectada de dolo o culpa grave, sino que tuvo incidencia en la responsabilidad imputada a la administración. Se dice por regla general, porque la entidad pública en su audiencia de conciliación podrá expresamente desistir de su pretensión de llamamiento, si lo estima razonable; evento en el cual terminará el proceso en su totalidad. Si no sucede así y se logra el acuerdo conciliatorio, el proceso deberá continuar entre la entidad pública, ya como actora de su pretensión de repetición, y el llamado como parte demandada. Juega en la definición que aquí se hace el principio de la economía procesal; el que se vería afectado si se le exigiera a la administración, luego de la conciliación, la presentación de una demanda autónoma de repetición, perdiéndose así los esfuerzos hechos por las partes y el mismo llamado en el proceso inicial(…)”²⁵

Es claro entonces que por el hecho de haberse conciliado un conflicto, en donde uno de sus extremos es la administración, no cesa la responsabilidad patrimonial del servidor público cuando éste haya causado el daño con su conducta dolosa o gravemente culposa.

4.8. LA CONCILIACIÓN DEBE TENDER A SER TOTAL

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 6 de octubre de 1994, M.P.: Carlos Betancur Jaramillo, Rad. 9803

Independientemente de que la ley consagre la posibilidad de conciliar parcialmente, deberán orientarse todos los esfuerzos para que la conciliación sea total.

Lo anterior, por cuanto un conflicto solucionado en forma parcial prolonga el problema jurídico y no ayuda en mucho a la descongestión de los despachos judiciales. Además, si se concilia parcialmente podrían presentarse contradicciones entre la cosa juzgada de la conciliación y la sentencia judicial que pone fin a la parte no conciliada.

Al respecto, el Consejo de Estado ha dicho que:

“A manera de pedagogía jurídica y judicial la Sala recomienda a los tribunales no aceptar conciliaciones parciales pues puede ocurrir que se llegue a un acuerdo sobre el monto de los perjuicios morales dejando para que la justicia contencioso-administrativa defina sobre los materiales. Este manejo genera el grave inconveniente de que al aceptar los primeros se da por probada la falla del servicio, circunstancia que bien puede no patrocinar el *ad quem*. Tampoco debe el Tribunal autorizar que se concilie sobre una parte de los perjuicios dictando auto aprobatorio del acuerdo parcial para luego reanudar la audiencia y conciliar sobre lo que quedó pendiente, dictando entonces otro auto aprobatorio como ocurrió en el caso *sub examine*. La conciliación no se debe aprobar por partes, pues tiene un universo único”.²⁶

4.9. LA CONCILIACIÓN SUPONE EL SANEAMIENTO JURÍDICO DE LA INSTITUCIÓN PÚBLICA

²⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 11 de febrero de 1994. Exp. 9090

La figura de la conciliación trae como resultado favorable para las entidades públicas que éstas únicamente tengan los procesos judiciales que “indefectiblemente” deban tener, y no la cantidad que hoy día se encuentra en la jurisdicción contenciosa administrativa.

Los criterios orientadores para determinar cuáles procesos ameritan resolverse en la jurisdicción contenciosa administrativa son la jurisprudencia y el ordenamiento legal. De esta manera, si después de realizarse un estudio jurídico a fondo del caso en concreto, el ente estatal observa que los argumentos del perjudicado están fundamentados en la ley y en los lineamientos jurisprudenciales, no tendría mayor sentido provocar o insistir en él. De ésta manera se evita la institución pública, entre otras cosas, los costos que implica llevar un proceso judicial.

5. CLASES DE CONCILIACIÓN

El artículo 3º de la Ley 640 de 2001 establece que “la conciliación podrá ser judicial si se realiza dentro de un proceso judicial, o extrajudicial, si se realiza antes o por fuera de un proceso judicial.

La conciliación extrajudicial se denominará en derecho cuando se realice a través de los conciliadores de centros de conciliación o ante

autoridades en cumplimiento de funciones conciliatorias; y en equidad cuando se realice ante conciliadores en equidad” .

Sin embargo, debe advertirse que, en tratándose de conciliación contencioso administrativa, la conciliación siempre deberá ser en derecho y solo podrá adelantarse ante los Agentes del Ministerio Público.

Lo anterior, por cuanto el artículo 12 de la Ley 640 de 2001, que autorizaba la conciliación extrajudicial ante los centros de conciliación en materia contencioso administrativa, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional.²⁷

Al respecto, la Corte sostuvo que:

“(...)en lo que hace referencia a la orden impartida al Ejecutivo para que proceda a reglamentar los requisitos de los centros de conciliación en materia contencioso administrativa, esta Corte considera que el artículo 12 bajo análisis es inconstitucional por las razones que pasan a explicarse.

Conforme a lo dispuesto en el tercer inciso del artículo 116 de la Constitución Política, los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, **“en los términos que determine la ley”**, lo cual significa que para la regulación de estas materias el Constituyente instituyó una reserva legal dada la trascendencia social que implica el traslado a los particulares de la función pública de impartir justicia.

En consecuencia, mal hace el legislador en autorizar al Gobierno a través del artículo 12, bajo examen, con el objeto

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia del 22 de agosto de 2001, M.P.: Clara Ines Vargas Hernández, Exp. D-3399.

de reglamentar los requisitos que deberán cumplir los centros de conciliación para que puedan conciliar en materia de lo contencioso administrativo, toda vez que con esta medida está desconociendo de manera flagrante la competencia constitucional del Congreso de la República para determinar estos asuntos.”

5.1. CONCILIACIÓN PREJUDICIAL

El artículo 62 del Decreto 1818 de 1998 (correspondiente al artículo 80 de la Ley 446 de 1998 que modifica el artículo 60 de la Ley 23 de 1991) establece que “antes de incoar cualquiera de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo, las partes individual o conjuntamente podrán formular solicitud de conciliación prejudicial, al agente del Ministerio Público asignado al juez o corporación que fuere competente para conocer de aquéllas. La solicitud se acompañará de la copia de la petición de conciliación enviada a la entidad o al particular, según el caso, y de las pruebas que fundamenten las pretensiones”.

El Consejo de Estado, refiriéndose a la conciliación prejudicial, señaló que:

“(…)El objetivo de la audiencia de conciliación no es legalizar las negociaciones que la administración ha realizado sin ajustarse a los procedimientos señalados en la ley contractual. No debe esperarse que a través de este mecanismo la jurisdicción imparta su aprobación, y revista la legalidad de actuaciones que no se ajustaron a los trámites señalados en la ley (...)”²⁸

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 1 de marzo de 1996, C.P.: Daniel Suárez Hernández, Rad. 11485.

En lo que hace referencia al término de caducidad de la respectiva acción, el inciso segundo del mismo artículo señala que “el término de caducidad no correrá desde el recibo de la solicitud en el despacho del agente del Ministerio Público, hasta por un plazo de sesenta (60) días. Para este efecto el plazo de caducidad se entenderá adicionado por el de duración de la etapa conciliatoria.”

En este sentido se pronunció el Consejo de Estado, y sostuvo lo siguiente:

“(...) Por regla general, la fecha para la iniciación del conteo de ese término es el del día siguiente al del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa. No obstante lo anterior, la ley prevé que cuando las partes formulen solicitud de conciliación prejudicial, el término de caducidad no correrá desde la presentación de la petición, hasta por un término máximo de sesenta días(...)”²⁹

El trámite para este tipo de conciliación lo señala el inciso tercero del citado artículo al sostener que “dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la solicitud, el agente del Ministerio Público, de encontrarla procedente, citará a los interesados, para que dentro de los veinte (20) días siguientes a la fecha de la citación, concurren a la audiencia de conciliación el día y la hora que señale. Con todo, sin perjuicio de lo previsto en esta ley en relación con los términos de caducidad de la acción, las partes podrán pedirle al agente del

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 10 de noviembre de 2000, C.P.: María Helena Giraldo Gómez, Rad. 18870.

Ministerio Público que señale una nueva fecha (artículo 80 de la Ley 446 de 1998 que modifica el artículo 60 de la Ley 23 de 1991).

Por su parte, el artículo 13 de la Ley 678 de 2001, estableció la conciliación extrajudicial en los procesos de repetición. En efecto, dicha norma establece que las entidades legitimadas para ejercer la acción de repetición podrán conciliar extrajudicialmente ante los agentes del Ministerio Público o autoridad administrativa competente, siempre que no exista proceso judicial. El acuerdo conciliatorio deberá remitirse dentro de los tres días siguientes a su celebración al juez o corporación competente para conocer de la acción judicial respectiva, con el fin de impartirle su aprobación o improbación. El auto que apruebe el acuerdo conciliatorio no será consultable.

Cabe anotar que, con base en el artículo 63 del Decreto 1818 de 1998 (correspondiente al artículo 81 de la Ley 446 de 1998 que modificó el artículo 61 de la Ley 23 de 1991), "la conciliación administrativa prejudicial sólo tendrá lugar cuando no procediere la vía gubernativa o cuando ésta estuviere agotada. Si no fuere posible acuerdo alguno, el agente del Ministerio Público firmará el acta en que se dé cuenta de tales circunstancias, declarará cerrada la etapa prejudicial, devolverá a los interesados la documentación aportada y registrará en su despacho la información sobre lo ocurrido."

A su turno, el parágrafo 1º del citado artículo dispone que "en caso de que las partes soliciten una nueva audiencia de conciliación dicha solicitud deberá ser presentada de común acuerdo" y el parágrafo 2º

concluye diciendo que “no habrá lugar a conciliación cuando la correspondiente acción haya caducado” .

Además de lo anterior, el acuerdo conciliatorio, en tratándose de esta clase de conciliaciones, deberá tener un soporte probatorio suficiente para respaldar las pretensiones económicas, de lo contrario el juez estará en la obligación de improbarlo.

Con ocasión de un conflicto surgido entre un contratista y el IDU, el Consejo de Estado señaló que:

“(…)En el caso concreto, tal como lo anota el tribunal, las pruebas que se allegaron al expediente no son suficientes para sustentar las solicitudes del contratista, como tampoco son suficientes para fundar el acuerdo al que llegaron las partes, pues todo el acervo probatorio se reduce a copias de recibos, de actas y extractos bancarios que no tienen una correspondencia precisa y clara con las peticiones de la conciliación y, mucho menos, acreditan la imputabilidad a la administración de los hechos aducidos por el contratista, ni la relación de causalidad que pueda haber entre ellos y los perjuicios reconocidos por el IDU. (...)”³⁰

Igualmente, al decidir un recurso de apelación en contra de un auto que improbaba un acuerdo conciliatorio entre una sociedad y el departamento de Santander, en reciente jurisprudencia, el Consejo de Estado³¹ dijo que:

“(…)En tratándose de materias administrativas contenciosas para las cuales la ley autoriza el uso de este mecanismo, dado

³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 2 de noviembre de 2000, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Rad. 17674.

³¹ Consejo de Estado, Auto del 4 de octubre de 2001, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Rad. 20809.

el compromiso del patrimonio público que les es inherente, la ley establece exigencias especiales que debe tomar en cuenta el juez a la hora de decidir sobre su aprobación; es así como los requerimientos en cuanto a la prueba y acreditación de los derechos reclamados se refiere son aún más rigurosos, precisamente porque debe existir un grado de certeza pleno en cuanto a la existencia de los mismos, que justifique la decisión de las partes de obviar o evitar el adelantamiento de una contienda judicial.(...)”

Por jugar un papel importante dentro de la conciliación contencioso administrativa, resulta pertinente mencionar los deberes del procurador judicial, entre los cuales se destacan los de ejercer sus buenos oficios con el fin de lograr un acuerdo conciliatorio entre las partes, facilitar la homologación del Juez administrativo y velar para que todo el proceso conciliatorio se amolde al ordenamiento jurídico.

En relación con la actuación que debe desarrollar el agente del Ministerio público, el Consejo de Estado sostuvo:

“(...)en materia de conciliación prejudicial su participación se limita a la de actuar en calidad de un tercero imparcial que cita y aviene a las partes para que lleguen a un acuerdo que solucione sus diferencias. Un conciliador no puede litigar en ningún sentido, debe solamente permitir que las partes lleguen a una verdadera autocomposición, pues son solo ellas las que concilian aunque en presencia de un tercero. Aunque la ley 23 de 1991 le haya adscrito la función de conciliador a los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación en las conciliaciones prejudiciales, no debe entenderse desnaturalizado su papel en tales actuaciones, por ello la Sala categóricamente afirma que el agente del Ministerio Público, en las diligencias de conciliación prejudicial, no está legitimado para interponer recursos contra la providencia que apruebe o

imprueba el acuerdo conciliatorio, pues carece del interés para recurrir (...)"³²

Entre las limitaciones del agente del Ministerio Público esta la de abstenerse de realizar o practicar directamente las pruebas, porque éstas deben ser aportadas por las partes en conflicto.

También es importante resaltar que la entidad estatal deberá guiarse de acuerdo con las directrices trazadas por su Comité de Defensa Judicial y Conciliación, con el fin de considerar fórmulas conciliatorias que no vayan en detrimento del tesoro público ni del ordenamiento jurídico.

En lo que respecta a las pruebas en la conciliación extrajudicial, el artículo 25 de la Ley 640 de 2001 dispone que durante la audiencia de conciliación los interesados podrán aportar las pruebas que consideren necesarias, éstas deberán aportarse dentro de los veinte (20) días calendario siguientes a su solicitud, sin embargo el término de suspensión de la caducidad de la acción no se ampliará. El inciso tercero del mencionado artículo establece una presunción según la cual si la parte requerida para aportar las pruebas solicitadas deja precluir la anterior oportunidad, se entenderá que no se logró el acuerdo conciliatorio.

La doctrina³³ ha resumido el trámite de la conciliación prejudicial contencioso administrativa, el cual deberá adelantarse ante la Procuraduría, en los siguientes términos:

³² Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 15 de abril 1996, C.P.: Daniel Suárez Hernández, Rad. 11695.

En primer lugar, debe elaborarse una solicitud de conciliación por parte del convocante, dicho memorial deberá contener la autoridad a quien va dirigido (Procuraduría Judicial ante el Tribunal Contencioso Administrativo - Reparto); la designación de las partes, los hechos, las pretensiones, las pruebas respectivas, las direcciones en donde se pueden hacer las notificaciones y manifestar bajo la gravedad del juramento que no se ha presentado otra solicitud de conciliación o demanda con base en los mismos hechos.

Igualmente, la persona que convoca a la audiencia deberá presentar la solicitud con sus anexos ante la entidad a la cual convoca y obtener constancia de recibo. Posteriormente deberá presentar la solicitud con sus anexos en original y copia, con la constancia de recibo por parte de la entidad convocada, ante la Procuraduría Judicial Administrativa - reparto. Por su parte, la Procuraduría Judicial Administrativa dispondrá de diez (10) días para revisar la documentación y veinte (20) días para citar a las partes a la audiencia de conciliación. Si las partes convocadas no pueden asistir a la diligencia de conciliación, deberán avisar previamente o dentro de los tres días siguientes a la fecha de audiencia, al despacho del procurador judicial. La excusa que se presente por inasistencia debe estar justificada. Una vez iniciada la audiencia de conciliación ésta podrá realizarse en varias sesiones.

Llegados el día y hora de la audiencia el Procurador judicial reconoce personería a las partes, concede el uso de la palabra a la parte

³³ BERTÍN RAMÍREZ, Luis Edison, Op. Cit. Página 8.

convocante para que exponga los hechos materia del conflicto y las pretensiones planteadas mediante una fórmula conciliatoria.

Luego se le concede el uso de la palabra a la parte convocada para que indique sí acepta o no los hechos, así como la fórmula conciliatoria planteada. En caso de no lograrse un acuerdo entre las partes, el Procurador Judicial ordenará la devolución de los documentos originales a la parte convocante y el archivo de las copias. Nada impide que más adelante las partes puedan acudir de nuevo para conciliar, aunque en este evento ambas partes deberán estar de acuerdo.

En caso de llegarse a un acuerdo conciliatorio, el procurador deberá enviar el acta y la solicitud de conciliación junto con las pruebas y anexos al Tribunal Contencioso Administrativo competente para que una vez sometido a reparto, la Sala de Decisión se pronuncie sobre la homologación de ésta.

Cabe recordar que si la procuraduría encuentra el acuerdo lesivo para los intereses del Estado o no lo encuentra ajustado a derecho, deberá hacérselo saber a las partes y al juez., aunque es claro que deberá ser éste último quien homologue o no el acuerdo conciliatorio.

Si el acuerdo se ajusta a derecho y no afecta de manera irregular el patrimonio público, la Sala de Decisión del respectivo Tribunal deberá homologarlo, de esta manera el acta hará tránsito a cosa juzgada y prestará mérito ejecutivo, siempre y cuando hayan quedado obligaciones claras, expresas y exigibles.

Contra la providencia que homologa la conciliación prejudicial, proceden los recursos de reposición y apelación, los cuales podrán ser ejercidos por el agente del Ministerio Público. Por su parte, las partes también podrán interponer dichos recursos.

5.2. CONCILIACIÓN JUDICIAL

Esta clase de conciliación se realiza ante el juez contencioso administrativo. En efecto, el artículo 43 de la Ley 640 de 2001 dispone que las partes de común acuerdo podrán solicitar la celebración de la audiencia de conciliación en cualquier etapa de los procesos. Además, el juez, de oficio, podrá citar a audiencia.

En la respectiva audiencia de conciliación el juez deberá acercar a las partes para que concilien sus diferencias; en caso de no lograrse, propondrá alguna fórmula que estime justa sin que ello signifique prejuzgamiento. El no cumplir con este deber constituirá una falta disciplinaria que deberá ser sancionada de acuerdo con el respectivo régimen.

En caso de que las partes lleguen a un acuerdo conciliatorio el juez lo aprobará, siempre y cuando lo encuentre conforme al ordenamiento jurídico, mediante su suscripción en el acta de conciliación.

Si la conciliación es total, el juez dictará un auto declarando terminado el proceso, en caso contrario, el proceso continuará respecto de la parte no conciliada.

Por su parte, el artículo 66 del decreto 1818 de 1998 (correspondiente al artículo 104 de la Ley 446 de 1998) establece que la audiencia de conciliación judicial podrá ser solicitada por cualquiera de las partes y se celebrará una vez vencido el término probatorio. Sin embargo, las partes de común acuerdo podrán solicitarle al juez su celebración en cualquier estado del proceso.

En segunda instancia la audiencia de conciliación podrá ser promovida por cualquiera de las partes con el fin de que el juez convoque a una audiencia de conciliación antes de que se profiera el fallo.

El aspecto probatorio de la conciliación judicial está regulado en el artículo 26 de la Ley 640 de 2001 el cual dispone que en la audiencia de conciliación en materia contencioso administrativa, el juez , podrá decretar, de oficio o a petición del Ministerio Público, las pruebas necesarias con el fin de establecer los presupuestos fácticos y jurídicos del acuerdo conciliatorio. Dichas pruebas deberán practicarse dentro de los 30 días siguientes a la audiencia de conciliación.

En relación con los efectos de la conciliación contencioso administrativa, el artículo 67 del Decreto 1818 de 1998 (correspondiente al artículo 105 de la Ley 446 de 1998) dispone que “lo pagado por una entidad pública como resultado de una conciliación debidamente aprobada y aceptada por el servidor o ex servidor público que hubiere sido llamado al proceso, permitirá que aquélla repita total o parcialmente contra éste.”

A su turno, el inciso segundo de la misma norma, refiriéndose al acuerdo total o parcial, dice que “la conciliación aprobada, producirá la terminación del proceso en lo conciliado por las partes que la acepten. Si la condición fuere parcial, el proceso continuará para dirimir los aspectos no comprendidos en éste. Si el tercero vinculado no consintiere en lo conciliado, el proceso continuará entre la entidad pública y aquél.

En un fallo reciente, el Consejo de Estado sostuvo que conciliar parcialmente no es aceptar responsabilidad sobre lo no conciliado.

En efecto, dijo el Consejo:

“(...) sería un contrasentido estimar que por haberse producido un acuerdo conciliatorio parcial, ya sea éste prejudicial o judicial, la parte demandada haya adquirido una situación de desventaja para defender sus intereses y ejercer su derecho de contradicción sobre lo no conciliado, bajo el supuesto de que aceptó implícitamente las pretensiones de su contradictor. En conclusión, la conciliación parcial de las pretensiones de las partes no puede ser valorada como prueba judicial respecto de las materias no conciliadas, sino que su alcance jurídico queda circunscrito a su propia naturaleza y universo de ser un mecanismo de solución directo, consensual, racional y alternativo de conflictos, y no de medio demostrativo de situaciones fácticas.(...)”³⁴

La conciliación judicial, en materia contencioso administrativa, procede en las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho,

³⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 2 de marzo de 2000, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

de reparación directa, en la de controversias contractuales, de repetición y en las de grupo.

El objetivo de la conciliación cuando se está frente a una acción de nulidad y restablecimiento del derecho es obtener el resarcimiento de perjuicios ocasionados por la decisión de un acto administrativo. La homologación hecha por el juez del acuerdo conciliatorio se asimila a la revocatoria directa del acto administrativo y no a su nulidad, por que ésta deberá ser declarada por el juez contencioso administrativo.

Al conciliarse en la acción de reparación directa, se obtiene la indemnización de perjuicios producto de los daños causados por el Estado. En este aspecto es importante resaltar que la conciliación será procedente siempre y cuando exista el suficiente material probatorio que comprometa jurídicamente la responsabilidad de la entidad estatal, de acuerdo con la normatividad vigente y los lineamientos jurisprudenciales.

En el caso de la acción de controversias contractuales, la conciliación guarda relación con el contrato estatal. De allí que el conflicto puede surgir de la esencia misma del contrato, de su ejecución, de lo relativo al objeto y al precio estipulados, como también de los actos administrativos que se hayan originado a partir de su perfeccionamiento.

La anterior aclaración trata de resaltar que la carencia de contrato, que se traduce en una relación de hecho, no puede dar lugar a una conciliación, toda vez que la figura conciliatoria no debe entenderse

como la encargada de convalidar las omisiones de la Administración Pública, cuando ésta se encuentra obligada por ley al cumplimiento de ciertos requisitos. Desconocer lo anterior sería como permitir a la Administración la inobservancia de la ley y la legalización posterior de sus comportamientos irregulares.

En relación con la acción de grupo, desarrollada mediante la Ley 472 de 1998, establece el artículo 85 del Decreto 1818 de 1998 (correspondiente al artículo 61 de la Ley 446 de 1998) que “de oficio el juez, dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento del término que tienen los miembros del grupo demandante para solicitar su exclusión del mismo, deberá convocar a una diligencia de conciliación con el propósito de lograr un acuerdo entre las partes, que constará por escrito.

La diligencia deberá celebrarse dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de convocatoria. No obstante, en cualquier estado del proceso las partes podrán solicitar al juez la celebración de una nueva diligencia a efectos de conciliar sus intereses y poner fin al proceso.”

Cabe resaltar que en dicha diligencia podrá participar el defensor del pueblo para colaborar y facilitar el acuerdo. En caso de que éste hubiere interpuesto la demanda, dicha función la ejercerá el Procurador General de la Nación o su delegado. En la audiencia, podrán intervenir los apoderados de las partes.

El inciso 4 del artículo 85 del decreto 1818 de 1998 consagra que, “el acuerdo entre las partes se asimilará a una sentencia y tendrá los efectos que para ella se establecen en esta ley. El acta de conciliación que contenga el acuerdo hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo”. Y de acuerdo con el inciso 5 de la anterior norma, “el juez ordenará la publicación del acuerdo de conciliación en un medio de comunicación de amplia circulación nacional” (correspondiente al artículo 61 de la Ley 472 de 1998).

La conciliación en las acciones de grupo tiene como objetivo obtener por parte de un grupo de personas en un número no inferior a veinte (20), el reconocimiento y pago de indemnización de perjuicios. La acción será procedente cuando haya similitud en la causa que ocasionó los daños y en los factores que constituyen la responsabilidad. Dicha característica hará posible la conciliación, ya que los perjuicios ocasionados podrán individualizarse para ser resarcidos.³⁵

Finalmente, el artículo 12 de la reciente Ley 678 de 2001 consagró la conciliación judicial en los procesos de repetición. La audiencia de conciliación será solicitada de oficio o a petición de parte. Igualmente, la misma norma establece que la entidad citada a la audiencia podrá conciliar acerca de las fórmulas y plazos para el pago y sobre el capital a pagar siempre y cuando el acuerdo no sea lesivo para los intereses del Estado, este acuerdo deberá ser aprobado por el juez o magistrado.

³⁵ BERTÍN RAMÍREZ, Luis Edison, Op. Cit. Página 8.

6. CONCLUSIONES

- La Conciliación concebida como mecanismo alternativo para la solución de conflictos ayuda a descongestionar los despachos judiciales, haciendo más eficiente nuestra administración de justicia. De ahí que, de acuerdo con la nueva ley 640 de 2001, para poder acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativa, es necesario, como requisito de procedibilidad, intentar la conciliación extrajudicial. .
- De otra parte, son varias las ventajas que ofrece dicha institución frente a los procesos judiciales, entre ellas están, ahorro de tiempo y dinero, satisfacción; por cuanto las fórmulas de arreglo provienen de la

voluntad de las partes y no son impuestas por un tercero, efectividad; ya que el acta de conciliación hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo, y mayor flexibilidad, si se tiene en cuenta que la conciliación no reviste las formalidades propias de un proceso judicial.

- De acuerdo con la normatividad legal vigente en materia de conciliación contencioso administrativa, todas las personas jurídicas de derecho público podrán conciliar los conflictos de carácter particular y contenido económico que se ventilen ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo mediante las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, de reparación directa, de controversias contractuales, de grupo y de repetición. En cambio, en asuntos tributarios y electorales no será procedente la conciliación.

- La conciliación contencioso administrativa debe estar precedida por un estudio jurídico que comprenda las normas legales en ésta materia y la jurisprudencia aplicable a cada caso en concreto. No hay que olvidar que aquélla compromete dineros del erario público.

- Esta figura puede presentarse antes de demandar, caso en el cual será prejudicial, o cuando exista un proceso en curso, caso en el cual será judicial. Cabe resaltarse el hecho de que cuando la conciliación judicial haya fracasado en la primera instancia, podrá volverse a intentar en la segunda, es decir, ante el Consejo de Estado.

- Finalmente, es importante replantear el concepto del litigio como la única vía para solucionar los conflictos. Las normas que actualmente regulan la conciliación, y en particular las de la conciliación

contencioso administrativa, permiten un desarrollo amplio y suficiente de esta institución, la cual permite la solución de múltiples controversias sin necesidad de acudir a un proceso judicial.

BIBLIOGRAFÍA

ACADEMIA FORO JUSTICIA, abc de la Conciliación, Año 2, número 7, Editorial Legis, Bogotá, 2000.

BERTÍN RAMÍREZ, Luis Edison. Cartilla sobre Conciliación Administrativa. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Imprenta Nacional, Bogotá, 1999.

BETANCUR JARAMILLO, Carlos. *Derecho Procesal Administrativo*. Señal Editora, 5ª edición, Medellín, 1999.

CONSEJO DE ESTADO, Jurisprudencia de la Sala Plena, de las Secciones Primera, Segunda, Tercera y Cuarta, y Conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil.

CORTE CONSTITUCIONAL, Jurisprudencia de la Sala Novena de Revisión.

GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Miguel. *Derecho Procesal Administrativo*. Universidad Sergio Arboleda, 9ª edición, Bogotá, 1999.

HENAO PÉREZ, Juan Carlos. *La Conciliación en el Derecho Administrativo*. Ministerio de Justicia y del derecho. Programa para la Modernización de la Administración de Justicia. FES - AID. Bogotá, 1996.

HENAO PÉREZ, Juan Carlos. *La Responsabilidad Extracontractual del Estado en Colombia*, Congreso Internacional de Derecho Público, Filosofía y Sociología Jurídicas: perspectivas para el próximo milenio, Universidad Externado de Colombia.

HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier Eduardo. *Responsabilidad Patrimonial Extracontractual del Estado Colombiano*, Conferencia Casa franco Andina, Bogotá, 2000.

JUNCO VARGAS, José Roberto. *La Conciliación*, Editorial Jurídica Radar, 2ª edición, Bogotá, 1994.

LLERAS DE LA FUENTE, Carlos; ARENAS CAMPOS, Carlos Adolfo; CHARRY URUEÑA, Juan Manuel; HERNÁNDEZ BECERRA, Augusto. *Interpretación y*

Génesis de la Constitución de Colombia. Editorial Carrera 7ª, Bogotá, 1992.

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Ley 446 de 1998 y sus implicaciones en el Código de Procedimiento Civil*. Dupré Editores, 1998.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA, Facultad de Ciencias Jurídicas. *Consultorio Jurídico, Cartilla del Centro de Conciliación*. Bogotá, 2000.