

GENERALIDADES

1.1 LA CONCILIACION EXTRAJUDICIAL

PREGUNTA No. 1

TEMA(S): CONCEPTO

1.- PREGUNTA.

¿Qué es la conciliación extrajudicial en asuntos de lo contencioso administrativo?

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• Constitución Política, art. 116;• Ley 446 de 1998, art. 64;• Ley 640 de 2001, arts. 35 y 37;• Ley Estatutaria 1285 de 2009, arts. 3°, 13 y 26;• Ley 1367 del 21 de diciembre de 2009.
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none">• Corte Constitucional, Sentencia C-1195 de 2001;• Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 2008.

3.- CONSIDERACIONES.

Para resolver el problema jurídico contenido en la pregunta anterior, se abordarán los siguientes temas *i)* la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos contenciosos administrativos y *ii)* la conciliación como requisito de procedibilidad en asuntos contencioso administrativos.

3.1. La conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos contencioso administrativos.

Como punto de partida debe, ante todo, tenerse en cuenta la trascendencia social de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, los cuales, al decir de la Corte Constitucional, *“no deben ser interpretados solamente como una manera de descongestionar el aparato de justicia sino también, y principalmente, como una forma de participación de la sociedad civil en los asuntos que los afectan (Preámbulo y arts. 1 y 2 de la C.P.). En este sentido,*

es incuestionable su stirpe democrática, en la medida en que generan espacios de intervención de la comunidad en el desarrollo de la función jurisdiccional evitando la conflictivización de la sociedad y logrando, por ende, el fortalecimiento de la legitimidad del aparato de justicia estatal en la medida en que éste puede dedicarse a resolver aquellos asuntos que son de verdadera trascendencia social.”^[1]

Bajo la anterior perspectiva ha de destacarse que la conciliación es un mecanismo para solucionar los conflictos^[2] -entendidos éstos como “*contraposición intersubjetiva de derechos y obligaciones, como un fenómeno que se produce cuando respecto de un mismo bien coexisten dos pretensiones encontradas o bien una pretensión por un lado y una de resistencia por el otro*”^[3]-, alternativo al proceso judicial, por medio del cual dos o más personas gestionan, por sí mismas, la solución directa de sus diferencias jurídicamente conciliables, asistidos por un tercero, neutral, calificado y autorizado, denominado conciliador^[4].

El conciliador es, en general, un particular^[5], pero también puede ser un servidor público a quien se le ha atribuido expresamente competencia funcional para el efecto, tal como sucede en la conciliación extrajudicial en asuntos contencioso administrativos, para cuya celebración son competentes los Agentes del Ministerio Público que desempeñen funciones ante la Jurisdicción Contenciosa.

El conciliador debe atender de manera directa y personal el trámite conciliatorio, colaborar en forma dinámica con las partes buscando la solución de la controversia e incluso está llamado a proponer fórmulas de arreglo, sin embargo “*en ningún caso y bajo ninguna circunstancia tiene capacidad de adjudicación directa o decisión sobre las cuestiones en disputa. (...) a diferencia de los árbitros, los conciliadores no tienen la facultad para decidir una controversia, ni en derecho ni en equidad, pues en esta modalidad la solución del conflicto debe ser fruto de un acuerdo libre entre las partes.*”^[6]

La conciliación puede tener lugar en el marco de un proceso y en tal caso se denomina judicial; o puede realizarse antes o por fuera del proceso y en tal caso se denomina extrajudicial^[7]. A su vez, en general, la conciliación extrajudicial puede ser en derecho o en equidad.

Es importante destacar la doble dimensión de la conciliación, pues de una parte se entiende por ella el procedimiento que recorren los sujetos con el fin de intentar solucionar un conflicto y, de otro lado, hace referencia al acuerdo mismo que logran los sujetos, en tanto se trata, sin lugar a dudas, de un mecanismo de carácter autocompositivo^[8].

Al respecto se ha pronunciado la jurisprudencia constitucional en los siguientes términos:

“El término conciliación tiene dos sentidos distintos según el contexto en que es utilizado: uno procedimental y otro sustancial. En relación con su acepción procedimental, la conciliación es “un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador.”^[9] Según esta acepción, la conciliación es apenas una serie de pasos preestablecidos que tiene por objeto -eventual, no necesario- la celebración de un acuerdo entre dos o más personas. No obstante, el término conciliación también se refiere al acuerdo al que se llega mediante la celebración del procedimiento conciliatorio. En este segundo sentido sustancial, la conciliación se materializa en un acta que consigna el acuerdo al que llegan las partes, certificado por el conciliador.^[10]”^[11]

La conciliación en asuntos contenciosos administrativos, es, por tanto, una institución de estirpe democrática, íntimamente ligada a la democracia participativa, que le permite a la sociedad civil solucionar en forma ágil, económica y eficaz los conflictos que surjan con el Estado.

3.2. La conciliación es, además, un requisito de procedibilidad en asuntos Contencioso Administrativos.

La Ley 640, expedida en 2001, ya había consagrado la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en asuntos contencioso administrativos^[12], pero sometió su entrada en vigor a una condición^[13] que no se llegó a presentar durante la vigencia de dicha norma y, por lo tanto, en esta materia nunca entró a regir el requisito dispuesto en dicha ley.

En efecto, el Ministerio de Justicia mediante la Resolución 198 de 2002, determinó que *“no se dan los presupuestos para determinar la entrada en vigencia de la conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en ningún distrito judicial del país.”*^[14]

Posteriormente, la Ley 1285 de 2009 estableció en su artículo 13 que *“[a] partir de la vigencia de esta ley, cuando los asuntos sean conciliables, siempre constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan, el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial.”*

La anterior disposición, por hallarse –entonces- contenida en proyecto de ley estatutaria, fue objeto de control previo de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional^[15] y fue declarada exequible^[16]. Sin embargo el

inciso segundo del mencionado artículo 13 fue declarado inexecutable. Dicho inciso era del siguiente tenor: *“Las conciliaciones judiciales y extrajudiciales únicamente requerirán revisión de la jurisdicción de lo contencioso administrativo cuando así lo solicite y sustente el Ministerio Público, dentro de los tres (3) días siguientes a su celebración. Dicha solicitud sólo será procedente en los casos en que el Ministerio Público considere que los términos de la respectiva conciliación resultan contrarios al ordenamiento vigente o lesivos para el patrimonio público.”*

Por lo anterior, en caso de que las partes efectivamente concilien en asuntos contenciosos administrativos, el respectivo acuerdo siempre habrá de ser sometido a aprobación por parte del órgano competente de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Es importante resaltar que la normatividad anterior a la Ley 1285 mantiene su vigencia en cuanto no sea contraria a su contenido^[17] y que, posteriormente, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Reglamentario 1716 de 2009^[18].

Así mismo resulta de la mayor trascendencia la expedición, el 21 de diciembre de 2009, de la Ley 1367^[19], cuyo objeto es *“implementar y fortalecer la institución de la conciliación en la jurisdicción de lo contencioso administrativo; promoviendo así la cultura de la conciliación con la oportuna solución de los conflictos entre el Estado y los ciudadanos.”*^[20]

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que la conciliación extrajudicial en asuntos contencioso administrativos es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, que constituye, a la vez, por mandato legal, requisito de procedibilidad para el ejercicio de las acciones consagradas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo -o normas que los sustituyan-.

1.2 CARACTERÍSTICAS DE LA CONCILIACIÓN

PREGUNTA No. 2

TEMA(S): CARACTERISTICAS

1.- PREGUNTA.

<i>¿Cuáles son las características de la conciliación extrajudicial en asuntos de lo Contencioso Administrativo?</i>

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• Ley 446 de 1998., artículos 73 y 81;• Ley 640 de 2001., artículo 23;• Ley Estatutaria 1285 de 2009. , artículo 13.
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none">• Corte Constitucional, Sentencia C-160 de 1999;• Corte Constitucional, Sentencia C-893 de 2001;• Corte Constitucional, Sentencia C-1195 de 2001;

3.- CONSIDERACIONES.

Para resolver el problema jurídico contenido en la pregunta anterior, se abordarán, en primer término *i)* las características generales de la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos y, seguidamente, *ii)* las características específicas de la conciliación extrajudicial en asuntos contencioso administrativos como requisito de procedibilidad.

3.1. Características generales de la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-893 de 2001, enunció, entre otras, las siguientes características fundamentales de la conciliación, en tanto mecanismo alternativo de solución de conflictos:

*“La conciliación es un mecanismo alternativo de solución de conflictos que puede realizarse por fuera del proceso judicial o en el curso del mismo. **Puede ser voluntaria, u obligatoria como requisito para iniciar un proceso.** Puede llevarse a cabo por un tercero independiente o por una institución como un centro de conciliación. Además, puede ser conciliación nacional o internacional para la solución de conflictos privados entre personas de distinta nacionalidad o entre Estados e inversionistas de otros Estados, o entre agentes económicos de distintos Estados. Conciliación hay en las distintas ramas del derecho como civil, comercial, laboral, contencioso administrativo y en ciertos aspectos del proceso penal.*

Es una forma de resolver los conflictos con la intervención de un tercero que al obrar como incitador permite que ambas partes ganen

mediante la solución del mismo, evitado los costos de un proceso judicial.

La función del conciliador es la de administrar justicia de manera transitoria, mediante habilitación de las partes, en los términos que determine la Ley. A propósito de esta disposición, que es la contenida en el artículo 116 constitucional, debe decirse que la habilitación que las partes hacen de los conciliadores no ofrecidos por un centro de conciliación, es una habilitación expresa, en la medida en que el particular es conocido por las partes, quienes le confieren inequívocamente la facultad de administrar justicia en el caso concreto.

Existe también la habilitación que procede cuando las partes deciden solicitar el nombramiento de un conciliador, de la lista ofrecida por un determinado centro de conciliación. En principio, esta habilitación supone la aquiescencia de las partes respecto del conciliador nominado por el centro, pero también implica la voluntad que conservan las mismas para recusar al conciliador, si consideran que no les ofrece la garantía de imparcialidad o independencia para intervenir en la audiencia.

En este sentido, puede decirse que las figuras del impedimento y la recusación son esenciales a la conciliación, y son parte de su carácter eminentemente voluntario. Además, en esta materia se siguen las normas del Código de Procedimiento Civil.

*(...) La conciliación **es un mecanismo excepcional**, porque dependiendo de la naturaleza jurídica del interés afectado, **sólo algunos de los asuntos que podrían ser sometidos a una decisión jurisdiccional, pueden llevarse ante una audiencia de conciliación**. En general, son susceptibles de conciliación los conflictos jurídicos que surgen en relación con derechos disponibles y por parte de sujetos capaces de disponer.*

A la conciliación le caben los mismos argumentos expuestos por la Corte en relación con el arbitramento, en lo que tiene que ver con las materias susceptibles de transacción. Así debe decirse que están excluidos de ser conciliables asuntos relativos al estado civil o a los derechos de incapaces, o derechos sobre los cuales la ley prohíba a su titular disponer.^[21] Del mismo modo, puede decirse que a conciliación no pueden ser sometidos asuntos que involucren el orden público, la soberanía nacional o el orden constitucional^[22], o

materias relacionadas con la legalidad de los actos administrativos.^[23]

Finalmente, por definición la conciliación es un sistema voluntario, privado y bilateral de resolución de conflictos, mediante el cual las partes acuerdan espontáneamente la designación de un conciliador que las invita a que expongan sus puntos de vista y diriman su controversia. La intervención incitante del tercero conciliador no altera la naturaleza consensual de la composición que las partes voluntariamente concluyen, sino que la facilita y la estimula.^[24]

Así mismo, en la Sentencia C-160 de 1999, la Corte Constitucional resaltó las siguientes características de la conciliación: “a) Es un instrumento de **autocomposición de un conflicto**, por la voluntad concertada o el consenso de las partes... 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. d) La conciliación es un mecanismo útil para la solución de los conflictos... 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... f) La conciliación es el resultado de una actuación que se encuentra reglada por el legislador.”

De las características que se han dejado expuestas, conviene hacer referencia a la naturaleza jurídica de la conciliación.

Adviértase como la Corte Constitucional en la sentencia C-893 de 2001, precisa que “La función del conciliador **es la de administrar justicia de manera transitoria (...)**” en tanto que en la sentencia C-160 de 1999 señaló que “La conciliación **no tiene en estricto sentido el carácter de actividad judicial** ni da lugar a un proceso jurisdiccional (...)”, con lo que aparentemente se presenta una contradicción.

Tal discusión debe resolverse entendiendo que una es la función de administrar justicia^[25], que de conformidad con el artículo 116 de la Constitución Política, puede ser atribuida excepcionalmente a determinadas autoridades administrativas y de manera transitoria a particulares a través de la conciliación, entre otros mecanismos^[26], y otra distinta que el contenido de esa función tenga el carácter de actividad judicial, pues el

respectivo trámite y el acto jurídico que se expide para darle solución, en estricto rigor no tienen la naturaleza de proceso judicial y de sentencia, sino que, en el caso de las conciliaciones extrajudiciales en asuntos contenciosos, goza de una condición mixta en el sentido de que la actuación que realiza el Agente del Ministerio Público se asemeja más a una actuación administrativa, en donde en casos de vacíos se acude a las normas de la primera parte del C.C.A., mientras que la aprobación o improbación que imparte el juez en virtud de lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 1716 de 2009, es una típica actuación judicial. Así, puede decirse que con la conciliación se facilita la administración de justicia, pero dicha actividad, en lo que respecta al Agente del Ministerio Público, no es judicial.

Tales características, resultan, en general predicables respecto de la conciliación en asuntos contencioso administrativos, pero, adicionalmente se presentan caracteres específicos que se estudian a continuación.

3.2. Características específicas de la conciliación extrajudicial en asuntos contencioso administrativos como requisito de procedibilidad.

La Corte Constitucional en Sentencia C-1195 de 2001, resaltó las siguientes características específicas de la conciliación extrajudicial en asuntos contenciosos administrativos:

“En materia contencioso administrativa, el legislador estableció unas condiciones particulares que reducen la posibilidad de afectación del derecho de acceso a la justicia en esta materia.

En primer lugar, con el fin de proteger la legalidad y los intereses patrimoniales del Estado, la conciliación administrativa debe ser aprobada judicialmente.^[27]

En segundo lugar, la conciliación administrativa sólo puede ser adelantada ante los agentes del Ministerio Público asignados a la jurisdicción contencioso administrativa. Ello implica una intervención mayor del conciliador con el fin de proteger el interés general, la legalidad del proceso y los derechos fundamentales. Además, el conciliador puede solicitar pruebas adicionales a las presentadas por las partes para la sustentación del acuerdo conciliatorio^[28] y si tales pruebas no son aportadas, puede decidir que no se logró el acuerdo.^[29]

En tercer lugar, la conciliación administrativa impone a los representantes de las entidades públicas no sólo la obligación de concurrir a la audiencia de conciliación, sino además la obligación

de discutir las propuestas de solución que se hagan, salvo que exista justificación para ello, y de proponer fórmulas de solución^[30]. El incumplimiento de estas obligaciones da lugar a sanciones disciplinarias.”

En consecuencia, se tiene que la conciliación extrajudicial en asuntos contencioso administrativos, en tanto requisito de procedibilidad, se caracteriza por: *i)* ser en derecho; *ii)* requerir pruebas; *iii)* adelantarse sólo ante los agentes del Ministerio Público; *iv)* requerir aprobación judicial siempre que se llegue a acuerdo; y *v)* requerir que las partes estén representadas por abogado.

i) Aunque la conciliación como mecanismo autocompositivo, en general, puede ser en derecho o en equidad^[31], la conciliación extrajudicial en asuntos Contencioso Administrativos solo admite la primera modalidad, por tanto, se rige íntegramente por la normatividad jurídica, tanto en los aspectos procedimentales, como en los sustanciales.

En efecto, la normatividad vigente determina: i) Cuáles asuntos específicos de los que serían de conocimiento de la jurisdicción contenciosa, pueden ser susceptibles de conciliación extrajudicial. ii) Regula aspectos específicos como: la solicitud de conciliación; la citación para audiencia; las consecuencias de la inasistencia injustificada; el desarrollo mismo de la audiencia de conciliación; el contenido del acta cuando se logre acuerdo; la necesidad de que dicho acuerdo se encuentre debidamente sustentado, conforme con la normatividad jurídica y no lesione el patrimonio público. Además, iii) Exige que el acuerdo conciliatorio sea homologado por el Juez, cuya decisión se equipara a una sentencia, con efectos jurídicos de cosa juzgada material.

Se trata, en síntesis, de un mecanismo - requisito regulado de manera íntegra y detallada por la normatividad jurídica, destacando que el acuerdo al que eventualmente lleguen las partes ha de contar con pleno respaldo probatorio y ser respetuoso del ordenamiento.

ii) Con la solicitud de conciliación, el convocante ha de aportar las pruebas que considere idóneas para acreditar, entre otros aspectos, los hechos respecto de los cuales pretende conciliar, los perjuicios –materiales e inmateriales- que alega y su monto, así como el agotamiento de la vía gubernativa cuando a ello haya lugar.

El agente del Ministerio Público debe velar porque las pruebas que obren en el expediente resulten idóneas y suficientes para sustentar el acuerdo al que eventualmente lleguen las partes, puede solicitar su complementación y dejar en la respectiva acta las observaciones que a ese respecto encuentre.

Posteriormente, al ejercer el control judicial sobre el acuerdo, corresponde al juez o tribunal determinar si las pruebas efectivamente tienen, o no, la virtualidad de servir de sustento al acuerdo y solo en caso positivo ha de proceder a su aprobación.

En otras áreas puede resultar posible la conciliación aunque no exista certeza probatoria respecto de todos los aspectos objeto del acuerdo, sin embargo, en la conciliación extrajudicial en materia contencioso administrativa, al encontrarse de por medio bienes jurídicos superiores como el interés general, la función pública, el servicio público y el patrimonio público, puede afirmarse, sin vacilaciones, que *para conciliar hay que probar*.

iii) La conciliación extrajudicial en asuntos contencioso administrativos, se adelanta ante unos espacialísimos conciliadores, esto es ante los agentes del Ministerio Público^[32], quienes en cumplimiento de funciones conciliatorias^[33] y, posteriormente, de intervención ante los despachos judiciales ante los cuales se someta el acuerdo a aprobación, han sido lo únicos conciliadores habilitados para cumplir tan importante atribución.

La exclusividad anterior no es gratuita, por el contrario, comporta una extraordinaria manifestación de confianza, en los agentes del Ministerio Público destacados ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, dadas sus calidades, competencias, formación, y por tanto, como lo ha puesto de presente la jurisprudencia constitucional, "[ello implica una intervención mayor del conciliador con el fin de proteger el interés general, la legalidad del proceso y los derechos fundamentales."^[34]

En ese sentido, la Corte Constitucional ha destacado en los siguientes términos la trascendencia de la intervención de los mencionados agentes:

"[L]a intervención activa del Ministerio Público en los procesos contencioso administrativos, concretamente, en las conciliaciones extrajudiciales, no es producto de un capricho del legislador, o una manera de entorpecer un posible acuerdo al que llegaren las partes, sino que es una garantía para que en asuntos que revisten interés para el Estado, pues, corresponde a litigios en donde éste es parte, no queden sólo sometidos a lo que pueda disponer el servidor público, que en un momento dado, sea el que esté representando al Estado. Además, se garantiza, con la intervención del agente del Ministerio, que el acuerdo al que lleguen las partes, también sea beneficioso para el interés general.

Así, la función del Ministerio Público resulta un complemento necesario del control judicial que ejerce el juez

administrativo sobre el acta del acuerdo prejudicial, puesto bajo su conocimiento, cuando este control se da.”^[35]

La importante atribución se adelanta actualmente, a nivel nacional, por los procuradores judiciales administrativos destacados ante los juzgados administrativos; los procuradores judiciales administrativos destacados ante los tribunales administrativos y los procuradores delegados ante el Consejo de Estado^[36].

iv) Si las partes logran llegar a acuerdo conciliatorio, el Agente del Ministerio Público debe remitir el expediente al Juez o Tribunal Administrativo competente, dentro de los tres (3) días siguientes a la celebración de la audiencia, para que se verifique el control judicial de legalidad de la conciliación^[37].

El juez debe improbar el acuerdo cuando encuentre que se presenta alguno de los siguientes supuestos:

- Que la acción correspondiente ha caducado.^[38]
- Que no obran en el expediente las pruebas necesarias.^[39]
- Que el acuerdo resulta violatorio del ordenamiento jurídico.^[40]
- Que el acuerdo resulta lesivo para el patrimonio público.^[41]

Resulta pertinente resaltar que el acuerdo cobra sus efectos jurídicos solamente a partir de la ejecutoria de la providencia judicial mediante la cual se le imparta la correspondiente aprobación.

Finalmente, conviene reiterar que la Corte Constitucional, mediante sentencia C-713 de 2008, declaró inexecutable el inciso segundo del artículo 13 del proyecto de ley estatutaria que se convirtió en la Ley 1285, norma que limitaba el control judicial de las conciliaciones, poniendo de presente, una vez más, la importancia de la aprobación judicial en esta materia.

v) Las disposiciones vigentes prevén que en materia contencioso administrativa, el procedimiento conciliatorio, desde la misma presentación de la solicitud, debe adelantarse mediante abogado^[42].

Lo anterior, en el marco de una conciliación en Derecho, tiene como fin asegurar la defensa técnica tanto del convocante, quien usual pero no necesariamente es un particular, como de la entidad pública que, con frecuencia, acude en calidad de convocada, toda vez que diferentes cuestiones como la elaboración y presentación de la solicitud, la asistencia

o inasistencia a la audiencia y especialmente el acuerdo conciliatorio, comportan importantes efectos jurídicos.

A tal punto llega la importancia de la postulación en esta materia, que en la audiencia de conciliación, aunque no es obligatoria la presencia de las partes mismas, si lo es de sus respectivos apoderados.

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que además de las características generales que informan la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflicto, la conciliación extrajudicial en asuntos contencioso administrativos, en tanto requisito de procedibilidad, goza de unas características específicas que la dotan de identidad propia, dados los bienes que en ella se involucran, como son *i) ser en Derecho; ii) requerir pruebas; iii) sólo tramitable ante los agentes del Ministerio Público; iv) requerir aprobación judicial en todos los casos en los que se llegue a acuerdo; y v) requerir que las partes estén representadas por abogado.*

1.3 REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD

1.3.1 CONCEPTO y CONSTITUCIONALIDAD

PREGUNTA No. 3

TEMA(S): REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD

1.- PREGUNTA.

¿Qué es requisito de procedibilidad?

¿Es constitucional consagrar la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo?

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• Constitución Política, artículo 229;• Ley Estatutaria 1285 de 2009, artículo 13.
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none">• Corte Constitucional, Sentencia C-1194 de 2001;

- | | |
|--|--|
| | <ul style="list-style-type: none">• Corte Constitucional, Sentencia C-1195 de 2001;• Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de diciembre 4 de 2006, rad. 21926;• Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 2008. |
|--|--|

3.- CONSIDERACIONES.

Para resolver el problema jurídico contenido en la pregunta anterior, se abordarán los siguientes temas *i)* los requisitos de procedibilidad como limitaciones al acceso a la Administración de Justicia y *ii)* validez constitucional de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en asuntos contencioso administrativos.

3.1. Los requisitos de procedibilidad como limitaciones al acceso a la administración de justicia.

En términos generales, los requisitos de procedibilidad han sido considerados como *“limitaciones que, obedeciendo a determinadas finalidades superiores, la ley impone para el ejercicio de las acciones judiciales, de suerte que solamente en cuanto se acrediten los respectivos supuestos será jurídicamente viable acceder a la Administración de Justicia.”*^[43]

Se desprende de lo anterior, que cuando se habla de requisitos de procedibilidad, se trata de intervenciones del legislador, limitativas del Derecho Constitucional Fundamental de Acceso a la Administración de Justicia, consagrado en el artículo 229 de la Constitución Política, es decir, del establecimiento de presupuestos procesales para el ejercicio del Derecho de Acción^[44].

La jurisprudencia constitucional ha puesto de presente que la función pública de administrar justicia *“puede ser concebida desde este enfoque como la contrapartida del derecho constitucional del libre acceso a la jurisdicción, en virtud del cual las personas tienen derecho a ser parte en un proceso promoviendo la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones que se le formulen.”*^[45]

Respecto de la validez de tales limitaciones y de su consagración exclusivamente atribuida al legislador –no a la Administración ni al juez-, la Corte Constitucional ha señalado que *“es perfectamente posible que el **legislador**, al introducir requisitos de procedibilidad de las acciones judiciales, persiga fines constitucionalmente legítimos: evitar la litigiosidad*

superflua, limitar el conocimiento de ciertas acciones, por su importancia institucional, a ciertas autoridades judiciales, velar por la seriedad de las demandas ciudadanas para proteger el correcto funcionamiento del aparato judicial, favorecer la solución alternativa de conflictos, como en el caso de la conciliación prejudicial, etc.”^[46].

Con fundamento en lo expuesto, en el Derecho Administrativo colombiano, el legislador ha consagrado requisitos de procedibilidad, tales como:

- *El agotamiento de la vía gubernativa*, respecto de la acción “*para que se declare la nulidad de un acto particular, que ponga término a un proceso administrativo, y se restablezca el derecho del actor*”^[47]; o
- *La constitución en renuencia*, para ejercer la acción de cumplimiento, requisito que se encuentra previsto en los siguientes términos: “*Con el propósito de constituir la renuencia, la procedencia de la acción requerirá que el accionante previamente haya reclamado el cumplimiento del deber legal o administrativo y la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no contestado dentro de los diez (10) días siguientes a la presentación de la solicitud*”^[48].

Al declarar ajustado a la Carta el aparte normativo transcrito, la Corte Constitucional afirmó que “*el requisito de constitución en renuencia de la autoridad pública como condición de procedibilidad de la acción de cumplimiento no supone una carga procesal desmesurada para el accionante, más aún cuando la propia norma exceptúa de tal requerimiento a la persona o personas que se encuentran en situación de sufrir un perjuicio irremediable. El legislador tiene en esta materia un margen de configuración legislativa que le permite optar por éste u otros requisitos procesales tendientes a facilitar la participación ciudadana en asegurar el cumplimiento de la ley y de los actos administrativos por parte de las autoridades públicas*”.^[49]

- Así mismo, el legislador instauró el requisito de procedibilidad relacionado con la conciliación extrajudicial, en diferentes asuntos, como en materia contenciosa administrativa.

3.2. Validez constitucional de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en asuntos contencioso administrativos.

La Ley Estatutaria 1285 de 2009, consagró, en su artículo 13, la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para el ejercicio de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo.

La constitucionalidad de dicha disposición fue analizada por el Corte Constitucional, en ejercicio de la atribución de control previo respecto de los proyectos de ley estatutaria, prevista en el artículo 241-8 de la Constitución Política.

Puesto que, como se dijo, los requisitos de procedibilidad, resultan ser, en abstracto, una limitación al Acceso a la Administración de Justicia, con el fin de determinar la validez constitucional de tal intervención del legislador en un Derecho Fundamental, el Tribunal Constitucional hubo de analizar, entre otros asuntos relevantes, los fines perseguidos con el establecimiento de la figura, asunto de la mayor trascendencia para determinar si el requisito de procedibilidad se ajusta, o no, al ordenamiento superior.

Respecto de los fines generales perseguidos por el legislador al consagrar la conciliación como requisito de procedibilidad, la jurisprudencia ha reconocido que se trata de “*abrir un espacio de encuentro, diálogo y debate que facilite la resolución del conflicto antes de que éste tenga que ser decidido por las autoridades jurisdiccionales*”^[50]

En concreto, la jurisprudencia constitucional ha puesto de presente que los fines que se pretenden alcanzar con la conciliación extrajudicial obligatoria, guardan estrecha relación con la garantía del acceso a la justicia; con promover la participación de los individuos en la solución de sus conflictos; estimular la convivencia pacífica; facilitar la solución de los conflictos sin dilaciones injustificadas; y descongestionar los despachos judiciales, fines todos trascendentales y legítimos desde la perspectiva constitucional.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha sostenido:

*“En primer lugar, la conciliación es un **mecanismo de acceso a la administración de justicia** (...) la conciliación constituye una oportunidad para resolver de manera rápida un conflicto, a menores costos que la justicia formal. Esto resulta obvio si las partes llegan a un acuerdo, pues el conflicto se soluciona en el mínimo tiempo posible. Pero aún en el evento en que no se llegue a un acuerdo, la conciliación permite reducir los asuntos objeto de controversia a aquellos que realmente resultan relevantes y desestimula que el litigio se extienda a temas secundarios o a puntos en los que las partes coinciden, con lo cual el eventual proceso judicial resultará menos oneroso en términos de tiempo y recursos al poderse concentrar en los principales aspectos del conflicto.*

*En segundo lugar, la conciliación **promueve la participación de los particulares en la solución de controversias**, bien sea como conciliadores, o como gestores de la resolución de sus propios conflictos. Por ello se ha calificado la conciliación como un*

mecanismo de autocomposición. Esta finalidad resulta compatible con lo establecido por el artículo 2º de la Constitución Política que señala como uno de los fines esenciales del Estado facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan. Como quiera que el papel del conciliador no es el de imponer una solución ni sustituir a las partes en la resolución del conflicto, la conciliación constituye precisamente una importante vía para propiciar la búsqueda de soluciones consensuales y para promover la participación de los individuos en el manejo de sus propios problemas.

*En tercer lugar, la conciliación contribuye a la consecución de la **convivencia pacífica**, uno de los fines esenciales del Estado (artículo 2). El hecho de que a través de la conciliación sean las partes, con el apoyo de un conciliador, las que busquen fórmulas de acuerdo para la solución de un conflicto, constituye una clara revelación de su virtud moderadora de las relaciones sociales. La conciliación extrae, así sea transitoriamente, del ámbito litigioso la resolución de los conflictos, allanando un camino para que las disputas entre individuos se resuelvan por la vía del acuerdo. Además, la conciliación estimula el diálogo, reduce la cultura adversarial y elimina la agudización del conflicto como consecuencia del litigio.*

*En cuarto lugar, la conciliación **favorece la realización del debido proceso** (artículo 29), en la medida que reduce el riesgo de dilaciones injustificadas en la resolución del conflicto. Tal como lo ha reconocido la abundante jurisprudencia de esta Corporación, el debido proceso involucra, amén de otras prerrogativas ampliamente analizadas, el derecho a recibir una pronta y cumplida justicia^[51] y como quiera que la conciliación prejudicial ofrece, precisamente, una oportunidad para resolver el conflicto de manera expedita, rápida y sin dilaciones, desarrolla el mandato establecido por la Carta en su artículo 29.*

*En quinto lugar, la conciliación repercute de manera directa en la efectividad de la prestación del servicio público de administración de justicia, **al contribuir a la descongestión de los despachos judiciales**. En efecto, visto que los particulares se ven compelidos por la ley no a conciliar, pero si a intentar una fórmula de arreglo al conflicto por fuera de los estrados judiciales, la audiencia de conciliación ofrece un espacio de diálogo que puede transformar la relación entre las partes y su propia visión del conflicto, lo que contribuye a reducir la cultura litigiosa aún en el evento en que éstas decidan no conciliar.”^[52]*

Siendo, como se dijo, los fines de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, plenamente ajustados a la Carta y compatibles con ella y puesto que, además, no se imponen con dicho presupuesto cargas desproporcionadas o irrazonables a los administrados, se tiene, en consecuencia, que si bien se trata de una limitación al derecho de acceso a la Administración de Justicia, tal intervención resulta plenamente justificada y constitucionalmente legítima.

Finalmente, se destaca que al declarar exequible la norma contenida en el artículo 13 de la Ley 1285, en cuanto estableció el requisito, la Corte Constitucional indicó que *“la conciliación como requisito de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, no contraría la Constitución siempre y cuando en su configuración concreta se garantice el derecho de acceso a la Administración de Justicia.”*^[53] Esta última condición no quedó expresamente incorporada en la parte resolutive de la providencia judicial.^[54]

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que los requisitos de procedibilidad son limitaciones al Derecho Constitucional Fundamental de Acceso a la Administración de Justicia, impuestas –exclusivamente– por el legislador para perseguir determinados fines que deben encontrarse justificados y relacionados con el interés general y que, de otra parte, la consagración la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en ejercicio de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87, resulta totalmente válida desde la perspectiva constitucional, tal como lo determinó la Corte Constitucional mediante providencia que constituye Cosa Juzgada Constitucional en los términos del artículo 243 de la Carta Política..

1.3.2 CUMPLIMIENTO

PREGUNTA No. 4

TEMA(S): REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD

1.- PREGUNTA.

<i>¿Cuándo se considera cumplido el requisito de procedibilidad?</i>
--

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• Ley 640 de 2001, Artículo 2 numerales 1, 2 y 3;• Ley Estatutaria 1285 de 2009, artículo 13;• Decreto 1716 de 2009, artículo 9-7
------------------------	---

3.- CONSIDERACIONES.

El requisito de procedibilidad referente al agotamiento de la conciliación extrajudicial en asuntos Contencioso Administrativos, consagrado en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, se considera cumplido, siempre que el asunto sea conciliable y que el convocante haya radicado debidamente la solicitud de conciliación ante la entidad convocada y ante la Procuraduría General de la Nación, en los siguientes eventos: *i)* cuando celebrada la audiencia las partes no lleguen a acuerdo conciliatorio; *ii)* cuando las partes o una de ellas no comparezca(n) a la audiencia de conciliación; y *iii)* cuando transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de la solicitud de conciliación ante la Procuraduría General de la Nación, la audiencia no se hubiere realizado.

3.1. Cuando celebrada la audiencia las partes no lleguen a acuerdo conciliatorio.

Admitida la solicitud de conciliación, convocadas y reunidas las partes, cuando en el curso de la audiencia de conciliación, de la cual se levanta la correspondiente acta, las partes, pese a los esfuerzos que realice el conciliador, no lleguen a celebrar acuerdo conciliatorio, el agente del Ministerio Público debe expedir constancia de imposibilidad del acuerdo^[55] y devolver a los interesados la documentación aportada.

En la respectiva constancia es preciso incorporar, de manera clara y expresa, los datos que a continuación se enuncian:

- Identificación de las partes convocante(s) y convocado(s);
- Objeto de la solicitud de conciliación;
- Fecha de radicación de la solicitud ante la Procuraduría General de la Nación;
- Fecha de celebración de la audiencia;
- Manifestación de la imposibilidad de acuerdo entre las partes.

La constancia habrá de ser aportada con la eventual demanda, para que, con fundamento en la información en ella contenida, el juez pueda determinar si fue debidamente agotado, o no, el requisito de procedibilidad respecto de las pretensiones que se esgriman en la demanda, así como respecto de cada uno de los demandados y pueda, igualmente, determinar y computar el término de suspensión de la caducidad de la respectiva acción.

3.2. Cuando las partes o una de ellas no comparezca(n) a la audiencia de conciliación.

Admitida la solicitud de conciliación por el agente del Ministerio Público y debidamente realizada la citación a la audiencia de conciliación, si las partes, o una de ellas, no comparece(n) el día y hora programados para llevar a cabo la diligencia, se levantará el acta correspondiente.

Una vez transcurridos los tres (3) días hábiles previstos en el Artículo 9-7 del Decreto 1716 del 2009, como término dentro del cual se puede justificar la inasistencia por circunstancias constitutivas de fuerza mayor o caso fortuito, el agente del Ministerio Público expedirá la correspondiente constancia^[56] de culminación del trámite por inasistencia, en la que indicará expresamente:

- Identificación de las partes convocante(s) y convocado(s);
- Objeto de la solicitud de conciliación;
- Fecha de radicación de la solicitud ante la Procuraduría General de la Nación;
- Fecha en que debió celebrarse la audiencia;
- Manifestación en el sentido que la audiencia no se celebró por inasistencia de una o ambas partes
- Mención de las justificaciones que se hubieren presentado oportunamente.

Expedida la constancia se devolverán los documentos aportados por los interesados, excepto aquellos que gocen de reserva legal^[57].

No obstante lo anterior, las partes pueden, en forma conjunta, solicitar al agente del Ministerio Público, antes de la expedición de la correspondiente constancia, que se fije una nueva fecha para llevar a cabo la diligencia.

3. Cuando transcurridos tres meses contados a partir de la presentación de la solicitud de conciliación ante la Procuraduría General de la Nación, la audiencia no se hubiere realizado.

Cuando el asunto objeto de la solicitud sea de carácter conciliable, la audiencia de conciliación extrajudicial habrá de surtirse dentro de los tres (3) meses siguientes a la presentación de la solicitud.^[58]

En consecuencia, de conformidad con lo previsto en el inciso 3° del artículo 35 de la Ley 640 de 2001, el requisito de procedibilidad se entiende agotado cuando transcurridos tres (3) meses^[59] contados a partir de la presentación de la solicitud de conciliación ante la Procuraduría General de la Nación, la audiencia respectiva no se hubiere celebrado por cualquier causa.

En este caso el interesado puede acudir directamente a la jurisdicción con la sola presentación de la solicitud de conciliación en la que conste la fecha de radicación de la solicitud, manifestando que habiendo transcurrido el término legal la audiencia no se realizó.

Lo anterior comporta una carga especial para el apoderado de la parte convocante toda vez que el referido término de tres (3) meses coincide plenamente con el término máximo de suspensión de la caducidad de la respectiva acción, por lo que una vez transcurrido comienza nuevamente su cómputo aunque no se haya celebrado la respectiva audiencia.

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto, se concluye que se considera cumplido el requisito de procedibilidad de la Conciliación Extrajudicial en asuntos Contenciosos Administrativos en los siguientes eventos:

- Cuando celebrada la audiencia las partes no lleguen a acuerdo conciliatorio.
- Cuando las partes o una de ellas no comparezca(n) a la audiencia de conciliación.
- Cuando transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de la solicitud de conciliación ante la Procuraduría General de la Nación, la audiencia no se hubiere realizado.

En los anteriores eventos, al encontrarse debidamente agotado el requisito de procedibilidad consagrado en el artículo 13 de la Ley 1285, el interesado

cuenta con habilitación jurídica para acceder a la Administración de Justicia.

1.3.4 RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

PREGUNTA No. 5

TEMA(S): APLICACIÓN EN EL TIEMPO DE LA LEY 1285
--

1.- PREGUNTA.

<p><i>¿Existe un régimen de transición para la aplicación del requisito de procedibilidad consagrado en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009?</i></p>
--

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• Ley Estatutaria 1285 de 2009, artículos 13 y 28;• Ley 153 de 1887, artículo 40.
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none">• Corte Constitucional, Sentencia C-619 de 2001;• Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 2009.

3.- CONSIDERACIONES.

Para resolver el problema jurídico contenido en la pregunta anterior, se abordarán los siguientes temas: *i)* la libre configuración legislativa respecto de la vigencia de la ley; *ii)* el carácter procesal de la norma contenida en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009; y *iii)* aplicación en el tiempo del requisito de procedibilidad consagrado en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009.

1.- La libre configuración legislativa respecto de la vigencia de la ley.

Corresponde al legislador decidir el momento en el cual una determinada norma empieza a regir, esto es definir el punto de partida de su entrada en vigencia, teniendo en cuenta consideraciones bien de carácter jurídico o relacionadas con la conveniencia, mérito, oportunidad.

En principio, la potestad del legislador para establecer la vigencia de la ley, está limitada únicamente por los requerimientos del principio de publicidad consagrado en la Constitución Política, en virtud del cual, aprobado un proyecto de ley por ambas cámaras pasa al Gobierno para su sanción, acto

que pone fin al procedimiento de formación de la ley, mediante el cual “*el Gobierno lo aprueba y da fe de su existencia y autenticidad*”^[60] y, si “*éste no lo objetare, **dispondrá que se promulgue como ley***”^[61], atribución ésta expresamente conferida al Presidente de la República^[62].

Sobre el particular el artículo 52 de la Ley 4ª de 1913 establece, en su inciso segundo, que “*[l]a promulgación consiste en insertar la ley en el periódico oficial, y se entiende consumada en la fecha del número en que termine la inserción.*”

La promulgación, en consecuencia, se verifica con la publicación de la ley en el Diario Oficial^[63] y de ella depende, en general la obligatoriedad de la norma legal.

La ya referida Ley 4ª de 1913, establece igualmente la siguiente regla general respecto de la vigencia de la ley:

*“La ley no obliga sino en virtud de su promulgación, y **su observancia principia dos meses después de promulgada.**”*^[64]

Se tiene de lo anterior que, por regla general, las leyes cobran vigencia dos meses después de su promulgación, sin embargo, en el marco de su libre configuración, puede el legislador incluir en la respectiva ley, disposiciones especiales en la cuales expresamente se señale la fecha en la cual deberá empezar a regir, total o parcialmente o incluso someter la vigencia de una norma determinada al cumplimiento de una condición^[65].

2. El carácter procesal de la norma contenida en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009.

Además de lo anteriormente expuesto, debe tenerse en cuenta que el referido artículo 13 al consagrar un requisito de procedibilidad para el ejercicio de determinadas acciones contenciosas, contiene una norma de carácter estrictamente procesal.

En efecto, las normas relativas a presupuestos procesales de la acción son, como su nombre lo indica, de carácter procesal, destacando que por ellos se entienden los requisitos indispensables para que la acción “*pueda instaurarse*”^[66]. En consecuencia, resulta plenamente aplicable al respecto, lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, en los siguientes términos:

*“Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios **prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.** Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya*

estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha señalado que el transcrito artículo 40 *“prescribe el **efecto general inmediato de la de las leyes procesales**... Ahora bien, a manera de resumen de lo dicho hasta ahora puede concluirse que en materia de regulación de los efectos del tránsito de legislación, la Constitución solo impone como límites el respeto de los derechos adquiridos, y el principio de favorabilidad y de legalidad penal. Por fuera de ellos, opera la libertad de configuración legislativa. Con base en ello, el legislador ha desarrollado una reglamentación general sobre el efecto de las leyes en el tiempo, contenida en la Ley 153 de 1887, según la cual en principio las leyes rigen hacia el futuro, pero pueden tener efecto inmediato sobre situaciones jurídicas en curso. Tal es el caso de las leyes procesales, pues ellas regulan actuaciones que en sí mismas no constituyen derechos adquiridos, sino formas para reclamar aquellos”.*^[67]

3. Aplicación en el tiempo del requisito de procedibilidad consagrado en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009.

El artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, por la cual se modificó la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, es del siguiente tenor:

*“Apruébase como artículo nuevo de la Ley 270 de 1996 el siguiente:
“Artículo 42A. Conciliación judicial y extrajudicial en materia contencioso-administrativa. **A partir de la vigencia de esta ley**, cuando los asuntos sean conciliables, siempre constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan, el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial.”*

Tal como se puede advertir, la disposición transcrita establece que el requisito de procedibilidad para el ejercicio de determinadas acciones contencioso administrativas, consistente la obligatoriedad de adelantar, previo a su ejercicio, la conciliación extrajudicial, entró a regir a partir de la vigencia de la Ley 1285.

De otra parte, la misma Ley Estatutaria estableció, en su artículo 28, una disposición especial respecto de su entrada vigencia, en los siguientes términos:

*“**VIGENCIA.** La presente ley **rige a partir de su promulgación**”.*

Esta norma fue declarada ajustada a la Carta por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-713 de 2008, al encontrar la Corte que “[este artículo

se limita a señalar las condiciones de entrada en vigencia de la ley, sin que su texto desconozca ninguna disposición de la Constitución Política. Por lo tanto, será declarado exequible.”

La Ley 1285 fue publicada en el Diario Oficial No. 47.240 del 22 de enero de 2009, por lo que, de conformidad con lo dispuesto en la norma transcrita, entró a regir a partir de dicha fecha. Se destaca que la norma en comentario no consagró ningún régimen de transición para la aplicación del requisito de procedibilidad y, en consecuencia, las demandas que en ejercicio de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del C.C.A., se presenten ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa con posterioridad al día 22 de enero de 2009, deben cumplir con el referido requisito.

Debe advertirse que respecto de las demandas **presentadas** con anterioridad a la entrada en vigencia de la nueva ley, no resulta, por tanto, obligatorio agotar el requisito de procedibilidad en comentario, aunque para el 22 de enero de 2009 no se hubiere dictado el correspondiente auto admisorio, toda vez que para el momento de su presentación no había empezado a regir la norma que consagra el mencionado requisito, si se tiene en cuenta que la Ley 1285 previó, como se dijo, su entrada en vigencia a partir de la promulgación, por lo que, ante tal disposición expresa, no puede inferirse ningún tipo de retroactividad de sus efectos, máxime cuando el mismo artículo 13 estableció, se reitera, el requisito sólo “[a] partir de la vigencia de esta ley”.

4.- RESPUESTA

De todo lo anterior se concluye, que el requisito de procedibilidad relacionado con la conciliación extrajudicial, como presupuesto procesal que es, debe verificarse antes de la presentación de la respectiva demandada para el ejercicio de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del C.C.A., y, puesto que por disposición expresa de la Ley 1285, en sus artículos 13 y 28, y dado el carácter procesal de la norma respectiva, tal requisito entró a regir a partir de la respectiva promulgación, se tiene que respecto de las demandas instauradas con posterioridad al 22 de enero de 2009, dicho requisito resulta jurídicamente exigible, sin que el legislador haya previsto régimen de transición alguno para su aplicación.

1.4 EXCEPCIONES AL AGOTAMIENTO DEL REQUISITO

PREGUNTA No. 6
TEMA(S): EXCEPCIONES AL AGOTAMIENTO DEL REQUISITO

1.- PREGUNTA.

¿Existen excepciones a la obligatoriedad de agotar la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en asuntos contencioso administrativos conciliables?

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• Constitución Política, artículo 238;• C.C.A., artículos 152 y ss• Ley 640 de 2001, artículo 37;• Ley 678 de 2001, artículos 26 y 27;• Decreto Reglamentario 1716 de 2009, artículo 6, literales j) y k)
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none">• Corte Constitucional, Sentencia C-484 de 2002.

3.- CONSIDERACIONES.

Aunque, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 de la Ley Estatutaria 1285 de 2009, por regla general, siempre que el respectivo asunto sea conciliable, la conciliación extrajudicial constituye requisito de procedibilidad para el ejercicio de las acciones consagradas en los artículos 85, 86 y 87 del C.C.A., existen dos excepciones legales, de la mayor relevancia práctica, en virtud de las cuales, pese a tratarse de asuntos eventualmente conciliables y pese a que se ejercería cualquiera de las acciones anteriormente anotadas, no resulta jurídicamente obligatorio el agotamiento del mencionado requisito de procedibilidad, a saber: *i*) excepción por desconocimiento del domicilio del eventual convocado, y *ii*) excepción por interposición de medidas cautelares.

A continuación se abordará cada una de dichas excepciones:

3.1. Excepción por desconocimiento del domicilio del eventual convocado.

De conformidad con lo establecido en la normatividad vigente, la petición de conciliación que se presente ante el agente del Ministerio Público competente, debe contener, entre otros requisitos, la indicación del lugar donde se deben surtir las notificaciones tanto al convocante como al convocado, así como copia de la petición de conciliación previamente enviada al convocado, en la que conste que ha sido efectivamente recibida por éste^[68].

No obstante lo anterior, el inciso cuarto del artículo 35 de la Ley 640 de 2001, establece, en los siguientes términos una excepción a la

obligatoriedad de agotar el requisito de procedibilidad, para aquellos eventos en los cuales el eventual convocante desconoce el paradero de la persona a quien convocaría a la conciliación extrajudicial:

“Con todo, podrá acudir directamente a la jurisdicción cuando bajo la gravedad del juramento, que se entenderá prestado con la presentación de la demanda, se manifieste que se ignora el domicilio, el lugar de habitación y el lugar de trabajo del demandado, o que este se encuentra ausente y no se conoce su paradero.”

La consagración de la excepción en comento obedece a la circunstancia de que el interesado desconoce el lugar donde pueda localizarse la parte a la cual convocaría y, desde luego, puesto que nadie está obligado a lo imposible y para garantizar el efectivo acceso a la Administración de Justicia, permite la ley que se acuda directamente a la jurisdicción. De otra parte, adelantar el procedimiento conciliatorio en ausencia del convocado comportaría no sólo el desconocimiento del derecho al Debido Proceso Administrativo, sino que implicaría cumplir un requisito simplemente formal, dejando de lado todos los fines propios de la conciliación, motivo por el cual solución diferente no resultaría plausible.

Ahora bien, tal desconocimiento debe ser cierto, lo que supone que el convocante ha hecho las averiguaciones normarles pertinentes tendientes a establecer el paradero del eventual convocado, en aplicación de los postulados de buena fe y lealtad procesal. No debe olvidarse que se está haciendo una manifestación ante juez y bajo la gravedad de juramento, la cual, en caso de no resultar cierta, conduciría, además de las consecuencias disciplinarias, éticas y penales a que haya lugar, a tener por desatendido el requisito de procedibilidad.

Finalmente, se destaca que la redacción de la norma que consagra la referida excepción lleva a concluir que el eventual convocado se trata, en general, de una persona natural, toda vez que la norma alude al desconocimiento de su lugar de trabajo, habitación, paradero y a que “se encuentra ausente”. En consecuencia, resulta aplicable, en asuntos contencioso administrativos, en aquellos eventos en los cuales una entidad pública pretende convocar a una persona natural a quien demandaría en ejercicio de acción de repetición, de lesividad, de reparación directa o de controversias contractuales o bien, en los casos en los que se pretenda convocar a una entidad pública y a un particular en forma simultánea.

3.2. Excepción por interposición de medidas cautelares.

En el inciso quinto del artículo 35 de la Ley 640 de 2001, estableció el legislador otra excepción, esta vez relacionada con la circunstancia de que

el eventual convocante hará uso en el proceso judicial de las medidas cautelares procedentes que la normatividad le brinda.

La norma en comento establece que “[c]uando en el proceso de que se trate, y (sic) se quiera solicitar el decreto y la práctica de medidas cautelares, se podrá acudir directamente a la jurisdicción. De lo contrario, tendrá que intentarse la conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad, de conformidad con lo previsto en la presente ley.”

Puesto que el ámbito de aplicación del requisito de procedibilidad consagrado en la Ley 1285 hace referencia en forma exclusiva a las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del CCA., resulta necesario precisar cuales son las medidas cautelares procedentes cuando se ejercen tales acciones.

3.2.1. Suspensión Provisional de los efectos de los actos administrativos impugnados.

Cuando se ejercen acciones en las que se esgriman pretensiones tendientes a que se declare la nulidad de actos administrativos, esto es, en cuanto interesa para efectos de la respuesta, nulidad y restablecimiento del derecho, lesividad y controversias contractuales respecto de actos expedidos una vez celebrado el contrato y con ocasión de la actividad contractual, procede la medida cautelar denominada suspensión provisional.

El artículo 238 de la Constitución Política dispone que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo puede suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establece la ley, los efectos de los actos administrativos susceptibles de impugnación por vía judicial y, por su parte, el Código Contencioso Administrativo^[69] consagra los requisitos de dicha medida cautelar.^[70]

3.2.2. Embargo y secuestro e inscripción de la demanda.

Cuando la entidad estatal legitimada para el efecto pretende instaurar acción de repetición contra su agente o ex agente, quien con su conducta dolosa o gravemente culposa ha dado lugar a detrimento patrimonial para el Estado con motivo de daño antijurídico imputable a aquel^[71], puede solicitar el decreto de las correspondientes medidas cautelares.

En este evento proceden las medidas de *i*) embargo y secuestro de bienes sujetos a registro^[72] o no^[73], y *ii*) la inscripción de la demanda de bienes sujetos a registro^[74], las cuales deben ser previa y expresamente solicitadas y se decretan antes de la notificación del auto admisorio de la demanda.^[75]

Las normas correspondientes de la Ley 678, artículos 23 a 29, fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-484 de 2002, con fundamento en los siguientes argumentos:

“Como se sabe, las medidas precautorias tienen como finalidad garantizar la efectividad de lo que se resuelva en la sentencia, al punto que sin ellas en numerosas ocasiones el proceso resultaría inocuo y el fallo meramente ilusorio.

13.2. Desde luego, las medidas cautelares han de ser expresamente autorizadas por el legislador, quien no sólo define cuales son ellas, sino además fija requisitos de oportunidad para solicitarlas, en que procesos son procedentes, determina cuando se decretan, cómo se practican y, dado que pueden ocasionar perjuicios al demandado, habrá de dictar las normas para resarcirlos en caso de que ello fuere necesario, asuntos estos sobre los que ejerce con amplitud la potestad de dictar las leyes.

13.3. No son pues, las medidas cautelares exclusivas de los procesos de ejecución, como tampoco lo son tan sólo de una rama del Derecho en particular. Ellas pueden ser establecidas por el legislador según su propia apreciación de la conveniencia de hacerlo por política legislativa, e inclusive puede si así lo considera pertinente, utilizar la técnica de la remisión a leyes o a códigos de una materia determinada, para aplicarlos en otra, nada de lo cual vulnera la Carta Política.

13.4. Sentado lo anterior, no se ve entonces que resulten afectados de inconstitucionalidad los artículos 23 a 29 de la ley acusada, por cuanto en el primero de ellos se instituyan como procedentes al ejercer la acción de repetición el embargo y el secuestro de bienes, así como la inscripción de la demanda conforme a las reglas del procedimiento civil y se ordene al juez o magistrado la fijación de una caución judicial a cargo de la entidad demandante para garantizar los eventuales perjuicios que se le pudieren ocasionar al servidor público llamado en garantía, es decir, demandado para reembolsar eventualmente; tampoco resulta contrario a la Carta Política que esas medidas precautorias se puedan decretar antes de la notificación del auto admisorio de la demanda, pues precisamente su naturaleza y finalidades permiten hacerlo sin que eso signifique vulneración de las reglas propias del debido proceso; las formalidades para decretar el embargo de bienes sujetos a registro de que trata el artículo 25, así como las establecidas para la práctica del secuestro de esos bienes, se regulan, en lo esencial, por lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil y ello no quebranta disposición alguna de la Constitución; tampoco la

quebranta lo dispuesto en el artículo 26 con respecto a la inscripción de la demanda de bienes sujetos a registro antes de la notificación del auto admisorio de esta o del que admita el llamamiento en garantía, con indicación de las partes, clase de proceso, identificación del bien, número de matrícula y orden de registro, con efectos iguales a los que esta medida cautelar tiene en el procedimiento civil; en nada se quebranta la Carta Política por el artículo 27 de la ley en cuanto dispone, como en los demás procesos, que el embargo de bienes no sujetos a registro se perfecciona con el secuestro y que éste ha de recaer sobre los bienes que se denuncien como de propiedad del demandado; y, del mismo modo, es ajustado a la Constitución el artículo 29, en cuanto por la ley se establecen causales de procedencia de la petición que haga el demandado para el levantamiento de las medidas cautelares, ya sea porque fuere absuelto de la pretensión de repetición o, por la prestación de una caución dineraria, bancaria o mediante póliza expedida por una compañía de seguros por el monto que señale el juez para garantizar el pago de la condena, causal que opera tanto en el proceso de repetición que se adelanta autónomamente, como en el caso del llamamiento en garantía o durante la ejecución del fallo; y, por último, que contra el auto que resuelva sobre medidas cautelares se establezcan los recursos de reposición, apelación y queja, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo, en vez de restringir o cercenar el derecho de defensa, son un dispositivo legal para su cabal ejercicio por el servidor público contra quien se ejerza la acción de repetición, bien en forma directa, ya mediante el llamamiento en garantía.”

Se tiene de lo anterior que las medidas cautelares procedentes cuando se ejerce la acción de repetición, consagradas en la Ley 678, se ajustan plenamente a la Carta Política y cuando se pretendan utilizar en el respectivo proceso no resulta obligatorio acudir al procedimiento conciliatorio previo.

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que aunque el asunto de que se trate sea conciliable y la acción a ejercer sea de aquellas consagradas en los artículos 85, 86 y 87 del C.C.A., no se requiere agotar el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial cuando i) se desconozca el domicilio de la personal natural que se convocaría y ii) cuando se pretendan utilizar en el proceso judicial las medidas cautelares procedentes en la respectiva acción.

1.11 TRANSACCION

PREGUNTA No. 7

TEMA(S): TRANSACCION

1.- PREGUNTA.

¿Qué diferencia existe entre la conciliación y la transacción?

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• Constitución Política, artículos 116 y 229;• Código Civil, artículos 2469 a 2487;• C.P.C., artículo 340;• C.C.A., artículos 85, 86, 87 y 218;• Ley 80 de 1993, artículo 68;• Ley 446 de 1998, artículo 70;• Ley 678 de 2001, artículo 12;• Ley 640 de 2001, artículo 43;• Ley 1285 de 2009, artículo 13;• Decreto Reglamentario 1716 de 2009, artículos 2, 12 y 13.
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none">• <i>Sección Tercera, Auto del 11 de octubre de 2006, rad. 2500023260001998129601(27285) MP Alier Hernández Enríquez;</i>• <i>Corte Constitucional, Sentencia C-893 de 2001;</i>• <i>Corte Constitucional, Sentencia C-1195 de 2001.</i>

3.- CONSIDERACIONES.

Para resolver el problema jurídico contenido en la pregunta anterior, se abordarán los siguientes temas *i)* características de la transacción como mecanismo alternativo de solución de conflictos; *ii)* transacción extrajudicial y judicial; y *iii)* diferencias entre la transacción y la conciliación.

3.1. Características de la transacción como mecanismo alternativo de solución de conflictos.

La Transacción es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, que se define, según dispone el artículo 2469 del Código Civil, como

*“un **contrato** en el que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual”.*

De lo anterior se desprende que se trata, entonces, como lo sostiene la doctrina autorizada, *“de un arreglo amigable del conflicto surgido entre las partes, esté pendiente de decisión judicial o no haya sido sometido aún a ella. Los interesados renuncian recíprocamente a pretensiones; no hay transacción, así se otorgue ese nombre al acuerdo celebrado, si uno de ellos impone totalmente sus aspiraciones al otro, o si éste se limita a renunciar a sus derechos o aspiraciones. Transigir equivale a hacer concesiones y obtenerlas del contrario, con miras a cancelar una contienda.”*^[76]

La función principal de la transacción es la de ponerle fin a un conflicto, sin embargo, usualmente al poner fin a la controversia entre las partes se obtiene como resultado la extinción de alguna obligación, sin ser esta su finalidad primaria.^[77]

En cuanto a sus rasgos particulares, se puede señalar que *“la transacción es un acto de autonomía privada, destinado, más que a modificar una situación en curso, a precisarla, cuanto lo primero, eliminando el conflicto y la consiguiente incertidumbre. La transacción implica, necesariamente la determinación de dos posiciones encontradas, cada una de las cuales es transformada, modificada, en cuanto hace a la depuración del conflicto. De ahí su naturaleza ciertamente preclusiva, en rigor, exclusivamente preclusiva. Se destacan como rasgos sobresalientes de la figura, su carácter convencional, su función declarativa, dirimente y su eficacia definitiva.”*^[78]

La transacción, como contrato, se caracteriza por ser consensual, bilateral, oneroso, conmutativo, principal y nominado.

A continuación se explican cada una de tales características:

- **Consensual**, porque su perfeccionamiento ocurre con el simple acuerdo de voluntad entre las partes sobre lo que es objeto de transacción^[79], es decir, el motivo del conflicto; sin embargo, excepcionalmente puede ser *solemne*, cuando recae sobre algún derecho que requiera de alguna solemnidad para su constitución o disposición.
- **Bilateral**, debido a que ambas partes contraen obligaciones que reflejan los sacrificios y concesiones recíprocas.^[80]
- **Oneroso**, puesto que cada uno de las partes se grava en beneficio de la otra.^[81]

- **Conmutativo**, en aquellos casos en los que las partes conocen de antemano el alcance de las prestaciones a cumplir; pero en los casos en los que esto no ocurre, se estaría en presencia de un contrato *aleatorio*, pues las partes no llegan a percatarse de la proyección de los deberes y derechos negociales.^[82]
- **Principal**, puesto que no necesita de ningún otro negocio para su existencia.^[83]
- **Nominado**, ya que el contrato de transacción se encuentra tipificado y regulado en el Código Civil.^[84]

Del contenido del artículo 2469 del Código Civil, se pueden identificar dos elementos constitutivos de la figura que se derivan de la norma de manera expresa: *i)* la existencia de un derecho que se disputan judicialmente o pueda ser materia de confrontación litigiosa futura y *ii)* la intención o voluntad de las partes encaminada a superar las diferencias, sin necesidad de decisión judicial. Sin embargo, se debe agregar un tercer ítem, que ha sido aceptado en la mayoría de las legislaciones, el cual corresponde a *iii)* la realización de concesiones o sacrificios recíprocos^[85]. Este último elemento, de carácter doctrinal en nuestro medio, ha sido reforzado por pronunciamientos jurisprudenciales, en los cuales se señala que “*son tres los elementos específicos de la transacción, a saber: primero: la existencia de un derecho dudoso o de una relación jurídica incierta, aunque no esté en litigio; segundo, la voluntad o intención de las partes de mudar la relación jurídica dudosa por otra relación cierta y firme; tercero, la eliminación convencional de la incertidumbre mediante concesiones recíprocas*^[86]. *Teniendo en cuenta estos elementos se ha definido con mayor exactitud la transacción expresando que es la convención en que las partes, sacrificando parcialmente sus pretensiones, ponen término en forma extrajudicial a un litigio pendiente o precaven un litigio eventual*”.^[87]

La transacción debe recaer, es decir, debe tener por objeto derechos renunciables, patrimoniales y existentes, de ahí que no se pueda transigir sobre derechos ciertos e indiscutibles, como los emanados de relación laboral^[88], ni sobre derechos que no existen^[89] (art. 2475 C.C.).^[90]

Finalmente, el efecto que la ley^[91] otorga a la transacción es el de cosa juzgada en última instancia, pero con la posibilidad de solicitar su nulidad o rescisión, atendiendo a la regulación pertinente y, dado su carácter contractual, susceptible de ser objeto de acción popular en tanto amenace o vulnere derechos colectivos como la moralidad administrativa y el patrimonio público.

3.2. Transacción extrajudicial y judicial.

Este mecanismo alternativo de solución de conflictos puede ser de carácter **extrajudicial**, cuando se celebra con el fin de precaver un litigio o para producir efectos fuera del proceso^[92] o, por el contrario, será **judicial**, cuando se celebra con el propósito de poner fin a un litigio^[93].

Atendiendo a la anterior clasificación, se pasa seguidamente a analizar cada una de estas categorías:

3.2.1. Transacción extrajudicial.

Es aquella transacción que se celebra con el propósito de prevenir un litigio o que, aún en presencia de uno, busca tener efectos al margen de él^[94]. Por tratarse de una figura que no es de aplicación en el contexto procesal, no se han consagrado normas tendientes a regular este aspecto.

De otra parte, al poner de presente su aspecto sustancial, se analiza la transacción desde la perspectiva del vínculo jurídico que surge entre las partes, puesto que en la regulación de la figura en el Código Civil sólo se requiere la celebración del contrato conforme a Derecho, esto es, sin que sea necesaria aprobación posterior alguna, aunque atendiendo las normas generales de los contratos^[95] y las especiales de la transacción^[96].

Respecto de estas últimas, se tiene que, en cuanto a la capacidad para celebrar la transacción, en el artículo 2470 C.C., se ha establecido que solo quien es capaz de disponer de los objetos involucrados en la transacción puede válidamente celebrar este contrato.

En este tipo contractual juega un papel preponderante el consentimiento y por eso se hace indispensable que se exprese la voluntad con respecto a los extremos del negocio y sobre aquellos elementos propios de la transacción, el litigio que se busca prever, es decir, el derecho puesto en duda y que es objeto de la controversia, así como también respecto de las concesiones a realizar por las partes. El consentimiento respecto de los anteriores elementos se puede expresar, tal como lo establece el artículo 2471 C.C., por medio de mandatario, quien debe contar con poder expreso para transigir, en el cual debe identificarse con precisión sobre cuáles bienes, derechos o acciones se puede ejercer la facultad delegada.

Del mismo modo, al igual que en todos los negocios jurídicos, la declaración debe ser libre y por lo tanto exenta de cualquier vicio.^[97]

La regulación general acerca del error se encuentra desarrollada en el Código Civil^[98], pero respecto de su impacto en la transacción se encuentran algunas regulaciones especiales, como la contenida en el artículo 2479 C.C., el cual parte de que la transacción es un negocio *intuitu personae*^[99], por lo

que se otorga la posibilidad de rescindir el contrato cuando se crea estar transigiendo con una persona pero en verdad se está haciendo con otra; se regula también el error sobre el objeto de la transacción (artículo 2480 C.C.), sancionándolo con la nulidad relativa del contrato; finalmente, en el artículo 2481 C.C., se trata el evento del error numérico o de cálculo, el cual, por disposición expresa de la ley, no anula la transacción y únicamente otorga el derecho a que dicho error sea enmendado.

De otra parte, para aquellos eventos en que se emplee dolo o violencia con el fin de obtener la celebración de la transacción, el artículo 2476 C.C., prevé la nulidad del contrato en todas sus partes, haciendo además extensiva esta consecuencia a los casos en los que se utilicen títulos falsos con el mismo fin.

Otro aspecto crucial a tener en cuenta es el que corresponde al objeto de transacción. El Código Civil señala algunos eventos en los que se prohíbe la transacción en consideración a su objeto, como lo hace el artículo 2473 C.C., al prohibir transigir sobre el estado civil de las personas; con respecto a la transacción sobre alimentos futuros, el artículo 2474 C.C, obliga a la aprobación judicial; el artículo 2475 consagra la prohibición de celebrar transacción alguna sobre derechos ajenos o inexistentes; si se llegare a celebrar una transacción en consideración a un título nulo, atendiendo lo dicho por el artículo 2477 C.C., el contrato será nulo en todas sus partes, salvo que las partes hayan tratado expresamente sobre la nulidad del título; finalmente, por autorización del artículo 2482 C.C, se puede rescindir la transacción cuando llegare a constar por títulos auténticos que una de las partes no tenía ningún derecho sobre el objeto de la transacción, títulos estos que al momento de la celebración del contrato no eran conocidos por la parte que se beneficia de ellos, siempre que no se haya tratado de la transacción sobre un objeto en particular, sino sobre una controversia general entre las partes que involucre varios *objetos de desavenencia* entre ellas.

Sobre los efectos de la transacción, como se expuso en las consideraciones generales sobre la figura, se reitera que el efecto principal del negocio en comento es el de cosa juzgada en última instancia, permitiéndose solicitar, se insiste, en tanto se presenten los respectivos supuestos, declaración de nulidad o rescisión^[100]. En cuanto a la intensidad de tales efectos, el artículo 2484 C.C., señala que son relativos, es decir, solo vinculan a las partes involucradas en el contrato, estableciéndose, además, que “[s]i son muchos los principales interesados en el negocio sobre el cual se transige, la transacción consentida por uno de ellos no perjudica ni aprovecha a los otros; salvo, empero, los efectos de la novación en el caso de solidaridad”. Sobre este mismo aspecto, se destaca que el artículo 2485 C.C., regula el evento de haberse celebrado la transacción sobre uno o más objetos específicos para señalar que las renuncia de derechos, acciones o pretensiones

obedecerá exclusivamente a aquellos que se derivan directamente del objeto u objetos sobre los que se transige.

De otro lado, la ley permite que las partes puedan incluir dentro del contrato de transacción la cláusula penal, la cual cumple una doble función, pues, de un lado, busca estimular el cumplimiento de las prestaciones y, de otro, reparar el daño que se llegue a causar. En caso de que la cláusula penal haya sido pactada, siempre habrá lugar al cumplimiento de la pena por parte de quien haya dejado de *ejecutar la transacción*, sin perjuicio de “llevarse a efecto la transacción en todas sus partes.”^[101]

3.2.2. Transacción judicial.

La Transacción judicial es aquella que se celebra con la finalidad de terminar una *litis*. Es en esta clase de transacción en la que se han concentrado la mayor parte de los esfuerzos legislativos, jurisprudenciales y doctrinales, por tratarse de la forma más usual de empleo de la figura.

El punto de partida normativo de esta categoría, lo encontramos en el artículo 340 del C.P.C., el cual preceptúa que las partes en cualquier estado del proceso pueden transigir la *litis* y se ocupa de su regulación desde el punto de vista procesal, destacando que se deberá dirigir al juez la respectiva solicitud suscrita por quienes hayan celebrado la transacción, en la que conste la voluntad de poner fin al proceso mediante este mecanismo, precisando el alcance del acuerdo realizado o anexando el documento que lo contenga; igualmente, dicha solicitud puede ser presentada por cualquiera de las partes, pero en este caso, requiere ser acompañada del documento contentivo de la transacción, debidamente autenticado y se correrá traslado del escrito a las demás partes por el término de tres días. Posteriormente, el juez decidirá sobre la aceptación de la transacción, teniendo en cuenta las prescripciones sustanciales y, en caso de aceptarla, dará por terminado el proceso siempre que incluya todas las partes y la totalidad de los asuntos objeto del proceso.

En materia contencioso administrativa, la figura se encuentra regulada en el artículo 218 del C.C.A, el cual autoriza a las entidades públicas para dar por terminados los procesos referidos a controversias contractuales^[102] y de reparación directa^[103], mediante la celebración de un contrato de transacción, siempre que se observen las formalidades establecidas para el efecto, esto es que cuando sea la Nación la entidad que va a celebrar la transacción, se debe contar con la autorización del Gobierno Nacional; mientras que las demás entidades públicas deberán contar con la autorización del respectivo ministro, jefe de departamento administrativo, gobernador o alcalde que las represente o a cuyo despacho estén vinculadas o adscritas^[104].

Frente al silencio que guarda el Código Contencioso Administrativo respecto del trámite que se debe dar a la transacción para poner fin a un proceso judicial, se ha reconocido la aplicabilidad del artículo 340 del Código de Procedimiento Civil para los procesos que se tramitan ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por remisión del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo.

Igualmente, en el desarrollo jurisprudencial de la figura, el Consejo de Estado ha establecido una serie de requisitos para la validez de la transacción judicial, los cuales pueden ser *i)* de índole sustancial, regulados, principalmente, en el Código Civil y *ii)* de naturaleza procedimental previstos en el C.P.C., y en el C.C.A., respecto de los cuales el Supremo Tribunal Contencioso ha sostenido:

*“i) La Sala ha señalado^[105], que **requisitos sustanciales** son los siguientes:*

*- **Capacidad:** que en la respectiva materia se traduce en a) capacidad sustantiva, esto es que el acuerdo transaccional debe celebrarse por personas capaces de disponer de los objetos comprendidos en el acuerdo^[106] y b) capacidad adjetiva, esto es que si quien concurre a la celebración del contrato lo hace por intermedio apoderado judicial, éste requiere de poder especial para tal efecto^[107] y si se celebra por entidad pública debe tener autorización expresa del funcionario competente.^[108]*

*- **Consentimiento,** es decir, el animus transigendi, esto es la voluntad de las partes tendiente a celebrar un contrato que supone la existencia de derecho dudoso o de una relación jurídica incierta y con una finalidad específica.*

*- **Finalidad:** la transacción ha de celebrarse con un único fin, cual es el de terminar un litigio pendiente o precaver uno eventual. Sin la presencia de este elemento teleológico de carácter esencial, el contrato no produce efectos o “degenera en otro contrato diferente”^[109].*

*- **Objeto:** la transacción debe recaer sobre derechos transigibles y, por definición, el acuerdo ha de comportar el abandono recíproco de una parte de las pretensiones encontradas^[110], lo cual implica concesiones mutuas, aunque no necesariamente equivalentes.*

*ii) De otra parte, constituyen **requisitos procesales:***

- **Solicitud:** la solicitud debe presentarse ante el juez o Tribunal que conozca el proceso, personalmente y por escrito, por quienes hayan celebrado la transacción, acompañando el respectivo contrato autenticado o en original.

- **Oportunidad:** el acuerdo transaccional puede tener lugar en cualquier estado del proceso; aún durante el trámite de la apelación, pues una vez aprobada la transacción, si comprende todas las partes y las cuestiones debatidas, quedará “sin efecto cualquier sentencia dictada que no estuviere en firme^[111]”; incluso son transigibles las diferencias que surjan con ocasión del cumplimiento de la sentencia.”^[112]

3.3. Diferencias entre la transacción y la conciliación como mecanismos alternativos de solución de conflictos.

La transacción y la conciliación, pese a ser mecanismos alternativos de solución de conflictos, presentan rasgos particulares que los dotan de autonomía e identidad propias, los cuales se explican a continuación, comenzado por las *i)* diferencia generales y luego, analizando *ii)* las diferencias que surgen con la conciliación en cuanto requisito de procedibilidad.

3.3.1. Diferencias generales entre la transacción extrajudicial y la conciliación.

La primera de las diferencias se encuentra en su naturaleza, pues mientras la transacción es un contrato y se rige por las normas generales de éstos y las especiales de su tipo negocial, la conciliación no obedece en estricto sentido a una naturaleza contractual, sino que resulta ser un procedimiento^[113] al cual pueden acudir las partes para poner fin a un conflicto.

En segundo lugar, pueden distinguirse estas dos figuras desde el punto de vista de las *pretensiones*, toda vez que la transacción tiene, en tanto contrato, como uno de sus elementos esenciales el relacionado con que las partes realicen concesiones recíprocas, es decir, no se puede intentar dirimir el conflicto mediante este mecanismo, cuando el sacrificio corresponde exclusivamente a una de las partes; en tanto, es jurídicamente factible que se logre un acuerdo conciliatorio por el total de las aspiraciones del convocante, siempre que las partes, por sí mismas, lleguen a estar forma de arreglo y se acrediten los respectivos supuestos.

3.3.2. Diferencias entre la transacción extrajudicial y la conciliación extrajudicial en materia contencioso administrativa.

Además de lo anterior, la transacción extrajudicial, sin importar el área del Derecho a que se refiera, para alcanzar la plenitud de sus efectos, es decir, de cosa juzgada en última instancia, únicamente requiere la celebración del contrato conforme a Derecho, es decir, que se observen las normas generales de los contratos y las particulares de la transacción; en tanto que la conciliación extrajudicial en materia contencioso administrativa, es un requisito de procedibilidad^[114] que requiere de la presentación de la solicitud de conciliación ante el respectivo agente del Ministerio Público, quien en caso de que las partes lleguen a acuerdo conciliatorio lo incorporará en la respectiva acta, la cual deberá ser enviada al juez o corporación competente para su aprobación^[115]. El acta contentiva del acuerdo conciliatorio, total o parcial, junto con el correspondiente auto aprobatorio debidamente ejecutoriado, presta mérito ejecutivo y tiene efecto de cosa juzgada^[116].

Otra de las diferencias entre estos mecanismos, se puede plantear desde el punto de vista de los sujetos intervinientes. Esta diferencia, aunque está presente tanto en el escenario judicial como extrajudicial, es en este último donde se hace más notoria. En la transacción, únicamente intervienen las partes que buscan prever un litigio (extrajudicial) o poner fin a uno (judicial), sin que se requiera de la presencia de algún otro sujeto; en cambio, en la conciliación siempre hay un tercero, el conciliador, quien se sitúa entre las partes con el fin de persuadirlas, orientarlas y plantearles fórmulas de arreglo, sin que sus observaciones tengan que ser obligatoriamente acogidas por las partes, pues son éstas quienes mantienen la plena y absoluta potestad con respecto a la posibilidad de alcanzar o no una solución al conflicto y sobre los términos mismos del arreglo. En la conciliación extrajudicial en materia contencioso administrativa, quien está facultado para hacer las veces de conciliador es el Agente del Ministerio Público destacado ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, mientras que para la conciliación judicial quién entra a ocupar ese lugar es el juez que esté conociendo del litigio al cual se pretenda poner fin.

Otra importante diferencia dice relación a las acciones respecto de las cuales puede ser empleado cada mecanismo. En efecto, la transacción en materia contencioso administrativa, únicamente puede ser aplicada para las acciones de controversias contractuales y de reparación directa, tal como se desprende de la circunstancia de que el artículo 218 del C.C.A, que autoriza la transacción contencioso administrativa, se encuentra en el Capítulo II del Título XXVI, que contiene las normas comunes a “*los procesos relativos a contratos y de los de reparación directa y cumplimiento*”. Por su parte, la conciliación judicial en asuntos contencioso administrativos es susceptible de ser empleada en tratándose de las acciones contenidas en los artículos 85, 86 y 87 del C.C.A^[117], es decir, en las acciones de nulidad y

restablecimiento del derecho, lesividad, reparación directa, repetición^[118] y controversias contractuales.

4.- RESPUESTA.

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, se concluye que las diferencias entre los institutos de la Transacción y la Conciliación, en cuanto mecanismos alternativos de solución de conflictos, pueden sintetizarse así:

CRITERIO	TRANSACCION	CONCILIACION
Aspectos Generales	<ul style="list-style-type: none"> • Es un CONTRATO. • Las partes deben realizar concesiones recíprocas. 	<ul style="list-style-type: none"> • Es un PROCEDIMIENTO. • Se puede conciliar por la totalidad de las aspiraciones.
Extrajudicial	<ul style="list-style-type: none"> • Para alcanzar los efectos sólo requiere la celebración del contrato respectivo conforme a Derecho. • Sólo intervienen las partes. 	<ul style="list-style-type: none"> • Es un requisito de procedibilidad. En caso de acuerdo conciliatorio, éste debe ser aprobado judicialmente. • Intervienen las partes y el conciliador (tercero).
Judicial	<ul style="list-style-type: none"> • Se hace a petición de parte, individual o conjuntamente. • Sólo opera para las acciones de controversias contractuales y reparación directa. 	<ul style="list-style-type: none"> • Se puede convocar a petición de las partes en forma conjunta o de oficio. • Es aplicable a las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa, lesividad, repetición y controversias contractuales.

1.12 AMIGABLE COMPOSICION

PREGUNTA No. 8

TEMA(S): AMIGABLE COMPOSICION

1.- PREGUNTA.

¿Es jurídicamente procedente la amigable composición en asuntos Contencioso Administrativos?

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• Ley 446 de 1998, artículos 130, 131 y 132;• Ley 80 de 1993, artículo 68.
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none">• Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 6 de febrero de 1998, Radicación No. 11477, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández.• Corte Constitucional, Sentencia T-017 de 2005.• Corte Constitucional, Sentencia SU-091 de 2000.
Marco Doctrinal	<ul style="list-style-type: none">• Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 13 de Agosto de 2009, Rad. 1952, C.P: Enrique José Arboleda Perdomo.• Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 16 de Marzo de 2000, Rad. 1246, C.P: Luís Camilo Osorio Isaza.

3.- CONSIDERACIONES.

Para resolver el problema jurídico contenido en la pregunta anterior, se abordarán, primer término las *i*) características de la amigable composición en cuanto mecanismo alternativo de solución de conflictos y, posteriormente, la *ii*) improcedencia jurídica de la figura en asuntos contencioso administrativos.

3.1. Características de la amigable composición en cuanto mecanismo alternativo de solución de conflictos.

La AMIGABLE COMPOSICION es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, por medio del cual, según dispone el artículo 130 de la Ley 446 de 1998, *“dos o más particulares delegan en un tercero, denominado amigable compondor, la facultad de precisar, con fuerza vinculante para ellas, el estado, las partes y la forma de cumplimiento de un negocio jurídico particular”*.

Para llegar a esta definición legal, la amigable composición tuvo un desarrollo legislativo propio, al que se hará referencia a continuación:

En efecto, el mecanismo se reguló inicialmente en el artículo 677 del Código de Procedimiento Civil, Decreto 1400 de 1970^[119], en donde se consagró como un mecanismo de carácter contractual.

Luego, el artículo 2025 del Código de Comercio, Decreto 410 de 1971, continuó desarrollando la amigable composición y, ante todo, reiteró su naturaleza contractual, al señalar que *“[e]n los casos previstos en el inciso primero del artículo 2011, podrán los interesados someter sus diferencias a amigables compondores; la declaración de éstos tiene valor contractual entre aquéllos, pero no producirá efectos de laudo arbitral”*^[120].

Aunque en las normas anteriormente citadas ya se hacía referencia a la amigable composición y a su carácter contractual, no se había previsto, hasta entonces, un concepto general que diera claridad sobre el contenido y alcance de la figura; fue sólo hasta la expedición del Decreto 2279 de 1989, por el cual se implementaron sistemas de solución de conflictos entre particulares, cuando por primera vez se consagró que *“[p]or la amigable composición se otorga a los compondores la facultad de precisar, con fuerza vinculante para las partes, el estado y la forma de cumplimiento de una relación jurídica sustancial susceptible de transacción.”*^[121]

Así mismo, en el artículo 52 del mencionado Decreto 2279 de 1989 se establecieron requisitos relacionados con la voluntad de someterse a la amigable composición^[122], norma que fue adicionada por la Ley 23 de 1991, en cuyo artículo 116 se señaló que *“[s]i las partes estuvieren de acuerdo, designarán los amigables compondores o diferirán su nombramiento a un tercero”*.

Finalmente, la Ley 446 de 1998 derogó^[123] las disposiciones anteriormente citadas, tanto del Decreto 2279 de 1989 como de la Ley 23 de 1991 y, en sus artículos 130, 131 y 132, reguló la definición del instituto, sus efectos y la designación del amigable compondor, en los siguientes términos:

“Artículo 130. Definición. *La amigable composición es un mecanismo de solución de conflictos, por medio del cual dos o más particulares delegan en un tercero, denominado amigable*

componedor, la facultad de precisar, con fuerza vinculante para ellas, el estado, las partes y la forma de cumplimiento de un negocio jurídico particular. El amigable componedor podrá ser singular o plural.

Artículo 131. Efectos. *La decisión del amigable componedor producirá los efectos legales relativos a la transacción.*

Artículo 132. Designación. *Las partes podrán nombrar al amigable componedor directamente o delegar en un tercero la designación. El tercero delegado por las partes para nombrar al amigable componedor puede ser una persona natural o jurídica.*^[124]

Partiendo de las especificidades que se derivan del diseño normativo de la figura, la jurisprudencia constitucional ha identificado los siguientes elementos propios de la amigable composición: “(i) *La delegación que hacen dos o más particulares (ii) en un tercero, denominado amigable componedor - que podrá ser singular o plural-, (iii) de la facultad de precisar con fuerza vinculante para ellas y con los efectos legales de la transacción, (iiii) el estado, las partes y la forma de cumplimiento de un negocio jurídico particular. Las partes (iiii) pueden hacer la designación del amigable componedor directamente o delegarla en un tercero, que puede ser persona natural o jurídica.*”^[125]

Así mismo, con fundamento en la normatividad transcrita, la Corte Constitucional se ha referido a la amigable composición, destacando que es “*un mecanismo de solución de conflictos de tipo eminentemente contractual*”^[126] y, por su parte, el Consejo de Estado, en el mismo sentido ha entendido la amigable composición como “*una transacción lograda a través de terceros con facultades para comprometer contractualmente a las partes.*”^[127]

Determinado el concepto de amigable composición, se señalaran, seguidamente, las características más relevantes que identifican este mecanismo alternativo de solución de conflictos, destacando su naturaleza contractual; sus efectos; su carácter autocompositivo, singular o plural, diferente al ejercicio de la función pública.

3.1.1. Naturaleza contractual de la amigable composición.

La primera característica, hace relación a la naturaleza contractual de la figura, aspecto respecto del cual la Corte Constitucional ha señalado que la amigable composición “*corresponde a una modalidad de negocio contractual cuyo origen deviene de las instituciones de derecho sustancial, en especial, del derecho de los contratos. También se ha dicho que como expresión de acto*

jurídico se clasifica dentro de la tipología de los actos complejos, pues comprende la intervención de dos o más pronunciamientos para integrar un sólo acto substancial. Por una parte, requiere el pacto o convenio mediante el cual las partes delegan en un tercero la solución de un conflicto (contrato de composición); y por la otra, el resultado de la gestión asignada y adelantada por el amigable componedor, por lo general a título de mandato, se plasma en un documento final equivalente a un negocio jurídico contractual mediante el cual las partes asumen compromisos voluntarios que se tornan definitivos, inmutables y vinculantes entre ellas^[128] (composición propiamente dicha).^[129]

Por su parte, el Consejo de Estado, pronunciándose en un sentido similar al anteriormente expuesto, destacó que “[l]a ley no regula la forma como se adelantará la amigable composición, dejando a las partes en libertad para pactar lo que estimen conveniente; lo que en manera alguna implica que la decisión por mayoría convierta la figura en una decisión de carácter judicial, dado que los amigables componedores obligan contractualmente a las partes porque actúan por mandato de éstas, y no con la fuerza procesal de la sentencia. Los tratadistas nacionales, en consonancia con lo dispuesto en la normatividad procesal civil, coinciden en tratar la figura de la amigable composición como un acuerdo de carácter contractual, cuyos efectos se asimilan a los de la transacción, sin reconocerle al acuerdo que se logre el carácter de decisión judicial, que solo puede ser proferida por quien esté investido de jurisdicción, bien sea en forma permanente o transitoria, por la voluntad de las partes cuando la ley así se los permite, mientras que los amigables componedores no están investido de jurisdicción.”^[130]

3.1.2. La amigable composición como mecanismo autocompositivo.

Por otro lado, se trata un mecanismo de autocomposición, que se desarrolla en la forma autónomamente acordada por las partes y en el cual los amigables componedores son representantes de las partes contratantes, a quienes mediante un acuerdo contractual, se les hace el encargo de solucionar problemas o diferencias entre las partes^[131]. Así las cosas, la amplitud de las actuaciones que adelante el amigable componedor dependerá de las facultades y restricciones que se le fijen por parte de sus mandatarios.

3.1.3. Carácter singular o plural de amigable componedor.

Teniendo en cuenta el mandato del artículo 130 de la Ley 446 de 1998, el amigable componedor puede ser singular o plural,^[132] es decir, no existe ningún impedimento para que el encargo de poner fin a las diferencias entre las partes, pueda ser desarrollado por varias personas.

Del mismo modo, *“la designación pueden hacerla las partes directamente involucradas en la controversia o a través de un tercero”*^[133] que ellas mismas elijan, sin importar que se trate de una persona natural o jurídica.

3.1.4. Efectos de la amigable composición.

En cuanto a los efectos propios del mecanismo, el documento final que suscriba el amigable componedor no contiene resoluciones ni órdenes, pues se limita a fijar los compromisos voluntarios que asumen las partes para definir el conflicto surgido entre ellas.

Sin embargo, tal como se desprende de la normatividad vigente, este compromiso tienen los efectos de la transacción^[134], es decir, el de cosa juzgada en última instancia.^[135]

3.1.5. La amigable composición no implica ejercicio de Función Pública.

Finalmente, resulta pertinente resaltar que la actividad que realizan los amigables componedores no implica el ejercicio de una Función Pública, pues, tal y como lo señaló la Corte Constitucional, aquella se enmarca dentro del ámbito contractual y exterioriza una estipulación derivada de la autonomía de la voluntad^[136]; tampoco consiste, por tanto, en el ejercicio de una función jurisdiccional, ya que, como expresó la mencionada Corporación en la Sentencia T-017 de 2005, *“al tenor de lo expuesto en el artículo 116 de la Constitución Política, dicha función se limita a las figuras procesales de la conciliación, el arbitramento y los jurados en conciencia.”*

3.2. Improcedencia jurídica de la amigable composición en asuntos Contencioso Administrativos.

La procedencia jurídica de la amigable composición respecto de asuntos que serían, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1107, de conocimiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no ha sido un asunto pacífico dentro de la doctrina nacional.

En efecto, en un primer momento se aceptó la posibilidad de poner fin a conflictos de carácter administrativo, en concreto aquellos correspondientes a controversias contractuales, mediante la utilización de este mecanismo, pues por mandato del artículo 68 de la Ley 80 de 1993, las entidades estatales y los contratistas deben buscar de forma ágil, rápida y directa la solución de las discrepancias relacionadas con la actividad contractual, para lo cual *“al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en esta ley y a la*

conciliación, amigable composición y transacción". Por tanto, al no existir en las normas vigentes y aplicables en ese entonces a la amigable composición, cualificación alguna en cuanto a los sujetos que podían acudir a este mecanismo, resultaba totalmente factible poner fin a las controversias originadas en la actividad contractual de las entidades estatales recurriendo al mecanismo de la amigable composición.^[137]

Sin embargo, el panorama normativo sufrió un cambio trascendental, con la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998^[138], toda vez que esta ley derogó, como se dijo, los artículos 47 a 54 del Decreto 2279 de 1989 y el artículo 116 de la Ley 23 de 1991^[139], lo que trajo como consecuencia que, a partir de su entrada en vigencia, la amigable composición pasará a regirse exclusivamente por las disposiciones contenidas en ley en comento, lo que comportó un cambio en la configuración del mecanismo.

En efecto, la principal modificación introducida por la Ley 446 respecto de la amigable composición, consistió en restringir su campo de aplicación exclusivamente a los particulares, al disponer que la amigable composición *"es un mecanismo de solución de conflictos, por medio del cual **dos o más particulares** delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de precisar, con fuerza vinculante para ellas, el estado, las partes y la forma de cumplimiento de un **negocio jurídico particular**."*^[140]

Se desprende de lo anterior que en el actual diseño normativo de la amigable composición, se excluyó su procedencia respecto de las entidades estatales, tal como, de tiempo atrás, se ha indicado doctrinalmente^[141]. Por ende, la nueva regulación comporta la derogatoria parcial del artículo 68 de la Ley 80 de 1993^[142].

Con respecto a la imposibilidad que tienen las entidades públicas de acudir a la amigable composición, en Concepto del 13 de Agosto de 2009, de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, se señaló que *"la facultad que tienen las entidades estatales de transigir no es suficiente para permitirles acudir a la amigable composición, no sólo porque éste es un mecanismo de solución de conflictos autónomo, sino porque las competencias en el derecho público deben ser expresas, con mayor razón cuando está de por medio la defensa del interés y el patrimonio público envuelto en los conflictos que se generan con la contratación estatal"*.

La derogatoria tácita y parcial del artículo 68 de la Ley 80 de 1993, por el artículo 130 de la Ley 446, no resulta ser asunto de pacífico recibo, sin embargo, en el Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, anteriormente referenciado, se aborda el asunto en los siguientes términos:

“A manera de discusión podría afirmarse que no se presenta tal derogatoria en virtud de la especialidad de la Ley 80 de 1993, la cual es el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, la que primaría sobre la Ley 446 de 1998. Sin embargo, ésta última es también especial en su materia, pues regula los mecanismos alternativos de solución de conflictos, y en particular el título III está dedicado a la amigable composición. Ante la especialidad de ambas normas, debe aplicarse la posterior, y por tanto la anterior debe entenderse derogada en cuanto a ese específico mecanismo.

Podría alegarse también a favor de la vigencia de la amigable composición para entidades estatales, que el Decreto 1818 de 1998, “Por medio del cual se expide el estatuto de los mecanismo alternativos de solución de conflictos”, incluye las prescripciones del artículo 68 de la Ley 80 en su artículo 226 que hace parte del capítulo de controversias contractuales mas no en el de la amigable composición. De esta manera, el acto administrativo compilatorio no consideró derogada dicha disposición y estaría produciendo efectos. Sin embargo, tal argumento carece de soporte jurídico, por dos razones: como lo dispone el artículo 14 de la Ley 153 de 1887, una ley derogada no revivirá por las solas referencias que a ella se hagan, y en segundo lugar, porque un acto administrativo no puede determinar la vigencia de una Ley.”^[143]

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que la AMIGABLE COMPOSICIÓN, como mecanismo alternativo de solución de conflictos, no resulta jurídicamente procedente, en su actual diseño normativo, para resolver conflictos cuyo conocimiento estaría, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1107, atribuido a la Jurisdicción ContenciosoAdministrativa, pues por mandato expreso del artículo 130 de la Ley 446 de 1998, tal mecanismo quedó expresamente reservado para aquellas controversias que surjan entre particulares y únicamente respecto de negocios jurídicos particulares.

**1.12.1 . Conciliación extrajudicial
ante la Superintendencia Nacional de Salud.**

PREGUNTA No. 9

TEMA(S): CONCILIACIÓN SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

1.- PREGUNTA.

¿Las diligencias de conciliación extrajudicial que se adelanten ante la Superintendencia Nacional de Salud, cumplen la función de agotar el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 13 de la Ley 1285?

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• Ley 1122 del 2007, artículo 38 y 40 literal d;• Decreto 1018 de 2007;• Ley 1285 del 2009 artículo 13;
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none">• Corte Constitucional, Sentencia C-902 del 2008;
Marco Doctrinal	<ul style="list-style-type: none">• Procuraduría General de la Nación, concepto rendido ante la Corte Constitucional, exp. 7216;• Procuraduría General de la Nación, Circular 26 del 29 de mayo del 2008.

3.- CONSIDERACIONES.

Para resolver el problema jurídico contenido en la pregunta, se abordarán los siguientes temas: *i)* atribución de funciones conciliatorias a la Superintendencia Nacional de Salud; *ii)* límites de las funciones conciliatorias atribuidas a la Superintendencia Nacional de Salud y *iii)* alcance de las funciones conciliatorias de la Superintendencia Nacional de Salud, de conformidad con la revisión de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional.

3.1. Atribución de funciones conciliatorias a la Superintendencia Nacional de Salud.

La Ley 1122 del 2007^[144], por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, facultó a la Superintendencia Nacional de Salud, para celebrar conciliaciones, en los siguientes términos:

“ARTICULO 38. CONCILIACIÓN ANTE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. La Superintendencia Nacional de Salud podrá actuar como conciliadora, de oficio o a petición de parte, en los conflictos que surjan entre sus vigilados y/o entre estos y los

usuarios generados en problemas que no les permitan atender sus obligaciones dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, afectando el acceso efectivo de los usuarios al servicio de salud. Los acuerdos conciliatorios tendrán efecto de cosa juzgada y el acta que la contenga, donde debe especificarse con toda claridad las obligaciones a cargo de cada una de ellas, prestará mérito ejecutivo.

PARÁGRAFO. En el trámite de los asuntos sometidos a conciliación, la Superintendencia Nacional de Salud aplicará las normas generales de la conciliación previstas en la Ley 640 de 2001.”^[145]

En cuanto a la parte orgánica, el Decreto 1018 de 2007, creó la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación^[146], dependencia a la que se le confió la función de “*conciliar, por delegación del Superintendente Nacional de Salud, de oficio o a petición de parte, los conflictos que surjan entre sus vigilados y/o entre estos y los usuarios generados en problemas que no les permitan atender sus obligaciones dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, afectando el acceso efectivo de los usuarios al servicio de salud. Los acuerdos conciliatorios tendrán efecto de cosa juzgada y el acta que la contenga prestará mérito ejecutivo.*”^[147]

3.2. Límites de las funciones conciliatorias atribuidas a la Superintendencia Nacional de Salud.

De lo anteriormente expuesto, se puede concluir que las funciones conciliatorias conferidas por ley a la Superintendencia Nacional de Salud, son de carácter excepcional y restrictivo y tienen precisos límites *i)* en cuanto a los sujetos; y *ii)* en cuanto al objeto.

3.2.1. Límites en cuanto a los sujetos.

De conformidad con lo previsto en el artículo 38 de la Ley 1122 de 2007, la Superintendencia Nacional de Salud no tiene competencia para celebrar conciliaciones en forma general, sino que, por el contrario el legislador estableció límites en cuanto a los sujetos que eventualmente pueden intervenir en tales conciliaciones.

En efecto, se dispuso en la norma habilitante que las únicas conciliaciones que dicha Superintendencia puede tramitar son las relacionadas con los conflictos que surjan entre sus vigilados y/o entre estos y los usuarios.

Mediante Decreto 1018 de 2007^[148], se modificó la estructura de la Superintendencia Nacional de Salud y se determinó su ámbito de Inspección, Vigilancia y Control, atribuyéndole tales funciones respecto de los siguientes sujetos:

- “1. Los que programen, gestionen, recauden, distribuyan, administren, transfieran o asignen los recursos públicos y demás arbitrios rentísticos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.
 2. Los que exploten, produzcan, administren u operen o importen, bajo cualquier modalidad, el monopolio rentístico de licores.
 3. Los que exploten, administren u operen, bajo cualquier modalidad, el monopolio rentístico de loterías, apuestas permanentes y demás modalidades de los juegos de suerte y azar.
 4. Los que produzcan cervezas, sifones, refajos, vinos, aperitivos y similares y quienes importen vinos, aperitivos y similares y cervezas.
 5. Quienes aporten o deban aportar al sistema general de seguridad social en salud.
 6. Las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios de Salud (EAPB) de cualquier naturaleza.
 7. Las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud.
 8. Los agentes que ejerzan cualquier función o actividad del Sector Salud o del Sistema General de Seguridad Social en Salud.
 9. Las Direcciones Territoriales de Salud en el ejercicio de las funciones de Inspección, Vigilancia y Control.
- Parágrafo. Se entiende por Entidades Administradoras de Planes de Beneficios de Salud (EAPB) las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Contributivo y Subsidiado, Empresas Solidarias de Salud, las Asociaciones Mutuales en sus actividades de Salud, las Entidades Promotoras de Salud Indígenas, las Cajas de Compensación Familiar en sus actividades de salud, las Entidades que administren planes adicionales de salud, las entidades obligadas a compensar, las entidades adaptadas de Salud, las entidades pertenecientes al régimen de excepción de salud y las universidades en sus actividades de salud.”^[149]

En consecuencia, dado el alcance de la función conciliatoria conferida a la Superintendencia Nacional de Salud, por lo menos una de las partes

involucradas en la conciliación debe encontrarse en el citado ámbito de vigilancia.

3.2.2. Límites en cuanto al objeto.

No resulta suficiente que el conflicto a conciliar surja entre sujetos vigilados por la Superintendencia Nacional de Salud o entre estos y los usuarios, sino que, además se requiere que sea *generado en problemas que no les permitan atender sus obligaciones dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, afectando el acceso efectivo de los usuarios al servicio de salud.*

En relación con el contenido del artículo 38 de la Ley 1122 de 2007, la Procuraduría General de la Nación, mediante la Circular 026 del 29 de mayo de 2008, sostuvo:

“Se desprende de la anterior disposición que la facultades conciliatorias atribuidas a dicha superintendencia, no son de carácter imperativo y su objeto resulta exclusivamente limitado a los conflictos que reúnan las siguientes características en forma conjunta: i) que surjan entre sus vigilados y/o entre estos y los usuarios; ii) que hayan sido generados en problemas que no les permitan atender sus obligaciones dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud y iii) que tales conflictos afecten el acceso efectivo de los usuarios al servicio de salud.

*Sobre el particular la Dirección de Defensa Judicial de la Nación del Ministerio del Interior y de Justicia ha expresado: “(...) como viene concebida la norma demarca de forma expresa que solo se podría conciliar ante la SUPERSALUD, en problemas en los cuales se termine afectando el acceso efectivo de los servicios de salud a los usuarios. Ello implica que para poder pensar en conciliar ante la SUPERSALUD, se debe previamente haber verificado la afección del acceso efectivo de los servicios de salud a los usuarios. Ahora si no se verifica dicha afección, **sino que si trata de conflictos estrictamente contractuales o patrimoniales** donde se hayan afectado los servicios efectivamente, esta hipótesis no está contemplada por la Ley 1122 debiéndose guiar por lo dispuesto en la Ley 640 de 2001 y demás normas complementarias”¹⁵⁰. Se tiene que lo anterior, que la competencia para adelantar las referidas conciliaciones extrajudiciales se encuentra radicada exclusivamente en cabeza de los agentes del Ministerio Público asignados para el efectivo”.*

Por lo tanto, para poder conciliar ante la Superintendencia Nacional de Salud, debe tenerse la certeza absoluta que se trate de asuntos comprendidos dentro de la órbita de su competencia funcional.

3.3. Alcance de las funciones conciliatorias de la Superintendencia Nacional de Salud, de conformidad con la revisión de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional, al declarar exequible, por los cargos estudiados, la expresión “*de oficio o*”, contenida en el citado artículo 38 de la Ley 1122 de 2007, sostuvo:

*“[L]a disposición parcialmente acusada autoriza a la Superintendencia Nacional de Salud, como entidad especializada, para actuar dentro de una conciliación extrajudicial y servir de intermediaria, orientadora y colaboradora para la resolución de conflictos entre sus vigilados y ante los usuarios del servicio de salud, **y a pesar de la remisión que hace a la Ley 640 de 2001, ello no significa que se establezca como un requisito de procedibilidad.***”

(...) Ante todo, ha de recordarse que según lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 116 de la Constitución, por ley se puede, excepcionalmente, atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas, como la Superintendencia Nacional de Salud, cuya actuación emana de lo determinado en el artículo 49 de la Constitución, en la Ley 100 de 1993 y en sus normas complementarias.

Dentro de este contexto y conforme a lo antes referido, la conciliación que realiza dicha Superintendencia constituye un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, que se llevará a cabo mediante la intervención de un conciliador, investido por excepción para administrar justicia en el caso específico.

*Es así evidente que **cuando la Superintendencia Nacional de Salud realiza de manera oficiosa la convocatoria, no está desconociendo el carácter voluntario de la conciliación;** por el contrario, al prever un asunto susceptible de arreglo en materia de salud, cita a los vigilados y/o a los usuarios fuera de un proceso judicial, con el fin de que resuelvan de manera pacífica los problemas o conflictos que se presenten.*

De tal suerte, la convocatoria de oficio no lleva implícita la obligatoriedad de la comparecencia, ni mucho menos la aceptación del acuerdo. Simplemente en aras de facilitar la composición, se cita a las partes en forma oficiosa como alternativa válida para la solución de

problemas que se le presenten a las entidades vigiladas, al igual que para posibilitar a los usuarios el acceso efectivo al servicio de salud.

*Por tanto, la conciliación realizada por la Superintendencia es una verdadera forma de acceso a la administración de justicia que, como tal, puede ser regulada por el legislador y **no debe ser entendida como obligatoria**, en la medida en que se puede conciliar, pero no se impone aceptar el mecanismo.*

En efecto, el artículo 38 de la Ley 1122 de 2007 cuya expresión “de oficio o” se demanda, remite a la Ley 640 de 2001, sin que se contemple sanción por inasistencia o falta de ánimo conciliatorio.

*Siendo así, la citación de la entidad a sus vigilados y/o a los usuarios del sistema no contraviene ningún precepto constitucional, **ni constituye un requisito previo para acudir a la jurisdicción común**, circunscribiéndose la norma a prever la posibilidad de obtener soluciones prontas y efectivas en la debida realización del Sistema General de Seguridad Social en Salud.*

*Esa posibilidad de conciliación, como mecanismo alternativo de solución de conflictos, **lejos de convertirse en un requisito de procedibilidad**, busca descongestionar la administración judicial y el hecho de que pueda convocarse de oficio no lleva implícito ningún tipo de obligación.*

Lo que la norma parcialmente demandada prevé es una facultad para que la entidad pueda propiciar soluciones apropiadas, sin que implique una obligación o sujeción para quienes sean citados por la Superintendencia Nacional de Salud.

Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que por tratarse de la solución a problemas que pueden afectar la adecuada prestación del servicio de salud y seguir congestionando la administración de justicia con trámites ordinarios y multiplicidad de acciones de tutela, ha de ser expeditiva la intervención oficiosa de dicha Superintendencia, estando de por medio otorgar medios adecuados de atención y efectividad del derecho a la seguridad social y particularmente a la salud, con su valor constitucional y la expresa catalogación como servicio público (artículos 48 y 49 de la Constitución).

Por consiguiente, será declarada exequible, por los cargos estudiados, la expresión “de oficio o”, contenida en el artículo 38 de la Ley 1122 de 2007.”^[151].

Por su parte, al rendir concepto en el trámite del proceso de constitucionalidad que dio lugar a la expedición de la sentencia anteriormente referida, el Procurador General de la Nación indicó que “[e]n caso de que el legislador establezca la conciliación como requisito de procedibilidad, deberá determinarse si eventualmente puede vulnerar derechos fundamentales, análisis que ha hecho la Corte Constitucional. Pero, en el caso que nos ocupa, **tratándose de materias de competencia de la jurisdicción laboral**, la conciliación no es requisito de procedibilidad, de conformidad con lo señalado en las sentencias C-893 de 2001 y C-417 de 2002, que declararon la inexecutable de algunos apartes del artículo 35 de la Ley 640 de 2001”.^[152]

Del pronunciamiento de la Corte Constitucional, así como del concepto rendido por el Procurador General, se desprende que el alcance de las funciones conciliatorias atribuidas a la Superintendencia Nacional de Salud en nada dice relación con requisito de procedibilidad alguno y se encuentra comprendido por aquellos asuntos que, de no llegarse a conciliar, serían de conocimiento de la jurisdicción ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social, especialmente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1-4 de la Ley 712, norma según la cual corresponde a dicha jurisdicción el conocimiento de las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Decreto 075 del 18 de enero de 2010, expedido en desarrollo del Estado de Emergencia Social declarado -mediante Decreto 4975 de 2009- con el propósito de conjurar la crisis del Sistema General de Seguridad Social en Salud, busca agilizar la solución de controversias entre las diferentes entidades y organismos pertenecientes a dicho sistema y, en esa medida, dispone que las respectivas conciliaciones extrajudiciales se adelanten ante los Agentes del Ministerio Público asignados a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo^[153], desde luego siempre con posterior aprobación judicial^[154], sin perjuicio de las competencias que sobre la materia le están atribuidas a la Superintendencia de Salud en el artículo 38 de la Ley 1122 de 2007.

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que las diligencias de conciliación extrajudicial que se adelanten ante la Superintendencia Nacional de Salud, no cumplen la función de agotar el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 13 de la Ley 1285, respecto de los asuntos que sean del

conocimiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a través de las acciones consagradas en los artículos 85, 86 y 87 del C.C.A., destacando que los únicos conciliadores legalmente facultados para llevar a cabo estas diligencias son los agentes del Ministerio Público que actúan ante dicha jurisdicción y que el eventual acuerdo al que lleguen las partes en estos eventos, se encuentra sometido control judicial.

1.5 ASUNTOS CONCILIABLES

PREGUNTA No. 10

TEMA(S): ASUNTOS CONCILIABLES

1.- PREGUNTA.

<i>¿Cuáles asuntos de conocimiento atribuido a la Jurisdicción Contencioso Administrativa son susceptibles de conciliación extrajudicial?</i>
--

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none"> • Ley 446 de 1998 artículo 70; • Ley 640 de 2001, artículos 19 y 37; • Ley 1107 de 2006; • Ley 1285 de 2009, artículo 13; • Decreto 1716 de 2009, artículo 2°.
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none"> • Corte Constitucional, Sentencia C-1195 de 2001; • Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 2008.

3.- CONSIDERACIONES.

Para resolver el problema jurídico contenido en la pregunta anterior, se abordarán los siguientes temas *i)* evolución normativa acerca de los asuntos contencioso administrativos susceptibles de ser conciliados *ii)* asuntos conciliables en materia contencioso administrativa.

3.1. Evolución normativa acerca de los asuntos Contencioso Administrativos susceptibles de ser conciliados.

Como antecedente remoto acerca de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, la Ley de Procedimiento Civil sancionada el 13 de mayo de 1825, dispuso la celebración de una audiencia de conciliación ante el alcalde del municipio donde se presentara el conflicto, como un requisito para acudir a la justicia ordinaria.^[155]

En 1843, Francisco de Paula Santander sancionó ley que establecía que antes de intentarse un juicio “*entre partes capaces de transigir y sobre objetos que puedan ser materia de transacción*”, podría intentarse conciliación ante los jueces de paz.^[156]

En materia laboral diferentes disposiciones han regulado la materia, tales como la Ley 21 de 1920, la Ley 6ª de 1945, el Decreto 969 de 1946, el Decreto 2158 de 1948, los Decretos 2663 y 3743 de 1950, la Ley 39 de 1985 y la Ley 50 de 1990. En materia civil, se contempló la conciliación judicial en el C. P. C. de 1970 y en el Decreto 2282 de 1989; en materia de familia la Ley 1ª de 1976 y en materia comercial la Ley 28 de 1931.^[157]

En la historia reciente y haciendo referencia concreta a los asuntos Contencioso Administrativos, la Ley 23 de 1991, “[p]or medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los Despachos Judiciales”, estableció en su artículo 59:

*“Podrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las **personas jurídicas de derecho público**, a través de sus representantes legales, sobre **conflictos de carácter particular y contenido patrimonial** que ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se ventilarían mediante las acciones previstas en los artículo **85, 86 y 87** del Código Contencioso Administrativo.*

Para los efectos del inciso anterior los entes territoriales estarán representados así: La Nación por los Ministros, los Jefes de Departamento Administrativo, los Superintendentes, el Registrador Nacional del Estado Civil, el Procurador General de la Nación y el Contralor General de la República.

Los Departamentos por los respectivos Gobernadores; las Intendencias y Comisarias por los Intendentes y Comisarios; el Distrito Especial de Bogotá, por el Alcalde Mayor y los Municipios por sus Alcaldes.

Las Ramas Legislativa y Jurisdiccional estarán representadas por los ordenadores del gasto.

Las entidades descentralizadas por servicios podrán conciliar a través de sus representantes legales, directamente o previa autorización de la respectiva Junta o Consejo Directivo, conforme a los estatutos que las rigen y a la asignación de competencias relacionadas con su capacidad contractual.

PARAGRAFO. No puede haber conciliación en los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario.”

El artículo 70 de la Ley 446 de 1998, modificó el transcrito artículo 59 de la Ley 23 de 1991, en los siguientes términos:

*“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.*

PARÁGRAFO 1o. En los procesos ejecutivos de que trata el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, la conciliación procederá siempre que en ellos se hayan propuesto excepciones de mérito.

PARÁGRAFO 2o. No puede haber conciliación en los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario”

Así mismo, la Ley 446 determinó, en su artículo 65, los asuntos susceptibles de conciliación, en los siguientes términos:

*“Serán conciliables todos los asuntos susceptibles de **transacción, desistimiento** y aquellos que expresamente determine la ley”.*

Posteriormente, la Ley 640 de 2001 reguló la materia en sus artículos 19 y 37, según el texto original correspondiente a la versión publicada en el Diario Oficial No 44.282 de 5 de enero de 2001, en los siguientes términos:

*“**ARTÍCULO 19. CONCILIACIÓN.** Se podrán conciliar **todas las materias que sean susceptibles de transacción desistimiento y conciliación**, ante los conciliadores de centros de conciliación, ante los servidores públicos facultados para conciliar a los que se refiere la presente ley y ante los notarios.”*

*“**ARTÍCULO 37.** 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.

PARAGRAFO 1o. Este requisito no se exigirá para el ejercicio de la acción de repetición.

PARAGRAFO 2o. Cuando se exija cumplir el requisito de procedibilidad en materia de lo contencioso administrativo, si el acuerdo conciliatorio es improbadamente 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.”

El Decreto 131 de 2001, “[p]or el cual se corrigen yerros de la Ley 640 de 2001”, enmendó el artículo anterior, con fundamento en las consideraciones que seguidamente se transcriben:

“Que en el artículo [37](#) de la Ley 640 de 2001 se incluyó una referencia al artículo [85](#) del Código Contencioso Administrativo, la cual es errada toda vez que el legislador sólo aprobó referenciar los artículos [86](#) y [87](#) del mismo Código, tal como consta en el texto aprobado en segundo debate por la Cámara de Representantes y en el texto de la Comisión Accidental de Conciliación, aprobado por las plenarias de las Cámaras, ambos el 12 de diciembre de 2000; Que teniendo en cuenta las consideraciones anteriores es procedente rectificar las situaciones planteadas;

Que como quiera que la publicación de la Ley 640 de 2001 efectuada en el Diario Oficial número 44.282 del 5 de enero de 2001 no refleja el contenido fidedigno del acto aprobado por el Congreso de la República, en tanto adolece de los yerros arriba citados, se hace necesario realizar una nueva publicación de la Ley fiel al texto aprobado,”

En consecuencia, el artículo 2° del Decreto 131 de 2001, dispuso:

“Corrójase el artículo 37 de la Ley 640 de 2001 en el sentido de que su tenor literal es el siguiente:

“Artículo 37. *Requisito de procedibilidad en asuntos de lo Contencioso Administrativo. Antes de incoar cualquiera de las acciones previstas en los artículos **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.

PARAGRAFO 1o. Este requisito no se exigirá para el ejercicio de la acción de repetición.

PARAGRAFO 2o. 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.”

Aunque, de conformidad con la corrección anterior, se excluyeron, de manera expresa, de la posibilidad de ser conciliados los asuntos que se tramitan mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, recientemente el legislador, en ejercicio de su libre configuración normativa, mediante el artículo 13 de la Ley 1285, incorporó una nueva disposición en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, del siguiente tenor:

“Artículo 42A. Conciliación judicial y extrajudicial en materia contencioso-administrativa. *A partir de la vigencia de esta ley, cuando los asuntos sean conciliables, siempre constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos [85](#), [86](#) y [87](#) del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan, el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial.*

Se tiene de lo anterior que los asuntos susceptibles de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., no sólo resultan actualmente conciliables, sino que, además, respecto de ellos ha de agotarse de manera obligatoria la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad.

En fin, el Decreto 1716 de 2009, estableció en su artículo 2°, los asuntos susceptibles de conciliación extrajudicial en materia contencioso administrativa, en los siguientes términos:

*“Podrán conciliar, total o parcialmente, las entidades públicas y las personas privadas que desempeñan funciones propias de los distintos órganos del Estado, por conducto de apoderado, **sobre los conflictos de carácter particular y contenido económico** de los cuales 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 o en las normas que los sustituyan. (...)*”

3.2. Asuntos conciliables en materia contencioso administrativa.

La anterior evolución normativa permite concluir que de conformidad con la normatividad vigente, las entidades públicas, incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50%^[158], y las personas privadas que desempeñen funciones de los distintos órganos del Estado, pueden celebrar conciliaciones extrajudiciales respecto de los asuntos que reúnan los siguientes requisitos:

i) Que sean susceptibles de transacción –mecanismo que implica concesiones recíprocas- desistimiento y conciliación;

ii) Que se trate de conflictos de carácter particular, no general y abstracto;

iii) Que se trate de conflictos de contenido económico, esto es de índole estrictamente patrimonial; y

iv) De los cuales 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;

v) Siempre que el legislador no los haya excluido de la posibilidad de ser conciliados.

Sobre el particular, la jurisprudencia constitucional ha precisado:

“De los asuntos susceptibles de conciliación citados en la Ley 446 de 1998, la Ley 640 de 2001 señaló la obligatoriedad de este requisito de procedibilidad para los asuntos que hayan de ser tramitados mediante las acciones previstas en los artículos 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo, es decir, acciones de reparación directa por daños antijurídicos causados por hechos, omisiones, operaciones o actuaciones administrativas o por la ocupación temporal o permanente de inmuebles por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa, así como controversias de carácter patrimonial surgidas con ocasión de contratos estatales.

En el caso de la conciliación prejudicial en materia contencioso administrativa, en la sentencia C-160 de 1999, definió un requisito adicional sobre la definición de la procedencia o no de la vía gubernativa que la Corte examinará a continuación.

Por la naturaleza de la acción de reparación directa (artículo 86 del Código Contencioso Administrativo), no es indispensable de agotamiento previo de la vía gubernativa. Además, en el caso de la acción contractual (artículo 87 del Código Contencioso Administrativo), no existe incompatibilidad entre la conciliación

prejudicial y el agotamiento de la vía gubernativa, pues en este caso, según lo establecen los artículos 51 y 77 de la Ley 80 de 1993, Estatuto de la Contratación Estatal, “los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo son susceptibles del recurso de reposición”, el cual no es obligatorio para poder ejercer la acción contractual. Esta disposición cumple, por lo tanto, con los condicionamientos enunciados por la Corte y resulta constitucional en estos aspectos.”^[159]

Así mismo la Corte Constitucional precisó en la Sentencia C-1195 de 2001, que la inexequibilidad de la conciliación como requisito de procedibilidad en material laboral, declarada mediante la Sentencia C-893 de 2001, no incluyó las controversias laborales propias de la jurisdicción contencioso administrativa, las cuales, usualmente se adelantan mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Respecto de la conciliación como requisito de procedibilidad para el ejercicio de esta acción, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., se pronunció la Corte, en el sentido de que “*resulta razonable aceptar la exigencia de conciliación prejudicial, pues lo que se discute son intereses de contenido particular y subjetivo, generalmente de orden patrimonial^[160], y no la legalidad o constitucionalidad en abstracto, que se ventila a través de la acción de simple nulidad (artículo 84 del Código Contencioso Administrativo) o de la acción de nulidad por inconstitucionalidad (art.237-2 de la Constitución Política). En consecuencia, la Corte declarará la exequibilidad del inciso primero del artículo 13 del proyecto.*”^[161]

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto, se concluye que son conciliables extrajudicialmente los asuntos que siendo de conocimiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de conformidad con lo previsto en la Ley 1107, sean *i)* susceptibles de transacción, desistimiento y conciliación; *ii)* de carácter particular; *iii)* de contenido económico; *iv)* de los cuales pueda conocer dicha jurisdicción a través de las acciones previstas en los artículos [85](#), [86](#) y [87](#) del Código Contencioso Administrativo; *v)* siempre que el legislador no los haya excluido de la posibilidad de ser conciliados.

1.6 ASUNTOS NO CONCILIABLES

PREGUNTA No. 11**TEMA(S): ASUNTOS NO CONCILIABLES****1.- PREGUNTA.**

¿Cuáles asuntos de conocimiento atribuido a la Jurisdicción Contencioso Administrativa no son susceptibles de conciliación extrajudicial?

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• Ley 23 de 1991, artículo 59, modificado por el artículo 70 de la Ley 446 de 1998;• Ley 446 de 1998, artículo 81;• Ley 1285 de 2009, artículo 13;• Decreto 1716 de 2009, artículo 2°, parágrafo 1°
------------------------	--

3.- CONSIDERACIONES.

En materia Contencioso Administrativa, en principio, son conciliables extrajudicialmente los asuntos que siendo de conocimiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de conformidad con lo previsto en la Ley 1107, sean *i)* susceptibles de transacción, desistimiento y conciliación; *ii)* de carácter particular; *iii)* de contenido económico y *iv)* de los cuales pueda conocer dicha jurisdicción a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo.

Los supuestos anteriores, *per se*, excluyen determinados asuntos de la posibilidad jurídica de ser objeto de conciliación, como los de carácter general, impersonal y abstracto^[162], aquellos que carezcan de contenido patrimonial^[163], aquellos de los cuales conozca la Jurisdicción Contenciosa mediante acciones diferentes a las anteriormente referidas, como el contencioso objetivo de nulidad (C.C.A., artículo 84), la nulidad de cartas de naturaleza (C.C.A., artículos 221 y 222), la acción electoral (C.C.A., artículos 223 a 251), la acción de pérdida de investidura o los asuntos que deban tramitarse mediante el proceso ejecutivo de que trata el artículo 75 de la Ley 80 de 1993^[164]. Igualmente resultan excluidos de la conciliación extrajudicial los asuntos que deban tramitarse mediante el ejercicio de acciones constitucionales, aunque su conocimiento se encuentre atribuido -en forma exclusiva o no- a la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo, como la acción de nulidad por inconstitucionalidad (C.P., artículo 237-2), la acción popular (C.P., artículo 88), la acción de

cumplimiento (C.P., artículo 87). Tampoco resulta procedente la conciliación respecto de los asuntos que se tramitarían mediante la acción de tutela (C.P., artículo 86), destacando que el conocimiento de esta última ha sido atribuido a la jurisdicción constitucional^[165].

Debe tenerse en cuenta que, en relación con la acción de grupo, de una parte, la Ley Estatutaria 1285 no dispuso la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad y, de otro lado, la Ley 472 atribuyó a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo el conocimiento de los procesos “*que se susciten con ocasión del ejercicio de las acciones de grupo originadas en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas*”^[166] y teniendo en consideración que muchos de los asuntos que dicha jurisdicción especializada tramita mediante la referida acción, resultan ser susceptibles de conciliación, en el diseño normativo del correspondiente proceso judicial el legislador previó una diligencia obligatoria para tal fin^[167], sin embargo, no se encuentra expresamente prevista la posibilidad de que se acuda a la conciliación extrajudicial ante el respectivo agente del Ministerio Público

Se completa así el marco de los asuntos de conocimiento atribuido a la Jurisdicción Contenciosa, que resultan, en general, susceptibles de conciliación extrajudicial. Sin embargo, del universo anterior, se han excluido determinados asuntos de la posibilidad jurídica de ser conciliados. En efecto, por disposición del legislador no son conciliables extrajudicialmente: *i)* los conflictos de carácter tributario; *ii)* los asuntos respecto de los cuales ha operado el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción contenciosa que se interpondría; *iii)* los asuntos respecto de los cuales, siendo procedente, no se agotó la vía gubernativa; y, *(iv)* los asuntos que deban tramitarse mediante el proceso ejecutivo de que trata el artículo 75 de la Ley 80 de 1993.

Puesto que el estudio de los asuntos referidos en el primer numeral se abordará en pregunta posterior, corresponde, seguidamente, analizar los dos asuntos restantes.

3.1. No son conciliables los asuntos respecto de los cuales ha operado el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción contenciosa que se interpondría.

La Administración de Justicia ha sido definida como la parte de la función pública “*encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograra y mantener la concordia nacional.*”^[168] Así mismo, la Constitución consagra expresamente el derecho fundamental de acceso a la Administración de Justicia,^[169] e igualmente

prevé, que corresponde al legislador establecer las acciones y procedimientos necesarios para que los administrados *“puedan propugnar por la integridad del orden jurídico, y por la protección de sus derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas.”*^{170]}

En desarrollo de dichos preceptos, se ha atribuido a la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo la función de ejercer el control de la actividad de la Administración Pública^[171] y, para tal efecto, se ha configurado una amplia gama de acciones contenciosas a las cuales puede acudir el justiciable, pero, paralelamente, se ha limitando, en general, el ejercicio de dichos mecanismos judiciales a un determinado arco de tiempo fijado de manera expresa por el mismo legislador con el fin de preservar la seguridad jurídica y el interés general.

Respecto del término de caducidad de las acciones contenciosas, la jurisprudencia constitucional ha sustentado su compatibilidad con el ordenamiento superior, en los siguientes términos:

*“Atendiendo a la necesidad de organizar coherentemente diferentes instituciones procesales, el artículo 136 C.C.A. se encarga de fijar los términos de caducidad de las diferentes acciones contenciosas. En cada caso, es la naturaleza propia de los actos o hechos alrededor de los cuales versa la controversia jurídica, la que recomienda la fijación de un plazo más o menos largo para controvertir la conducta oficial. (...) en desarrollo de las funciones constitucionalmente asignadas (artículo 150 C. P.), el legislador goza de libertad para configurar los procedimientos a través de los cuales se protegen los derechos ciudadanos y la integridad del ordenamiento jurídico. Resulta pertinente, entonces, que como consecuencia de esta facultad, **se puedan fijar límites en el tiempo para alegar el reconocimiento de garantías o impugnar la juridicidad de ciertos actos.** (...) resulta necesario dotar de firmeza a las determinaciones oficiales estableciendo un momento a partir del cual, ya no es posible controvertir algunas actuaciones. De lo contrario, el sistema jurídico se vería avocado a un estado de permanente latencia en donde la incertidumbre e imprecisión que rodearían el quehacer estatal, entorpecería el desarrollo de las funciones públicas.”*^{172]}

Además de lo anterior, la Corte Constitucional se ha encargado de precisar que los términos de caducidad, establecidos en la ley como límite temporal para el ejercicio de las acciones, *“no pueden interpretarse como una forma de negar el acceso a la justicia, precisamente porque la limitación del plazo para impugnar ciertos actos está sustentada en el principio de seguridad jurídica y crea una carga proporcionada en cabeza de los ciudadanos para que se*

interesen y participen prontamente en el control de actos que vulneran el ordenamiento jurídico."^[173]

Cuando opera el fenómeno jurídico de la caducidad del respectivo mecanismo judicial, se extingue el derecho de acción, de donde se desprende que *"si el actor deja transcurrir los plazos fijados por la ley en forma objetiva, sin presentar la demanda, el mencionado derecho fenece inexorablemente, sin que pueda alegarse excusa alguna para revivirlos. Dichos plazos constituyen entonces, una garantía para la seguridad jurídica y el interés general. Y es que la caducidad representa el límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho; por ende, la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien, dentro de las oportunidades procesales fijadas por la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado.*"^[174]

Como consecuencia de lo anterior y puesto que resultaría ilógico pretender agotar un requisito de procedibilidad para, posteriormente, ejercer una acción que se encuentra caducada, el artículo 81 de la Ley 446 de 1998, en su parágrafo 2°, determina, con absoluta claridad, que *"[n]o habrá lugar a conciliación cuando la correspondiente acción haya caducado"*^[175].

El Agente del Ministerio Público, por tanto, debe analizar, en cada caso concreto, si ha operado o no el fenómeno de la caducidad de la acción que el convocante manifiesta interpondría, en caso de no lograrse acuerdo conciliatorio, ante la Jurisdicción Contenciosa, para lo cual habrá de tener presente que dicho término varía dependiendo de la acción de que se trate.

Finalmente, ha de tenerse en cuenta que, de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de la Ley 640 de 2001, la presentación de la petición de conciliación extrajudicial ante los Agentes del Ministerio Público^[176], suspende el término de caducidad de la acción que se interpondría, hasta por un término máximo e improrrogable de tres (3) meses. Sin embargo, en caso de que se logre acuerdo y éste sea, posteriormente, improbadado por el juez o tribunal administrativo, el término de caducidad, suspendido con la presentación de la solicitud de conciliación, *"se reanudará a partir del día hábil siguiente al de la ejecutoria de la providencia correspondiente"*.^[177]

3.2. No son conciliables los asuntos respecto de los cuales, siendo procedente, no se agotó la vía gubernativa.

El artículo 135 del C.C.A, establece el agotamiento de la vía gubernativa como requisito de procedibilidad, para aquellos casos en los cuales se

pretenda que se declare la nulidad de un acto particular y, consecuentemente, se restablezca el respectivo derecho.

El requisito de procedibilidad en comento, se entiende agotado en las siguientes hipótesis:

- a) Cuando contra el acto no proceda recurso alguno;*
- b) Cuando interpuestos los recursos se hayan decidido;*
- c) Cuando el acto administrativo quede en firme por no haber sido interpuestos los recursos de reposición y queja;*
- d) Cuando la administración no hubiere dado la oportunidad de imponer los recursos procedentes;*
- e) Cuando se produzca el fenómeno del silencio administrativo negativo, bien por la no resolución oportuna de los recursos (art. 60 del C.C.A.), o bien por la no respuesta de la petición original formulada por el administrado (art. 40 ibidem); tal como lo precisa el artículo 135 de la misma codificación.”^[178]*

El artículo 61 de la Ley 23 de 1991, que fue modificado mediante al artículo 81 de la Ley 446 de 1998, establece en su inciso primero que “[l]a conciliación administrativa prejudicial sólo tendrá lugar cuando no procediere la vía gubernativa o **cuando ésta estuviere agotada**”.

Por tanto, la conciliación en asuntos contencioso administrativos, como requisito de procedibilidad, solamente tiene lugar *i)* cuando en el respectivo asunto no proceda la vía gubernativa, como cuando se trata de hechos, omisiones, operaciones administrativas, ocupación temporal o permanente de inmuebles o de controversias originadas en contratos estatales o *ii)* la vía gubernativa estuviere debidamente agotada, estos es, en los eventos enunciados en el numeral inmediatamente anterior.

En consonancia con lo anterior, el Decreto Reglamentario 1716 del 14 de mayo de 2009, establece, que “*cuando la acción que eventualmente se llegare a interponer fuere la de nulidad y restablecimiento del derecho, la conciliación extrajudicial sólo tendrá lugar cuando no procedan recursos en la vía gubernativa o cuando esta estuviere debidamente agotada, lo cual deberá acreditarse, en legal forma, ante el conciliador.*”^[179] Además, dispone el mencionado decreto como uno de los requisitos que debe contener la solicitud de conciliación, el relacionado con la demostración del agotamiento de la vía gubernativa, cuando ello fuere necesario.^[180]

Se concluye de lo anterior que en aquellos eventos en los cuales, de conformidad con las previsiones legales, deba surtirse el requisito de procedibilidad denominado agotamiento de la vía gubernativa y éste no haya sido debidamente cumplido por parte del interesado, en general por no haber interpuesto debida y oportunamente el recurso de apelación

procedente contra la decisión administrativa, el asunto no resulta ser de carácter conciliable.

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que, por expresa disposición del legislador, no son conciliables extrajudicialmente *i)* los conflictos de carácter tributario; *ii)* los asuntos respecto de los cuales haya operado el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción contenciosa que se interpondría; y *iii)* los asuntos respecto de los cuales, siendo procedente, no se cumplió el requisito de procedibilidad denominado agotamiento de la vía gubernativa.

1.12.2 Asuntos tributarios

PREGUNTAS Nos. 12, 86 y 88

TEMA(S): CONFLICTOS DE CARÁCTER TRIBUTARIO / ASUNTOS NO CONCILIABLES

1.- PREGUNTA.

¿En el marco del artículo 70 de la Ley 446 de 1998, qué asuntos no resultan conciliables extrajudicialmente por tratarse de “conflictos de carácter tributario”?

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• Ley 446 de 1998, artículo 70;• Decreto 2685 de 1999, artículo 502 y 502-2;• Decreto 1092 de 1996, artículos 2 y 3;• <i>Decreto 624 de 1989 (ESTATUTO TRIBUTARIO)</i>, artículo 634;• <i>Resolución Externa 08 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República.</i>
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none">• <i>Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, 29 de mayo de 2008, Radicación No. 52001-23-31-000-2001-</i>

00012-01, Consejero Ponente: Héctor Dimas Bastidas Torres y Otros.

- Corte Constitucional, Sentencia [C-231](#) de 2003.
- Corte Constitucional, Sentencia [C-708](#) de 2001.
- Corte Constitucional, Sentencia [C-714](#) de 2001.
- Corte Constitucional, Sentencia [C-221](#) de 1997.
- Corte Constitucional, Sentencia [C-149](#) de 1997.
- Corte Constitucional, Sentencia [C-511](#) de 1996.

3.- CONSIDERACIONES.

Para resolver el problema jurídico contenido en la pregunta anterior, se abordarán los siguientes temas *i)* el concepto de “*conflicto de carácter tributario*” y su implicación respecto de la conciliación extrajudicial en asuntos de lo Contencioso Administrativo como requisito de procedibilidad; *ii)* normas especiales que han permitido, de manera excepcional y transitoria, la conciliación respecto de asuntos de carácter tributario; y *iii)* asuntos que no se encuentran comprendidos por el concepto de “*conflicto de carácter tributario*”.

3.1. El concepto de “*conflicto de carácter tributario*” y su implicación respecto de la Conciliación Extrajudicial como requisito de procedibilidad en asuntos de lo Contencioso Administrativo.

El artículo 70 de la ley 446 de 1998, se encarga de establecer cuales asuntos de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa son susceptibles de conciliación, teniendo tal carácter aquellos conflictos de índole particular y contenido económico que puedan ser conocidos por dicha jurisdicción a través del ejercicio de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del C.C.A.. Igualmente en el parágrafo 2º del mencionado artículo y en el parágrafo 1º del artículo 2º del Decreto 1716 de 2009, se establece que no podrá haber conciliación en los asuntos que versen sobre “***conflictos de carácter tributario***”, por lo tanto, se hace evidente la necesidad de indagar sobre los asuntos comprendidos por este concepto.

Como consecuencia del querer del legislador, respecto de todas las controversias que resulten ser de carácter tributario, se podrá acceder directamente a la jurisdicción, es decir, no tendrá que cumplirse la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, pues “*la ley descartó la conciliación en el campo tributario. Los impuestos son un componente de primer orden en la vida de un país y el legislador creyó pertinente no someter esta clase de ingresos públicos al trámite de la*

conciliación, y proyectar una imagen de inflexibilidad en el recaudo de los tributos.^[181]

El primer punto a destacar es el concepto mismo de conflicto, el cual se ha entendido como *“la contraposición intersubjetiva de derechos y obligaciones, cómo un fenómeno que se produce cuando respecto de un mismo bien coexisten dos pretensiones encontradas o bien una pretensión por un lado y una de resistencia por el otro.”*^[182]

Por su parte, frente a qué se debe entender por **“carácter tributario”**, se hace evidente la falta de una definición clara y autorizada, se trata de un concepto jurídico indeterminado, por lo que corresponde al operador jurídico desentrañar su significado y alcance.

Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional brinda ciertos elementos que pueden resultar útiles para esclarecer el referido concepto. En efecto, en la Sentencia C-708 de 2001, el Tribunal Constitucional, expresó lo siguiente:

*“...la Constitución no es unívoca en la designación de los asuntos que forman parte de la materia tributaria, y ha sentado ciertos parámetros generales para la interpretación de las normas pertinentes. Ha dicho que **los "asuntos relativos a los tributos" a los que se refiere el artículo 154 de la Carta, cobijan, no sólo los impuestos, sino cualquier ejercicio del poder impositivo estatal tendente a establecer cargas económicas sobre los ciudadanos.**”*

Del mismo modo, en la Sentencia C-714 de 2001, se pronunció sobre los elementos que integran la materia tributaria, señalando que *“está compuesta por todas aquellas normas mediante las cuales el Estado establece, **las fuentes generadoras de los ingresos necesarios para atender sus gastos (obligación tributaria a cargo de los asociados), los mecanismos para su recaudación y control, así como la manera en que serán empleados los recursos recaudados.**”*

Por su parte, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, mediante el Acta No. 111 del 12 de julio de 2009 del Comité de Defensa y Conciliación, estableció su posición institucional acerca de los asuntos que, en su consideración, no resultan ser conciliables de conformidad con lo establecido por el artículo 70 de la ley 446 de 1998, en el siguiente sentido:

*“Los asuntos de carácter tributario comprenden tanto **los tributos internos como externos (asuntos aduaneros); así como el cumplimiento de los mecanismos para su adecuado recaudo y control (sanciones).**”*

Como se puede apreciar, cada una de estos intentos por dotar de contenido a la expresión “*de carácter tributario*”, concuerdan en algunos elementos de la definición, pero difieren en otros, por lo que se tratará de conceptualizar en un solo instrumentos las tres posturas.

En consecuencia, parecería ser acertado entender como “**conflictos de carácter tributario**”, todas aquellas contraposiciones de intereses que surjan con ocasión del ejercicio del poder impositivo estatal, dirigido a establecer cargas económicas sobre los administrados, es decir, tanto lo relativo a los tributos internos como a los tributos externos –aduaneros-^[183], así como las originadas en el cumplimiento de los mecanismos de recaudación y control de tales tributos, lo cual incluye las respectivas sanciones.^[184]

3.2. Normas especiales que han permitido, de manera excepcional y transitoria, la conciliación respecto de asunto de carácter tributario.

Tal como se señaló, de conformidad con lo previsto en los artículos 70 de la Ley 446 de 1998 y 2º, parágrafo 1º, del Decreto 1716 de 2009, no puede haber conciliación en los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario. Sin embargo, pese a tratarse de una prohibición general, en contadas oportunidades y de manera transitoria, la ley ha consagrado excepciones a dicha regla general como se desprende de los artículos 101 de la Ley 633 de 2000; 98 de la Ley 788 de 2002; 38 de la Ley 863 de 2003, reglamentada por el artículo 12 del Decreto 412 de 2004; 54 de la Ley 1111 de 2006, reglamentada por el Decreto 344 de 2007 y, actualmente, del artículo 77 de la Ley 1328 de 2009, los cuales se transcriben a continuación:

- El artículo 101, inciso 1, de la Ley 633 de 2000, establecía:

“Los contribuyentes y responsables de los impuestos sobre la renta, ventas, retención en la fuente y timbre nacional, que hayan presentado demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo antes de la vigencia de esta ley, con respecto a la cual no se haya proferido sentencia definitiva, podrán conciliar antes del día 31 de julio del año 2001, con la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales hasta un veinte (20%) por ciento del mayor impuesto discutido, y el valor total de las sanciones e intereses según el caso, cuando el proceso contra una liquidación oficial se halle en primera instancia, lo anterior siempre y cuando el contribuyente o responsable pague el ochenta por ciento (80%) del mayor impuesto y su actualización en discusión.”

Si se trata de una demanda contra una resolución que impone una sanción, se podrá conciliar hasta un veinte por ciento (20%) el valor de la misma, para lo cual se deberá pagar el ochenta por ciento (80%) del valor de la sanción y su actualización, según el caso.

Cuando el proceso contra una liquidación oficial se halle en única instancia o en conocimiento del Honorable Consejo de Estado, se podrá conciliar sólo el valor total de las sanciones e intereses, siempre que el contribuyente o responsable pague el ciento por ciento (100%) del mayor impuesto y su actualización en discusión. Para tales efectos se deberá adjuntar la prueba del pago o acuerdo de pago de:

- a) La liquidación privada de impuesto sobre la renta por el año gravable 1999 cuando se trate de un proceso por dicho impuesto;*
- b) Las declaraciones del impuesto a las ventas correspondientes al año 2000, cuando se trata de un proceso por dicho impuesto;*
- c) Las declaraciones de retención en la fuente correspondientes al año 2000, cuando se trate de un proceso por este concepto;*
- d) De los valores conciliados, según el caso.*

El acuerdo conciliatorio prestará mérito ejecutivo de conformidad con lo señalado en los artículos 828 y 829 del Estatuto Tributario, y hará tránsito a cosa juzgada.

Lo no previsto en esta disposición se regulará conforme a la Ley 446 de 1998 y el Código Contencioso Administrativo, con excepción de las normas que le sean contrarias.

Las disposiciones contenidas en el presente artículo podrán ser aplicadas por los entes territoriales en relación con las obligaciones de su competencia. Lo anterior también será aplicable respecto del impuesto al consumo.”

- A su vez, el artículo 98 de la Ley 788 de 2002, repetía el contenido normativo anterior, obviamente haciendo una actualización de las fechas, siendo entonces, posible conciliar bajo la vigencia de esta norma hasta el 31 de julio de 2003. Igualmente, en cuanto a la prueba del pago o acuerdo de pago, las fechas se modificaron de la siguiente manera:

- La liquidación privada de impuesto sobre la renta, debía corresponder a la del año gravable 2001 cuando se trate de un proceso por dicho impuesto;
- Las declaraciones del impuesto a las ventas, serían las correspondientes al año 2002, cuando se trata de un proceso por dicho impuesto;
- Las declaraciones de retención en la fuente, las propias del año 2002, cuando se trate de un proceso por este concepto.

- Por su parte, el artículo 38 de la Ley 863 de 2003, consagraba lo siguiente:

“Los contribuyentes, responsables y agentes retenedores de los impuestos nacionales, así como los usuarios aduaneros que hayan presentado demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso- administrativa antes de la fecha de entrada en vigencia de esta Ley, respecto de la cual no se haya proferido sentencia definitiva dentro de las instancias del proceso, podrán solicitar a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales la conciliación hasta el día 30 de junio del año 2004, así:

Por el treinta por ciento (30%) del mayor impuesto discutido y el valor total de las sanciones, intereses y actualización según el caso, cuando el proceso contra una liquidación oficial se encuentre en única o primera instancia ante un Tribunal Administrativo, siempre y cuando el demandante pague el setenta por ciento (70%) del mayor impuesto en discusión.

Cuando el proceso contra una liquidación oficial se halle en segunda instancia ante el Consejo de Estado, se podrá solicitar la conciliación por el veinte por ciento (20%) del mayor impuesto y el valor total de las sanciones, intereses y actualización según el caso, siempre que el demandante pague el ochenta por ciento (80%) del mayor impuesto en discusión.

Si se trata de una demanda contra una resolución que impone una sanción independiente tributaria, aduanera o cambiaria, se podrá conciliar en cualquiera de las instancias del proceso contencioso-administrativo el cincuenta por ciento (50%) del valor de la misma y la actualización según el caso, para lo cual se deberá pagar el cincuenta por ciento (50%) del valor de la sanción.

En cualquier caso, cuando el recurso de apelación ante el Consejo de Estado haya sido interpuesto por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales se podrá conciliar el setenta por ciento (70%) del mayor impuesto y el valor total de las sanciones, intereses y actualización según el caso o el setenta por ciento (70%) del valor de la sanción impuesta en resolución independiente, siempre que el demandante pague el treinta por ciento (30%) del mayor impuesto o de la sanción según el caso.

Para tales efectos se deberá adjuntar la prueba del pago de:

- a) La liquidación privada del impuesto sobre la renta por el año gravable 2002 cuando se trate de un proceso por dicho impuesto;*
- b) Las declaraciones del Impuesto sobre las Ventas correspondientes al año 2003, cuando se trate de un proceso por dicho impuesto;*
- c) Las declaraciones de retención en la fuente correspondientes al año 2003, cuando se trate de un proceso por este concepto;*

d) Los valores conciliados, según el caso.

La fórmula conciliatoria deberá acordarse y suscribirse a más tardar el día 31 de julio de 2004 y presentarse para su aprobación ante la respectiva corporación de lo contencioso administrativo dentro de los diez (10) días hábiles siguientes, demostrando el cumplimiento de los requisitos legales.

La sentencia aprobatoria prestará mérito ejecutivo de conformidad con lo señalado en los artículos 828 y 829 del Estatuto Tributario, y hará tránsito a cosa juzgada.

Lo no previsto en esta disposición se regulará conforme a la Ley 446 de 1998 y el Código Contencioso Administrativo, con excepción de las normas que le sean contrarias.

En materia aduanera, la conciliación aquí prevista no aplicará en relación con los actos de definición de la situación jurídica de las mercancías.

Los procesos que se encuentren en recurso de súplica o de revisión ante el Consejo de Estado no serán objeto de la conciliación prevista en este artículo.”

- Por último, el artículo 54 de la Ley 111 de 2006, establecía:

“Los contribuyentes y responsables de los impuestos sobre la renta, ventas, retención en la fuente y timbre nacional, que hayan presentado demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo antes de la vigencia de esta Ley, con respecto a la cual no se haya proferido sentencia definitiva, podrán conciliar hasta el día 31 de julio del año 2007, con la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales hasta un veinte por ciento (20%) del mayor impuesto discutido, y el valor total de las sanciones e intereses según el caso, cuando el proceso contra una liquidación oficial se halle en primera instancia, lo anterior siempre y cuando el contribuyente o responsable pague el ochenta por ciento (80%) del mayor impuesto en discusión.

Si se trata de una demanda contra una resolución que impone una sanción, se podrá conciliar hasta un veinte por ciento (20%) el valor de la misma, para lo cual se deberá pagar el ochenta por ciento (80%) del valor de la sanción y su actualización, según el caso.

Cuando el proceso contra una liquidación oficial se halle en única instancia o en conocimiento del Honorable Consejo de Estado, se podrá conciliar sólo el valor total de las sanciones e intereses, siempre que el contribuyente o responsable pague el ciento por ciento (100%) del mayor impuesto en discusión.

Para tales efectos se deberá adjuntar la prueba del pago o acuerdo de pago de:

a) La liquidación privada de impuesto sobre la renta por el año gravable 2005 cuando se trate de un proceso por dicho impuesto;

- b) *Las declaraciones del impuesto a las ventas correspondientes al año 2006, cuando se trata de un proceso por dicho impuesto;*
- c) *Las declaraciones de retención en la fuente correspondientes al año 2006, cuando se trate de un proceso por este concepto;*
- d) *De los valores conciliados, según el caso.*

El acuerdo conciliatorio prestará mérito ejecutivo de conformidad con lo señalado en los artículos 828 y 829 del Estatuto Tributario, y hará tránsito a cosa juzgada.

Lo no previsto en esta disposición se regulará conforme a la Ley 446 de 1998 y el Código Contencioso Administrativo, con excepción de las normas que le sean contrarias.

Las disposiciones contenidas en el presente artículo podrán ser aplicadas por los entes territoriales en relación con las obligaciones de su competencia. Lo anterior también será aplicable respecto del impuesto al consumo.

No se aplicará esta disposición para los procesos que se encuentren en recurso de súplica.”

Dichos preceptos que, por lo demás, tuvieron, como se advierte, una vigencia transitoria, otorgaron la posibilidad de conciliar en materia tributaria sólo en lo que tiene que ver con los impuestos nacionales, como los de renta, ventas, retención en la fuente y timbre nacional.

Actualmente se encuentra vigente el artículo 77 de la Ley 1328 de 2009^[185], “[p]or la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones”, norma que, en el aparte correspondiente establece:

“Los contribuyentes y responsables de los impuestos territoriales que hayan presentado demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo sobre obligaciones tributarias anteriores a 31 de diciembre de 2008, con respecto a las cuales no se haya proferido sentencia definitiva, podrán conciliar dentro de los seis meses siguientes a la vigencia de la presente ley, con las entidades territoriales, hasta un veinte por ciento (20%) del mayor impuesto discutido, y el valor total de las sanciones e intereses según el caso, cuando el proceso contra una liquidación oficial se halle en primera instancia, lo anterior siempre y cuando el contribuyente o responsable pague el ochenta por ciento (80%) del mayor impuesto en discusión.

Si se trata de una demanda contra una resolución que impone una sanción, se podrá conciliar hasta un veinte por ciento (20%) el valor de la misma, para lo cual se deberá pagar el ochenta por ciento (80%) del valor de la sanción y su actualización, según el caso.

Cuando el proceso contra una liquidación oficial se halle en única instancia o en conocimiento del Honorable Consejo de Estado, se

podrá conciliar sólo el valor total de las sanciones e intereses, siempre que el contribuyente o responsable pague al ciento por ciento (100%) del mayor impuesto en discusión.

Para el efecto, bastará con una comunicación escrita en la cual se manifieste que se normaliza la deuda y se desiste de las discusiones sobre la misma, anexando copia del recibo de pago y/o acuerdo de pago y del desistimiento del proceso correspondiente, el cual no requerirá de actuación adicional para su aceptación por parte de las autoridades judiciales.

PARÁGRAFO. En aquellos procesos en los cuales no se haya aprobado el acuerdo conciliatorio por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa bajo la vigencia de la Ley 1111 de 2006 darán aplicación al presente artículo.”

3.3. Asuntos que no se encuentran comprendidos en el concepto de “conflicto de carácter tributario”.

Pese a que el contenido del concepto de “*conflicto de carácter tributario*”, encierra todos aquellos asuntos que de una u otra forma tengan injerencia en la imposición, recaudo y control tributario, existen algunos asuntos particulares que escapan a su órbita, siendo, por tanto, susceptibles de conciliación, entre los que se tienen:

3.3.1. El cobro de intereses moratorios por el incumplimiento de obligaciones tributarias.

Se debe partir del hecho de que las sanciones tributarias son, en estricto sentido, penas, toda vez que “*tienen un contenido represivo de la vulneración de las reglas establecidas, así como una finalidad preventiva al proponer un cuadro sancionador al lado del conjunto de prescripciones de una norma, porque implica una amenaza latente para quien infrinja deliberadamente las prescripciones, es decir, quien no las atienda pacífica y voluntariamente.*”^[186]

En la legislación tributaria, el término sanción ha sido empleado de manera errónea, pues se le ha otorgado un sentido demasiado amplio, enmarcando en él cualquier tipo de reacción frente al incumplimiento del ordenamiento tributario, incluyéndose aquellas que simplemente buscan resarcir a la Hacienda Pública por el daño sufrido por mora en el cumplimiento de la prestación^[187]. Este grave error se hace evidente, entre otros asuntos, en el caso de los intereses moratorios, los cuales son regulados por el artículo 634 del Estatuto Tributario^[188] y a los cuales el ordenamiento ha calificado de sanciones^[189], sin que realmente sea esta su naturaleza. Por el contrario, Doctrinalmente, se ha entendido que los intereses moratorios “*cumplen la función de resarcimiento tarifado o indemnización de perjuicios que se*

presume padece el acreedor por no tener consigo el dinero en la oportunidad debida, presunción iuris et de iure de la producción de un quebranto por la sola mora del deudor.^[190] Por su parte, la Corte Constitucional, señaló que *“la sanción por mora no sólo pretende desestimular la cultura del no pago, sino, especialmente, resarcir al Estado por los perjuicios sufridos ante la imposibilidad de disponer en forma oportuna de recursos que le pertenecen.”*^[191]

Teniendo en cuenta que, como se dijo, los intereses moratorios no pertenecen a la categoría de sanción tributaria, pues no persiguen una finalidad preventivo – represiva, se ha de concluir que escapan del marco de los *“asuntos de carácter tributario”* y, en consecuencia resulta ser totalmente factible que aquellas controversias que tengan por objeto diferencias en cuanto al reconocimiento de los intereses moratorios por incumplimiento de obligaciones tributarias, puedan dirimirse en sede de la conciliación extrajudicial para asuntos contencioso administrativos.

3.3.2. Los Decomisos Aduaneros.

El Decomiso Aduanero es una medida que consiste en la aprehensión material de mercancías por parte de la autoridad aduanera competente, cuando se incurra en alguna de las causales establecidas en los artículos 502 y 502-2 del Decreto 2685 de 1999 (Estatuto General Aduanero).

Con respecto a la naturaleza jurídica de la mencionada figura, el Consejo de Estado ha sido claro y enérgico en determinar que *“el decomiso de mercancías no constituye una sanción sino una **medida tendiente a definir** la situación jurídica de la misma.”*^[192]

Esta postura jurisprudencial, resulta acorde con lo establecido en el artículo 504 del Estatuto General Aduanero, en el cual, al regularse lo referente al acta de aprehensión de mercancías, se establece que con la expedición de dicha acta *“se inicia el proceso para definir la situación jurídica de mercancías”*, sin que comprenda asunto alguno relacionado con tributos internos o externos.

En virtud de lo anterior, salta a la vista que los decomisos aduaneros carecen de *carácter tributario*, destacando que su posible inclusión dentro del concepto como una de las categorías de sanciones tributarias, ha sido desvirtuada por el Consejo de Estado.

3.3.3. Las sanciones cambiarias.

Este tipo de sanciones han sido definidas por el artículo 2° del Decreto 1092 de 1996 como *“una contravención administrativa de las disposiciones constitutivas del Régimen de Cambios vigentes al momento de la transgresión, a la cual corresponde una sanción cuyas finalidades son el cumplimiento de tales disposiciones y la protección del orden público económico.”*

El Régimen Cambiario, presenta como eje central el mercado cambiario, el cual esta *“está constituido por la totalidad de las divisas que deben canalizarse obligatoriamente por conducto de los intermediarios autorizados para el efecto o a través del mecanismo de compensación previsto en esta resolución. También formarán parte del mercado cambiario las divisas que, no obstante estar exentas de esa obligación, se canalicen voluntariamente a través del mismo.”*^[193] Por lo tanto, existen operaciones de cambio que obligatoriamente deberán canalizarse a través de este mercado, entre las que se encuentran:

- “1. Importación y exportación de bienes.*
- 2. Operaciones de endeudamiento externo celebradas por residentes en el país, así como los costos financieros inherentes a las mismas.*
- 3. Inversiones de capital del exterior en el país, así como los rendimientos asociados a las mismas.*
- 4. Inversiones de capital colombiano en el exterior, así como los rendimientos asociados a las mismas.*
- 5. Inversiones financieras en títulos emitidos y en activos radicados en el exterior, así como los rendimientos asociados a las mismas, salvo cuando las inversiones se efectúen con divisas provenientes de operaciones que no deban canalizarse a través del mercado cambiario.*
- 6. Auales y garantías en moneda extranjera.*
- 7. Operaciones de derivados.”*^[194]

Se hace evidente que el contenido de las sanciones cambiarias, como uno de los componentes del régimen cambiario, pese al hecho de ser impuestas y liquidadas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacional^[195], no vislumbran una naturaleza tributaria, por lo que el artículo 70 de la ley 446 de 1998 no se les hace extensivo, resultando, en los eventos en los cuales se pretenda impugnar judicialmente un acto sobre el particular, obligatorio dar cumplimiento a la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad.

3.3.4. Regalías y rentas provenientes de monopolios.

Finalmente, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-708 de 2001, sostuvo con total claridad que:

“No son tributos, por ejemplo, las regalías,^[196] las rentas provenientes de la explotación de los monopolios establecidos por la ley en favor del Estado o de sus entidades territoriales.^[197]”

En atención a lo señalado por la mencionada Corporación, los asuntos relacionados con regalías y rentas provenientes de monopolios carecen totalmente de carácter tributario, es decir, no se encuentran comprendidos en tal concepto, lo que trae como consecuencia que los conflictos que se presenten alrededor de estos asuntos no resultan inmersos en la prohibición de conciliar, lo que, desde luego implica que, en los respectivos eventos, se debe agotar la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad.

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que no podrán ser conciliables extrajudicialmente, en atención a la prohibición del artículo 70 de la ley 446 de 1998, aquellos conflictos que se presenten con ocasión del ejercicio del poder impositivo estatal, dirigido a establecer cargas económicas sobre los administrados, es decir, tanto los tributos internos como externos (aduaneros), así como en el cumplimiento de los mecanismos de recaudación y control (sanciones).

1.7 DERECHOS CIERTOS E INDISCUTIBLES

PREGUNTA No. 13

TEMA(S): DERECHOS CIERTOS E INDISCUTIBLES
--

1.- PREGUNTA.

<i>¿Es jurídicamente procedente la conciliación extrajudicial en asuntos Contencioso Administrativos cuando se está en presencia de “derechos ciertos e indiscutibles”?</i>

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo

• Constitución Política , artículo 53;
--

	<ul style="list-style-type: none"> • C.C., artículo 15; • C.S.T., artículos 13, 14, 14, 142 y 340; • Ley 640 de 2001, artículo 8°.
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none"> • Corte Constitucional, Sentencia T-192 de 2000; • Corte Constitucional, Sentencia C-893 de 2001; • Corte Constitucional, Sentencia T-404 de 2009; • Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección "A", Consejero Ponente: ALFONSO VARGAS RINCON, Sentencia de septiembre 1° de 2009, Radicación número: 11001-03-15-000-2009-00817-00(AC); • Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección "A", Consejero Ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, Sentencia del 28 de septiembre de 2009, Radicación No. 11001-03-15-000-2009-00841-00.

3.- CONSIDERACIONES.

Para resolver el problema jurídico contenido en la pregunta anterior, se abordarán los siguientes temas: *i)* la regulación laboral tendiente a la protección de los derechos ciertos e indiscutibles; *ii)* tesis que niega totalmente la posibilidad jurídica de conciliar cuando se está en presencia de derechos ciertos e indiscutibles; y *iii)* tesis que acepta la posibilidad jurídica de conciliar respecto de algunos aspectos aunque se esté en presencia de derechos ciertos e indiscutibles.

3.1. Regulación laboral tendiente a la protección de los derechos ciertos e indiscutibles.

El artículo 8° de la Ley 640, expedida en 2001, regula el tema relacionado con las obligaciones del conciliador en los siguientes términos:

“El conciliador tendrá las siguientes obligaciones:

- 1. Citar a las partes de conformidad con lo dispuesto en esta ley.*
- 2. Hacer concurrir a quienes, en su criterio, deban asistir a la audiencia.*
- 3. Ilustrar a los comparecientes sobre el objeto, alcance y límites de la conciliación.*
- 4. Motivar a las partes para que presenten fórmulas de arreglo con base en los hechos tratados en la audiencia.*
- 5. Formular propuestas de arreglo.*

6. *Levantar el acta de la audiencia de conciliación.*
7. *Registrar el acta de la audiencia de conciliación de conformidad con lo previsto en esta ley.*

PARAGRAFO. *Es deber del conciliador **velar por que no se menoscaben los derechos ciertos e indiscutibles**, así como los derechos mínimos e intransigibles”.*

Para verificar el alcance del párrafo transcrito, debe tenerse en cuenta, en primer término que el vocablo *cierto*, es definido así: *conocido como verdadero, seguro, indubitable*; mientras que el adjetivo *indiscutible*, significa *no discutible por ser evidente*, este último término significa, a su vez, *cierto, claro patente y sin la menor duda*.^[198]

La Constitución Política prevé, en su artículo 53, dentro de los principios mínimos fundamentales que debe contener el estatuto del trabajo, el de “*irrenunciabilidad a los beneficios mínimos*” y la facultad “*para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles*”. Recuérdese que, sobre el particular, el artículo 15 del C.C., establece que pueden renunciarse los derechos conferidos por las leyes “*con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia.*”

Por su parte, el artículo 15 del Código Sustantivo del Trabajo establece: “*VALIDEZ DE LA TRANSACCION. Es válida la transacción en los asuntos del trabajo, salvo cuando se trate de derechos ciertos e indiscutibles.*”

Así mismo, el artículo 13 del C.S.T., prevé que las disposiciones contenidas en dicho cuerpo normativo “*contienen el mínimo de derechos y garantías consagradas a favor de los trabajadores*” y en el artículo 14 se establece que “*las disposiciones legales que regulan el trabajo humano son de orden público y, por consiguiente los derechos y prerrogativas que ellas conceden son irrenunciables, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley*”. En desarrollo de lo anterior, se establece que el derecho al salario es irrenunciable^[199], así como las prestaciones sociales *ya sean eventuales o causadas*.^[200]

La Corte Suprema, al referirse al papel del juez como garante de la protección de los derechos ciertos e indiscutibles, ha sostenido que “*[f]rente a los términos del acuerdo, lo que debe examinar el juez es si lo consignado fue lo que realmente se acordó y sin con él se violan derechos ciertos e indiscutibles del trabajador, de manera que si considera que no presenta la dicha violación, debe aprobar el pacto y hacer las advertencias sobre los efectos de cosa juzgada que desde ese momento lo ampara*”.^[201]

En relación con el contenido mismo del concepto de derechos ciertos e indiscutibles, la doctrina ha señalado que “*el derecho cierto e indiscutible es*

aquel que ya ha ingresado al patrimonio de la persona y sobre el cual no existe ninguna discusión acerca de su existencia, marco en el cual se ubican los derechos adquiridos. En materia laboral el concepto de derecho cierto e indiscutible tiene una protección especial y se entiende por tales aquellas garantías mínimas que la ley ha otorgado al trabajador y sobre los cuales ni siquiera el trabajador puede renunciar a ellos, pues está comprometido el orden público y las buenas costumbres.”^[202]

En el mismo sentido se ha dicho que “*se entiende por derechos ciertos e indiscutibles, aquellas garantías o facultades mínimas que la ley ha establecido a favor del trabajador para acapararle unos presupuestos básicos que el trabajador no puede renunciar a ellos, pues comprometen el orden público y las buenas costumbres.”*^[203]

Respecto de la eventual posibilidad de ejercer la conciliación cuando se está en presencia de tales derechos, se han esgrimido dos criterios, uno negativo y otro positivo, los cuales se abordan a continuación.

3.2. Tesis que niega totalmente la posibilidad jurídica de conciliar cuando se está en presencia de derechos ciertos e indiscutibles.

De conformidad con este criterio, siempre que se esté en presencia de derechos ciertos e indiscutibles, el respectivo asunto resulta *per se* totalmente ajeno a cualquier posibilidad de ser conciliado o, en otras palabras, la sola presencia de tales derechos proscribire el mecanismo alternativo de solución de conflictos.

En consonancia con lo expuesto, se afirma que “[l]as normas de derecho laboral son de orden público, puesto que regulan unas relaciones que entrañan un indiscutible interés social y público. Por lo tanto no se permite la conciliación o transacción cuando se refiere a derechos ciertos e indiscutibles, pues no es un derecho absoluto de las partes. Si consideramos lo contrario, de nada valdría el carácter de orden público, ni la prohibición de renuncia del derecho”.^[204]

En ese sentido, la Corte Constitucional, en sentencia T-192 de 2000, afirmó:

*“A pesar de que figura en el expediente la celebración de un acuerdo conciliatorio entre el extrabajador Acosta Arrieta y la empresa demandada, en el cual se pactó la cancelación de una suma de dinero por concepto de prestaciones extralegales, y aunque la conciliación hace tránsito a cosa juzgada según el artículo 92 de la Convención Colectiva, igualmente cierto es que, **si se atiende a lo previsto en el artículo 53 de la Constitución, sólo puede ser conciliable o sometido a transacción lo que corresponda a***

derechos inciertos y discutibles. Y resulta incontrovertible que **el derecho de los trabajadores a que se les apliquen las reglas pactadas en convenciones colectivas es irrenunciable; se trata de un derecho cierto e indiscutible,** que por lo tanto no puede ser cobijado por conciliación alguna.”

Así mismo, en la Sentencia C-893 de 2001, sostuvo la Corte, como fundamento para declarar la inexecutable de normas que consagraban el requisito de procedibilidad para asuntos laborales:

“Aunque lo dicho anteriormente pone en evidencia la inconstitucionalidad de las disposiciones que se examinan, existe otra razón que corrobora su contradicción con los dictados superiores: al prever la Ley 640 de 2000 la conciliación obligatoria judicial en todos los procesos ordinarios del trabajo como requisito de procedibilidad, esto es, antes de la presentación de la demanda, no se consulta la norma superior que distingue entre derechos inciertos o discutibles para efectos de acudir a este medio de solución de controversias.

En efecto, la previsión contenida en las disposiciones que se revisan implica que aún cuando el trabajador tenga la certeza de que le asiste un derecho indiscutible y cierto, y realmente ese derecho tenga tal carácter, no lo puede ejercitar directamente sin antes haberse sometido al procedimiento conciliatorio previo y obligatorio, lo cual, sin duda, constituye no sólo una dilación inexplicable sino también un contrasentido constitucionalmente inadmisibles.”

Por su parte, el Consejo de Estado, al fallar una acción de tutela interpuesta por persona a quien le fuera rechazada -por no haber agotado la conciliación como requisito de procedibilidad-, demanda contencioso administrativa mediante la cual pretendía la declaratoria de nulidad del acto administrativo que le negó el reconocimiento de la pensión ordinaria de jubilación y el consecuente restablecimiento del derecho, sostuvo la tesis negativa absoluta, en providencia que por su novedad y pertinencia se transcribe *in extenso*^[205]:

*“Armonizados los preceptos citados, para efectos de decidir sobre el trámite de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, es indispensable no perder de vista que son materia de conciliación, derechos que tengan el carácter de “inciertos y discutibles” estos son los autorizados por el artículo 53 de la Carta Política, y a los que hace referencia la Ley Estatutaria al establecer dicho requisito “... **cuando los asuntos sean conciliables...**”*

Cuando una persona considera que ha causado el derecho a la pensión, por cumplir los requisitos señalados en la ley, las partes involucradas en la eventual controversia judicial, no están en posibilidad jurídica de conciliar tal derecho. Él, como se sabe, es de carácter imprescriptible e irrenunciable, las condiciones para su reconocimiento están señaladas en la ley y ella no puede ser objeto de negociación por ninguno de los extremos, por ser de orden público.

La anterior, es la razón de ser del condicionamiento señalado en la ley, para exigir la conciliación extrajudicial, como requisito de procedibilidad del contencioso administrativo laboral “**...cuando los asuntos sean conciliables...**” de lo contrario el legislador no hubiera consignado dicha frase.

El artículo 13 de la Ley 1285 de 2009 fue reglamentado por el Gobierno Nacional mediante Decreto 1716 de 14 de mayo de 2009, del cual, a pesar de haber sido expedido con posterioridad a la fecha de presentación de la demanda que motiva la presente acción de tutela, conviene hacer referencia a sus criterios sobre los asuntos susceptibles de conciliación extrajudicial en lo Contencioso Administrativo.

De ellos se destaca la responsabilidad de velar porque no se menoscaben derechos ciertos e indiscutibles. Como antes se precisó, los presupuestos de la pensión en los términos reclamados en la demanda no pueden ser objeto de conciliación.

Por último, se advierte: la Ley 1285 por la cual se implantó la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para asuntos conciliables, se expidió el 22 de enero de 2009, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral fue instaurada el 10 de marzo del mismo año y el Decreto 1716 reglamentado por la citada Ley se expidió el 14 de mayo.

Es decir, tanto el Juzgado Administrativo de Ibagué como el Tribunal Administrativo del Tolima rechazaron la demanda, sin reparar si se trataba de un derecho en litigio conciliable y antes de reglamentarse la institución.

Insiste la Sala en que para la exigencia del requisito de procedibilidad en examen, **el juez en materia contencioso administrativa debe observar extremo cuidado con “los derechos ciertos y discutibles (sic)” susceptibles de conciliación en materia laboral, puesto que la mayoría de ellos son irrenunciables e imprescriptibles y para sus**

destinatarios son fundamentales, como sucede con el derecho a la pensión. De ahí que el rechazo de la demanda por ese motivo implica el observar especial responsabilidad en la actividad judicial.

Las razones que anteceden son suficientes para concluir que, tanto el Juzgado Primero Administrativo de Ibagué como el Tribunal Administrativo del Tolima, al rechazar la demanda por las razones consignadas, incurrieron en violación de los derechos de acceso a la administración de justicia y debido proceso del señor ISMAEL ENRIQUE MOLINA GUZMÁN motivo por el cual se decretará su amparo.

En consecuencia, se dejará sin efectos las providencias del 13 de marzo y 19 de junio de 2009, dictadas por el juzgado primero Administrativo de Ibagué y el Tribunal Administrativo del Tolima.

(...) En su lugar, se ordena al Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Ibagué, que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente providencia, proceda a admitir la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por Ismael Enrique Molina.”

3.3. Tesis que acepta la posibilidad jurídica de conciliar respecto de algunos aspectos, aunque se esté en presencia de derechos ciertos e indiscutibles.

El planteamiento general de este criterio se edifica sobre el supuesto según el cual la sola presencia de derechos ciertos e indiscutibles en un caso concreto, no implica, necesariamente, la proscripción total de la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos y, por tanto, ha de detenerse el operador jurídico en un concienzudo análisis de los temas, las circunstancias específicas y las pretensiones o aspiraciones del eventual convocante, a fin de determinar, en rectitud, la procedencia jurídica, o no, de la conciliación.

Lo anterior se sustenta, manteniendo incólume la protección jurídicamente instituida, en cuanto puede ser, efectivamente, objeto de conciliación, “*todo lo que tenga que ver con el monto de esos derechos ciertos e indiscutibles y la manera de pagarse, lo mismo que los llamados derechos inciertos y discutibles, siempre y cuando no lesionen intereses del trabajador ni las buenas costumbres*”.^[206]

Sobre al particular la jurisprudencia ha precisado:

“[L]a legislación del trabajo, catalogada como normas de orden público e imperativo cumplimiento, y por lo mismo, rodeando de irrenunciabilidad los derechos y prerrogativas en ella consagrados, no llega hasta el punto de restringir absolutamente la autonomía de la voluntad privada, entendida genéricamente como la autodeterminación del individuo para regular sus propios intereses. Uno de los instrumentos legales de autorregulación de intereses, es la conciliación, donde las partes ligadas por una relación jurídica ejercen actos de disposición tendientes a formalizar eficazmente un arreglo amigable de manera legítima, pacífica y equitativa, de lo cual da testimonio la intervención de la autoridad administrativa o judicial competente como garante para erigirla con suficiente solidez para la prevención de un eventual pleito. (...) son objeto de conciliación todas aquellas situaciones que sean susceptibles de transacción en materia laboral (artículos 15, 340 a 344 del C.S.T); es decir, los derechos renunciables, ya que si recae sobre derechos ciertos e indiscutibles, el acto es absolutamente nulo.

*Desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial, son derechos ciertos e indiscutibles, aquellas garantías o derechos mínimos que la ley ha consagrado a favor de los trabajadores (artículo 13 íb.), entre los que se encuentran el salario mínimo, y algunas prestaciones sociales básicas. Luego **será materia de conciliación todo lo que tenga que ver con estos derechos únicamente respecto de su verdadero monto y la forma de pago, y los inciertos y discutibles, siempre y cuando no lesione intereses del trabajador.**”^[207]*

Por su parte, en reciente providencia, la Sala Octava de Revisión^[208] de la Corte Constitucional, al decidir -en Sentencia T-404 de 2009- favorablemente acción de tutela interpuesta como mecanismo transitorio por quien consideraba vulnerados sus derechos fundamentales a la vida, a la igualdad y al debido proceso, al haberle sido negados los efectos jurídicos de cosa juzgada, por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, al acta de conciliación que celebró sobre sus derechos a la pensión de sobrevivientes, sostuvo lo siguiente:

“[E]l derecho a la seguridad social protege a las personas que están en imposibilidad física o mental para obtener los medios de subsistencia que le permitan llevar una vida digna a causa de la vejez, del desempleo, de una enfermedad o incapacidad laboral o, en general, de cualquier otra causa que tenga el mismo efecto. (...) la pensión de sobrevivientes también hace parte del derecho a la seguridad social^[209] pues busca proteger a las personas que, a

causa de la muerte de aquélla de la cual dependían, se ven en dificultades para acceder a las condiciones materiales necesarias para subsistir, brindándoles, al menos, el mismo grado de seguridad social y económica con que contaban antes del deceso del pensionado o afiliado^[210]. (...) [Q]ueda claro que el derecho a la seguridad social –dentro del cual se inscribe el derecho a la pensión de sobrevivientes–, es un derecho fundamental y que, cuando se presente alguno de los dos eventos descritos, la acción de tutela puede ser usada para protegerlo, siempre y cuando se verifiquen, además, los requisitos de procedibilidad de este mecanismo procesal. (...) La pensión de sobrevivientes hace parte de las manifestaciones del derecho a la seguridad social, el cual, por su condición de derecho fundamental, tiene ciertas características axiales a su naturaleza, como ha sido resaltado por esta corporación; entre dichos elementos inherentes al derecho a la seguridad social encontramos su imprescriptibilidad, su carácter de determinante de la protección mínima de los trabajadores y sus beneficiarios, su ánimo de protección integral en estos aspectos, etc. Así mismo, la seguridad social resulta un derecho cuya garantía repercute en la protección de otros derechos, también fundamentales, como pueden ser la vida, el mínimo vital, el derecho de vivienda digna, el derecho de acceso a agua potable y el libre desarrollo de la personalidad, entre otros.

Estas características y elementos definitorios han determinado la necesidad de establecer una serie de protecciones que buscan asegurar su efectividad en las relaciones entre individuos, entre ellas la irrenunciabilidad, que el Constituyente –en el art. 48 de la Constitución– y esta Corte han entendido como una manifestación concreta del contenido esencial que debe tener este derecho en un Estado Social de Derecho^[211].

En cuanto parte axial del derecho, la irrenunciabilidad es una característica que se predica de todas las manifestaciones del mismo, dentro de las cuales se cuenta la pensión de sobrevivientes, una de las formas de concreción más esenciales del contenido de este derecho^[212].

Un análisis superficial del asunto llevaría a la conclusión que, al ser la seguridad social un derecho irrenunciable, debe protegerse a sus titulares de cualquier tipo de acuerdo que los prive de su goce, disfrute o titularidad, en cuanto que cualquiera de estas acciones implicaría una disposición ilegítima del derecho, razón por la cual acuerdos de conciliación extrajudicial, en cuanto disponen del derecho, podrían derivar en una renuncia parcial o total del mismo y, por consiguiente, habrían de ser

proscritos en nuestro sistema jurídico. (...) Este análisis, aunque parte de presupuestos ciertos, no involucra toda la riqueza analítica y fáctica que se presenta cuando se interpretan derechos fundamentales. En efecto, no pretende la Corte elaborar toda una teoría de interpretación respecto de los derechos fundamentales, pues no es este el contexto apropiado; resalta, sin embargo, que por su construcción gramatical abstracta los derechos fundamentales tienen la estructura de principios constitucionales, en cuanto su enunciación amplia permite que su contenido se aplique a muy distintas situaciones concretas.

Esto hace que en abstracto, o a priori, sea imposible establecer contradicciones o solapamientos entre los derechos fundamentales (...) Las contradicciones que puedan surgir entre derechos fundamentales al momento de aplicarlos a casos concretos obligará a realizar una labor de ponderación entre ellos, para determinar en qué medida se aplica uno y otro. Es decir, al momento de aplicar los derechos fundamentales generalmente debe llegarse a un acuerdo que compatibilice la aplicación de los derechos involucrados. En desarrollo de dicho acuerdo el contenido de cada uno de los derechos debe ceder ciertos espacios de ejercicio respecto de otro, con el objetivo de permitir el disfrute armónico de los derechos involucrados, lo que sería imposible si se pretendiera aplicar cada uno de éstos de forma absoluta. (...) En conclusión, el análisis parte del supuesto conceptual de la inexistencia del carácter absoluto o intangible de los derechos fundamentales, entre los cuales está el derecho a la seguridad social manifestado en el acceso a la pensión de sobreviviente. Desde este punto de vista, se encuentran vedadas dentro de nuestro ordenamiento interpretaciones absolutas que excluyan cualquier tipo de disposición por parte de los titulares de los derechos fundamentales, que en ejercicio de su libertad de acción y decisión, realicen consecuencias para sus derechos fundamentales.

Lo anterior no implica la validez automática de cualquier renuncia, sea esta total o parcial, a las garantías que comporta un derecho fundamental; implica que el juez, en cada caso, deberá valorar el grado de afectación que sufre el derecho y de acuerdo con su conclusión determinar si se trata de una actuación acorde con los principios y disposiciones constitucionales dentro de un Estado social de derecho. (...) Partiendo del supuesto conceptual antes mencionado, es decir de la inexistencia de derechos absolutos o intangibles –en virtud del carácter relacional connatural a la aplicación de éstos-, **el siguiente paso que el juez debe dar al momento de evaluar la legitimidad de un acto de disposición del derecho a la pensión de sobreviviente es determinar las**

consecuencias –positivas y negativas- que esta medida tiene respecto de otros derechos fundamentales que pueden verse afectados con su realización. En efecto, no le es dado al juez hacer razonamientos sobre la validez de un acto de renuncia o disposición sobre los efectos económicos de un derecho fundamental, sin antes establecer el contexto jurídico y fáctico en que se dará la decisión, es decir, cómo dicho acto afecta o afectará derechos fundamentales del titular o de terceros ajenos a la decisión. (...) En conclusión, cuando el juez decide sobre derechos que no son intangibles le está prohibido negar validez de manera a priori a los actos de disposición que los particulares realicen sobre los mismos. Su acuerdo o desacuerdo con valores y principios propios de un Estado social de derecho deberá establecerse en cada caso, mediante una valoración que involucre los aspectos analíticos de naturaleza jurídica, sin desconocer los elementos fácticos que ayudan a determinar el contexto de análisis. Sólo de esta forma podrá obtenerse una solución acorde con las exigencias de un sistema jurídico integrado compuesto por principios y valores vinculantes para todos los operadores jurídicos.”

Posteriormente, el 28 de septiembre de 2009, la misma Subsección de la Sección Segunda del Consejo de Estado -que emitió el pronunciamiento contentivo de la tesis negativa aludido en el numeral anterior- morigeró y precisó su posición, al destacar que es menester revisar detalladamente el asunto en cada caso concreto a fin de determinar si se está en presencia, o no, de derechos ciertos e indiscutibles y, aún en caso positivo permitir la conciliación respecto de determinados asuntos.

En efecto, al decidir acción de tutela -denegando el amparo de los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia- interpuesta contra los autos mediante los cuales se rechazó demanda interpuesta en ejercicio de la acción nulidad y restablecimiento del derecho -relacionada con el reconocimiento y pago del trabajo extra y suplementario relativo a horas extras, diurnas, nocturnas, dominicales y festivos causadas-, por no haber agotado la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, afirmó el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo:

*“Con base en los anteriores lineamientos, es del caso aclarar que la posición de la Sala referente a **la inexigibilidad del requisito de la conciliación prejudicial en los términos de la Ley 1285 de 2009, debe ser analizado en cada caso concreto, atendiendo la calidad de los derechos reclamados y la posibilidad de su debate en el escenario conciliatorio.***

Como se dejó visto, en el presente asunto la actora debate en la vía contencioso administrativa el reconocimiento y pago de unos derechos laborales como horas extras diurnas, nocturnas, dominicales y festivos, resultantes del pago del trabajo adicional y suplementario desplegado al servicio del Municipio de Yumbo (Valle del Cauca).

*En vista de lo anterior, a juicio de la Sala, **dicho asunto sí es susceptible de conciliación**, dado que las acreencias laborales reclamadas, si bien hacen parte del salario del trabajador, derecho que no tiene vocación de ser transado por ser irrenunciable, **corresponden a sumas de dinero que bien pueden ser objeto de negociación por las partes en contienda.***

En este punto, se dilucida que no se discute la irrenunciabilidad del derecho al salario, sino el monto de unas sumas de dinero resultantes de un trabajo complementario desplegado por el reclamante, que sí puede ser transado o negociado por el consenso del empleador y el trabajador.”^[213]

La tesis anteriormente expuesta, la cual se comparte en su integridad, comporta un plausible criterio teleológico, toda vez que enfatizando la finalidad que persigue la limitación de la figura, permite, en todo caso, que los sujetos destinatarios de tal protección institucional puedan disfrutar y hacer suyos los beneficios de la conciliación extrajudicial, en tanto mecanismo alternativo de solución de conflictos que permite la garantía pronta de los derechos sin mayores costos ni dilaciones injustificadas.

En efecto, no resulta razonable –y por el contrario puede ser violatorio del principio de igualdad consagrado en la Carta- excluir tajantemente de las múltiples ventajas de la conciliación, especialmente en cuanto se refiere a su versión extrajudicial a sujetos a quienes, por diferentes razones de la mayor trascendencia social y económica, tanto el constituyente como el legislador han consagrado mecanismo jurídicos de protección.

No se comparten algunas de las conclusiones pretranscritas por las siguientes razones: (i) las horas extras efectivamente prestadas y los dominicales y festivos laborados no son derechos controvertibles, sino que por el contrario son ciertos e indiscutibles; (ii) sin embargo, ello no excluye que tenga cabida la conciliación extrajudicial, en la medida en que ésta puede garantizar la totalidad de las acreencias; (iii) esto permite concluir que el mecanismo alterno de solución de conflictos estudiado no implica siempre una renuncia a algunas de las pretensiones, pues se puede conciliar la integralidad de ellas. En esta hipótesis la administración gana el monto de la indexación y de los intereses que devienen de un proceso en muchas ocasiones demorado y el demandante se ve beneficiado por el pronto

reconocimiento de su derecho. En síntesis, es viable armonizar los dos conceptos el de los derechos ciertos e indiscutibles y el de la conciliación cuando se está frente a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que la conciliación extrajudicial en asuntos contencioso administrativos resulta jurídicamente procedente pese a que su objeto tenga relación con derechos ciertos e indiscutibles “*en la medida en que implique un reconocimiento total de esos derechos*”^[214], de manera que las partes pueden llegar a un acuerdo válido respecto de su forma de pago o conciliar asuntos meramente accesorios, accidentales o colaterales, que si bien pueden hacer parte del conflicto, a punto tal que si no se conciliaran harían parte de las pretensiones a esgrimir en sede judicial, no pertenecen a la órbita del mínimo indiscutible.

Entendiendo por derechos ciertos e indiscutibles aquellos que no requieren decisión judicial para su reconocimiento por encontrarse acreditados los supuestos fácticos previstos en la norma que consagra el respectivo derecho para su cabal configuración, debe tenerse en cuenta que pueden presentarse diferentes vicisitudes que comportan incertidumbre jurídicamente relevante, como las que a continuación se enuncian:

- Cuando los supuestos fácticos no se encuentren plena y debidamente acreditados;
- Cuando la norma que consagra el respectivo derecho “*es ambigua o admite varias interpretaciones*” o ha sido objeto de criterios y decisiones encontradas por parte de los órganos jurisdiccionales.^[215]
- Cuando “*el nacimiento del derecho está supeditado a plazo o condición*”.^[216]
- Cuando se presentan circunstancias jurídicas que impiden la configuración o exigibilidad del derecho.
- Cuando se trata de “*meras expectativas o esperanzas en el reconocimiento del derecho*”.^[217]

De otra parte, debe destacarse que tratándose de asuntos contencioso administrativos de carácter laboral, usualmente la acción que se ejercería no es otra diferente a la de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., pretendiendo, en primer término, que se declare la nulidad del respectivo acto administrativo, expreso o ficto, particular y desfavorable, desde la perspectiva de su destinatario y, consecuentemente, que se restablezca el derecho o se repare el daño.

Precisamente, respecto de los mencionados asuntos, el artículo 70 de la Ley 446 de 1998, modificatorio del artículo 59 de la Ley 23 de 1991, dispuso que las personas jurídicas de derecho público pueden conciliar extrajudicialmente “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**”^[218], de donde se desprende que, efectivamente, tales asuntos son susceptibles de conciliación en tanto no se menoscaben los referidos derechos ciertos e indiscutibles y, desde luego, que son objeto de conciliación en cuanto exista duda fundada o debate sobre aspectos de carácter probatorio, hermenéutico, entre otros, siempre que el acuerdo no verse sobre la legalidad del acto administrativo, sino sobre su contenido meramente económico, y cuando, además, se encuentre incurso en cualquiera de las casuales de revocatoria directa contenidas en el artículo 69 del C.C.A.

1.7.1 Convocar exclusivamente entidades administrativas extranjeras.

PREGUNTA No. 14			
TEMA(S):	OBJETO	DE LA	JURISDICCION
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA.			

1.- PREGUNTA.

¿Puede llevarse a cabo una conciliación extrajudicial en asuntos contencioso administrativos cuando un particular convoca exclusivamente entidades administrativas extranjeras?

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none"> • Código Contencioso Administrativo, artículo 82; • Código de Procedimiento Civil, artículo 12.
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none"> • Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 26 de marzo de 2007, Radicación No.

	<p>25619, Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio;</p> <ul style="list-style-type: none"> • Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 7 de junio de 2007, Radicación No. 32896, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. • Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 19 de junio de 2008, Radicación No. 1865, Consejeros Ponentes: Enrique Arboleda Perdomo y Fernando Álvarez Jaramillo.
--	--

3.-

CONSIDERACIONES.

Para resolver el problema jurídico contenido en la pregunta anterior, se abordarán los siguientes temas *i)* el objeto de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, *ii)* la falta de competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para conocer de acciones intentadas exclusivamente contra entidades públicas extranjeras.

3.1. El objeto de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

El artículo 82 del C.C.A, señala que clase de asuntos y controversias pueden ventilarse ante la jurisdicción contencioso administrativa. Su texto original fue subrogado por el Decreto 2304 de 1989, el cual a su vez fue modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, el cual disponía lo siguiente:

*“La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las **controversias y litigios administrativos** originados en la actividad de las Entidades Públicas, y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y los Juzgados Administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.*

Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley.

Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional”.

En atención a lo expresado por el citado artículo, bajo la vigencia de dicha norma, la jurisdicción contencioso administrativa resultaba ser la competente para conocer las controversias y litigios de carácter administrativo, los cuales fueron entendidos por el Consejo de Estado, como aquellos que se originan en el ejercicio de una función administrativa, aplicándose entonces un criterio material^[219]. Sin embargo, la tarea de definir si un determinado asunto corresponde, o no, al ejercicio de una función administrativa, no resultó ser una labor fácil y, mucho menos, un tema pacífico en la jurisprudencia ni en la doctrina.

Con el fin de dar total claridad en cuanto a la jurisdicción a la cual correspondía el conocimiento de las controversias estatales, el legislador expidió la Ley 1107 de 2006, mediante la cual modificó el contenido del artículo 82 del C.C.A.,^[220] señalando que la Jurisdicción Contencioso Administrativa será la que conozca de aquellas controversias y litigios originados en la *actividad de las entidades públicas* incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado.

De esta forma, *“el legislador asignó, sin dar lugar a hesitación alguna, a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la competencia para juzgar las controversias en las cuales sean parte las “entidades públicas”, sin importar la función que desempeñe cada una de ellas, pues se pasó de considerar el “criterio material o funcional”, como el factor determinante para deslindar las competencias del juez ordinario de las del juez administrativo, a establecer que el decisivo es el “criterio orgánico”, de acuerdo con el cual el elemento axial a efectos de atribuir la competencia es la pertenencia de uno de los sujetos procesales a la estructura del Estado”*^[221] .

3.2. La falta de competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para conocer de las acciones intentadas, exclusivamente, en contra de entidades públicas extranjeras.

De conformidad con lo que actualmente establece el artículo 82 del C.C.A, la Jurisdicción Contencioso Administrativa es la encargada de conocer las controversias que se originen en la actividad de las entidades públicas, es decir, de *“aquellos organismos de origen estatal, cuyo capital o patrimonio también es estatal o público, a los cuales el ordenamiento jurídico les ha*

reconocido el carácter de personas jurídicas y que por regla general se encuentran sometidos al derecho público, salvo excepciones legales."^[222] De tal forma, bajo el concepto de entidad pública, se cobijan todos los órganos estatales colombianos que cumplan con dicha característica.

Al hablarse de entidades públicas, con ocasión de la determinación del objeto de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se debe, desde luego, delimitar su significado en cuanto a que sólo hace referencia a las **entidades nacionales** que tengan dicha naturaleza^[223]. Por lo tanto, cuando en el conflicto o controversia no intervenga una entidad pública colombiana, un particular que ejerza funciones públicas o alguna sociedad de economía mixta con capital superior al 50%, estaríamos en presencia de un asunto que no puede ser conocido por la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En atención a lo anterior, en caso de que un particular (que no ejerza funciones públicas) pretenda demandar a alguna o varias entidades públicas extranjeras, el asunto escapa totalmente del ámbito de conocimiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pues pese a tratarse de entidades públicas, su origen no es nacional sino extranjero.

Sin embargo, estas situaciones podrían no quedar totalmente excluidas de la jurisdicción colombiana, pues, salvo lo que se pacte en tratados internacionales, lo que ocurre es que en razón de los sujetos activos y pasivos del conflicto, su conocimiento podría quedar asignado a la jurisdicción ordinaria, afirmación que encuentra sustento en el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, según el cual será de conocimiento de dicha jurisdicción todos aquellos asuntos que no se encuentren atribuidos por ley a otras jurisdicciones.

Como consecuencia de lo anterior, resulta evidente que si un conflicto no resulta ser de la competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no procede, desde luego, la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para acudir a esta jurisdicción, pues, se insiste, tales conflictos escapan de su órbita.

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que cuando un particular convoque exclusivamente a entidades públicas extranjeras, no es procedente llevar a cabo la conciliación extrajudicial ante los agentes del Ministerio Público asignados a la Jurisdicción Contenciosa, por tratarse de un asunto que no corresponde a dicha jurisdicción.

1.8 TUTELA COMO MECANISMO TRANSITORIO

PREGUNTA No. 15

TEMA(S): TUTELA COMO MECANISMO TRANSITORIO / PETICIÓN DE CONCILIACIÓN

1.- PREGUNTA.

¿Cuando la sentencia de una Acción de Tutela como mecanismo transitorio dispone que la respectiva acción contenciosa ha de impetrarse en un determinado plazo, es jurídicamente necesario agotar la conciliación como requisito de procedibilidad? En caso positivo, ¿se suspende dicho término con la presentación de la solicitud de conciliación?

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• Constitución Política, artículo 86;• Ley 1285 de 2009, artículo 13;• Ley 640 de 2001, artículos 20 y 35;• Decreto 1716 de 2009, artículos 2 y 3;• Decreto 2591 de 1991, artículos 1, 6 y 8.
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none">• Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, 16 de Septiembre de 1999, Radicación No. AC-8166, Consejero Ponente: Juan Alberto Polo Figueroa;• Corte Constitucional, Sentencia T-098 de 1998;• Corte Constitucional, Sentencia T-468 de 1999;• Corte Constitucional, Sentencia T-600 de 2002;• Corte Constitucional, Sentencia T-771 de 2004;• Corte Constitucional, Sentencia T-796 de 2006;• Corte Constitucional, Sentencia T-1048 de 2008;

3.- CONSIDERACIONES.

Para resolver el problema jurídico contenido en la pregunta anterior, se abordarán los siguientes temas *i)* la acción de tutela como mecanismo transitorio; *ii)* el ejercicio de la acción de tutela como mecanismo transitorio

en asuntos de lo contencioso administrativo; *iii*) el agotamiento de la conciliación extrajudicial en asuntos contencioso administrativos como requisito de procedibilidad en los casos de tutela transitoria.

3.1. Ejercicio de la Acción de Tutela como mecanismo transitorio.

De conformidad con lo consagrado en el artículo 86 de la Constitución Política, la Acción de Tutela, por regla general, sólo resulta procedente en aquellos eventos, en los cuales el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, *“[e]llo entraña, en términos procesales, que uno de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela está constituido por la condición de que “el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial”, lo cual equivale, a su vez, a que una causal de improcedencia de la acción es la “existencia de otros recursos o medios de defensa judiciales”, como lo precisa el numeral 1 del artículo 6° del decreto 2591 de 1991.”*^[224]

Sin embargo, tal como prevén el inciso 3° del artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 6° numeral 1° del Decreto 2591 de 1991, el afectado, pese a contar con otro mecanismo judicial para la protección de su derecho fundamental, podrá valerse de la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable^[225]. Se trata de la posibilidad jurídica de ejercer la acción de tutela *“a pesar de existir otro medio de defensa judicial, siempre que el afectado se encuentre en riesgo de sufrir un perjuicio irremediable, susceptible de ser evitado únicamente a través de un amparo temporal que se mantendrá vigente hasta cuando la autoridad judicial que según las reglas ordinarias sea competente, decida de manera definitiva sobre el litigio.”*^[226] En todo caso, el afectado deberá ejercer la acción pertinente en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela, pues en caso contrario cesarán los efectos de la sentencia proferida por el juez que conoció de la tutela^[227].

Igualmente, se podrá acudir a la acción de tutela como mecanismo transitorio, cuando existiendo otros mecanismos, estos no resulten idóneos ni eficaces para evitar la consumación de un perjuicio irremediable^[228]. Este criterio jurisprudencial, que se ha venido trazando desde la Sentencia T-03 de 1992, implica que *“el otro medio de defensa judicial al que alude el artículo 86 de la Constitución Política, debe ser eficaz y permitir la protección inmediata y real de los derechos fundamentales afectados. De lo contrario, la acción de tutela dejaría de tener ése carácter constitucional preferente que la caracteriza en razón de su objeto, y ya no sería tampoco el mecanismo aplicable para evitar la burla de los preceptos superiores.”*^[229]

En razón a lo anteriormente expuesto, el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 señala, con respecto a los otros mecanismos de defensa judicial, que su existencia *“será apreciada en concreto, en cuanto a*

su eficacia atendiendo las circunstancias en que se encuentra la solicitud”; por lo tanto, en cada asunto en particular, deberá el juez de tutela evaluar si el otro mecanismo judicial del que dispone el afectado para la defensa de sus derechos, puede brindarle la protección eficaz e inmediata que precisa el derecho amenazado o vulnerado, o si, por el contrario, se trata de una vía simplemente formal o si sus resultados, como consecuencia de la exagerada duración del proceso, resultan tardíos en cuanto a la salvaguarda efectiva del derecho fundamental que se pretende proteger.^[230]

En efecto, se ha puesto de presente que “no es suficiente, para excluir la tutela, la mera existencia formal de otro procedimiento o trámite de carácter judicial. Para que ello ocurra es indispensable que ese mecanismo sea idóneo y eficaz, con miras a lograr la finalidad específica de brindar inmediata y plena protección a los derechos fundamentales, de modo que su utilización asegure los efectos que se lograrían con la acción de tutela. No podría oponerse un medio judicial que colocara al afectado en la situación de tener que esperar por varios años mientras sus derechos fundamentales están siendo violados.”^[231]

Finalmente, cuando se acuda a la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, nada obsta para que dicha acción se ejerza conjuntamente con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho o de las demás procedentes ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. En estos casos, siempre que el juez lo estime procedente, podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso^[232].

3.2. El ejercicio de la acción de tutela como mecanismo transitorio en asuntos contencioso administrativos.

La acción de tutela como mecanismo transitorio, puede ser utilizada por cualquier persona para evitar que se le cause un perjuicio irremediable, incluyendo asuntos que se deberían ventilar, en principio, ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, sin embargo, tras hacer un recorrido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, salta a la vista que este mecanismo se usa habitualmente para contrarrestar la vulneración de derechos fundamentales a consecuencia de la expedición de actos administrativos. Con el fin de ejemplificar lo anterior, resulta pertinente relacionar, a manera de ejemplo, algunos de tales asuntos:

Sentenci a No.	Asunto	Fallo
---------------------------	---------------	--------------

<p>T-752 de 2003.</p>	<p>INSUBSISTENCIA EN CARGO DE CARRERA ADMINISTRATIVA Procedencia de la tutela como mecanismo transitorio.</p> <p><i>Así las cosas, si bien para atacar la resolución que declaró insubsistente su nombramiento la accionante cuenta con otro mecanismo judicial, la Sala considera que en el presente caso la tutela es procedente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, lo cual no la exime de la obligación de acudir oportunamente ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para que sea allí donde se dirima, en últimas, la controversia.</i></p>	<p>Primero. REVOCAR la sentencia proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el trámite de la presente acción de tutela. En su lugar CONCEDER la protección transitoria de los derechos fundamentales al debido proceso, al mínimo vital y al trabajo de la señora Betty Emilce Gómez Figueredo, hasta que la jurisdicción de lo contencioso administrativo resuelva de la acción que la mencionada señora deberá interponer en un término no mayor de 4 meses.</p> <p>Segundo. ORDENAR al Director General del Club Militar de Oficiales que, en el término de 48 horas, si no lo hubiere hecho, deje sin efectos la Resolución No. 1464 del 10 de octubre de 2002 y proceda a reintegrar a la señora Betty Emilse Gómez Figueredo al cargo que venía ocupando cuando fue desvinculada, o a uno de mejor o igual categoría.</p>
<p>T-1164 de 2004</p>	<p>TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS-procedencia excepcional como mecanismo transitorio.</p> <p><i>En una reciente decisión (Sentencia T-806 de 2004 M.P. Clara Inés Vargas Hernández) la</i></p>	<p>PRIMERO. REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Sevilla, el 15 de julio de 2004. En su lugar, CONCEDER de forma transitoria el</p>

Sala Novena de Decisión de esta Corte consideró que la acción de tutela procede contra un acto administrativo que niega una pensión de jubilación, cuando puede evidenciarse en éste la existencia de una vía de hecho. Sobre éste punto, en esa oportunidad la Corte realizó un recuento de los precedentes establecidos por la Jurisprudencia Constitucional, sobre las hipótesis fácticas de procedibilidad de la tutela, contra actos administrativos.

En este mismo sentido, ha indicado la Corte que los actos administrativos también pueden incurrir en vías de hecho, que dependiendo de las circunstancias propias de cada caso, pueden ser protegidas a través de la acción de tutela. Sin embargo, esta Corporación ha sido clara en precisar, que el amparo a los derechos fundamentales vulnerados por un acto administrativo, tiene un carácter excepcional, debido a la existencia de otros mecanismos de defensa judicial con los cuales cuenta el actor.

amparo impetrado por Idanelly Montes de Ramírez.

SEGUNDO. ORDENAR al Instituto de Seguros Sociales que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, y hasta que la jurisdicción en lo Contencioso Administrativo lo decida en forma definitiva, inaplique la resolución No.3669 de 2000 y en su lugar reconozca la pensión a Idanelly Montes de Ramírez por estar cobijada por el régimen de transición, le pague las mesadas atrasadas y las que a futuro se causen, para lo cual deberá tener en cuenta la totalidad de tiempo de servicio laborado por la demandante al sector público y el tiempo cotizado al Instituto de Seguros Sociales.

Tercero. COMUNICAR a la demandante que tiene un plazo de cuatro meses (4) contados a partir de la notificación personal del presente fallo de tutela, para que acuda ante la jurisdicción contencioso administrativa, para que de manera definitiva decida sobre su derecho pensional. Advertirle igualmente que de no

		hacerlo, cesarán los efectos de este fallo.
T-1039 de 2006	<p>TUTELA COMO MECANISMO TRANSITORIO PARA EVITAR PERJUICIO IRREMEDIABLE EN PROCESO DISCIPLINARIO.</p> <p><i>En la sentencia T-1093 de 2004 se señalan algunos requisitos específicos para la configuración de un perjuicio irremediable con ocasión de la imposición de una sanción disciplinaria los cuales es preciso destacar debido a la relevancia que tienen en el caso concreto, tales requisitos son entre otros: (i) que existan motivos serios y razonables que indiquen que una determinada providencia sancionatoria en materia disciplinaria puede haber sido adoptada con desconocimiento de las garantías constitucionales y legales pertinentes y, por ende, con violación de los derechos fundamentales de los afectados, en particular al debido proceso; (ii) que el perjuicio derivado de la providencia sancionatoria adoptada de manera inconstitucional amenace con hacer nugatorio el ejercicio de uno o más derechos fundamentales de los sujetos disciplinados, (iii) que el perjuicio en cuestión llene los requisitos de ser cierto e inminente, grave y de urgente atención, y (iv) que los medios judiciales ordinarios con los que cuentan los afectados para su defensa no sean lo suficientemente expeditos como para controlar la legalidad y constitucionalidad de las medidas sancionatorias impugnadas con la urgencia requerida para impedir la</i></p>	<p>Primero. REVOCAR la sentencia proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia el cinco (5) de junio de 2006, en la acción de tutela interpuesta por Gustavo Montealegre Echeverri contra la Procuraduría General de la Naciónel Ministerio de Relaciones Exteriores y el Instituto de Seguros Sociales. CONFIRMAR la decisión adoptada el dieciocho (18) de abril de dos mil seis (2006) por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Buga.</p> <p>(Nota: el juez de primera instancia concedió el amparo transitorio de los derechos fundamentales del Sr. Montealegre y ordenó la suspensión de los efectos de las resoluciones emitidas por la Procuraduría Regional del Valle del Cauca y por la Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública, mientras la jurisdicción de lo contencioso administrativo adopta una decisión definitiva.)</p>

	<p><i>afectación irremediable del derecho fundamental invocado. En la mencionada sentencia no se exige que los anteriores requisitos se presenten de manera concurrente, basta entonces que estén presentes algunos de ellos para que la acción de tutela se torne procedente.</i></p>	
<p>T-603 de 2008</p>	<p>ACCION DE TUTELA CONTRA CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL - Procedencia como mecanismo transitorio para la reliquidación de la pensión de funcionario de planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores.</p> <p><i>No obstante, sobre lo que ha de entenderse como perjuicio irremediable, para efectos del reconocimiento de la reliquidación pensional por la vía de la acción de tutela concebida como mecanismo transitorio, la Corte ha vertido los siguientes conceptos generales:</i></p> <p><i>“3.2.2 Con ocasión de las acciones de tutela instauradas por pensionados y beneficiarios sustitutos que abogaron por el restablecimiento de su derecho a la igualdad en lo relativo al monto de su mesada pensional, esta Corte relacionó los factores que permiten al juez de tutela establecer la necesidad de su intervención, con miras a evitar la consolidación de una amenaza o la realización de un perjuicio irremediable en la reliquidación de prestaciones sociales, sin perjuicio de la eficacia los medios ordinarios de defensa^[233].</i></p>	<p>PRIMERO. REVOCAR la Sentenciaproferida el quince (15) de febrero de dos mil ocho (2008) por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.</p> <p>SEGUNDO. CONCEDER 1 a tutela, como mecanismo transitorio para la protección de los derechos fundamentales del señor Pedro Pablo de Bedout Gori.</p> <p>TERCERO. ORDENAR a la Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. que en el término de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, reconozca al señor Pedro Pablo de Bedout Gori la pensión de jubilación con fundamento en el salario base de liquidación que corresponde a aquel que realmente fue devengado por él durante los últimos diez años.</p> <p>CUARTO. ADVERTIR al señor Pedro Pablo de Bedout Gori, que los</p>

	<p><i>“Se trata de las condiciones de salud del pensionado o beneficiario de la prestación, del grado de afectación del nivel de vida alcanzado por el afectado en función de la proyección histórica del monto que el mismo tendría que devengar, al igual que de las actuaciones administrativas y judiciales realizadas por el interesado para acceder al reajuste, acompañadas, en todo caso, de la claridad de su derecho a ver realizada su pretensión.</i></p> <p><i>“Siendo así, cuando el interesado devenga una pensión que le permite suplir sus necesidades de subsistencia y de contera acceder a la asistencia que presta el Régimen de Seguridad Social en Salud^[234] y los hechos y pruebas presentadas no dan lugar a establecer “elementos fácticos que permitieran la concesión del amparo como un mecanismo transitorio con el fin de evitar un perjuicio irremediable”^[235], la avanzada edad por si sola no hace inminente y grave el perjuicio e impostergable el amparo constitucional.”</i></p>	<p>efectos de esta Sentencia se mantendrán mientras las autoridades judiciales competentes deciden en forma definitiva sobre su solicitud de reliquidación pensional, por lo cual debe intentar la demanda correspondiente, si aun no lo ha hecho, dentro del plazo perentorio de los próximos cuatro meses. De no hacerlo, finalizado dicho plazo expirarán los efectos de esta decisión.</p>
--	--	--

En cuanto a la procedencia de la Acción de Tutela para impugnar actos administrativos, la Corte Constitucional ha señalado que, por regla general, no es ésta la acción adecuada para controvertirlos, toda vez que el afectado cuenta con las acciones propias de la Jurisdicción Contencioso Administrativa^[236], pues, como tal, *“la acción de tutela no es un medio alternativo que pueda ser empleado en reemplazo de las acciones judiciales ordinarias, pues conllevaría el desconocimiento de la estructura jurisdiccional del Estado. Así, esta acción tampoco resulta procedente cuando el titular del derecho amenazado o vulnerado ha contado con la posibilidad*

de ejercer las acciones ordinarias o especiales ante las autoridades jurisdiccionales, creadas para conocer de los litigios originados en actos de la administración.”^[237]

Sobre el ejercicio indiscriminado de la acción de tutela contra actos administrativos, cuando proceden otros mecanismos judiciales de defensa, la Corte Constitucional ha advertido las siguientes consecuencias:

“(…) la paulatina sustitución de los mecanismos ordinarios de protección de derechos y de solución de controversias por el uso indiscriminado e irresponsable de la acción de tutela entraña (i) que se desfigure el papel institucional de la acción de tutela como mecanismo subsidiario para la protección de los derechos fundamentales, (ii) que se niegue el papel primordial que debe cumplir el juez ordinario en idéntica tarea, como quiera que es sobre todo éste quien tiene el deber constitucional de garantizar el principio de eficacia de los derechos fundamentales (artículo 2 Superior) y (iii) que se abran las puertas para desconocer el derecho al debido proceso de las partes en contienda, mediante el desplazamiento de la garantía reforzada en que consisten los procedimientos ordinarios ante la subversión del juez natural (juez especializado) y la transformación de los procesos ordinarios que son por regla general procesos de conocimiento (no sumarios).”^[238]

Se tiene de lo anterior, que no resulta aceptable la utilización de la tutela para controvertir decisiones administrativas, respecto de las cuales el interesado no invocó oportunamente las acciones judiciales pertinentes, pues este mecanismo no resulta ser un medio para que las partes de un proceso ordinario puedan revivir términos precluidos. Así mismo, es improcedente su ejercicio, con el fin de someter nuevamente ante la administración, asuntos frente a los cuales se ha producido el agotamiento de la vía gubernativa.^[239]

Pese a lo anteriormente señalado, la Corte Constitucional, reconoce que, no obstante la existencia de otro mecanismo de protección del derecho fundamental, en algunos eventos, de carácter ciertamente excepcional, resulta necesario conceder el amparo, para así evitar un perjuicio que solo podría ser contrarrestado por una decisión judicial^[240]. En relación con ésta situación, la Corporación mencionada, ha establecido algunos requisitos para que proceda la tutela contra actos administrativos, los cuales son:

“(1) Que se produzca de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental; (2) que de ocurrir no exista forma de reparar el daño producido al mismo; (3) que su ocurrencia sea inminente; (4) que resulte urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en la que se encuentra; y, (5) que la gravedad

de los hechos, sea de tal magnitud que haga evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales.”²⁴¹¹

De las consideraciones anotadas se deduce que la tutela como mecanismo transitorio en asuntos Contencioso Administrativos, es utilizada en mayor medida respecto de actos administrativos; de otra parte, se reitera, que en criterio de la Corte Constitucional, por regla general, tal uso resulta improcedente, sin embargo, en casos excepcionales, cuando se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable, el juez ha de conceder la protección, tomando las decisiones correspondiente, las cuales estarán vigentes mientras la jurisdicción competente decide sobre el mismo de manera definitiva, bajo la condición de que la respectiva demanda se instaure en el término que el fallo de tutela disponga, que normalmente es de cuatro (4) meses, siguiendo las previsiones contenidas en el decreto que reglamenta la acción de tutela.

3.3. El agotamiento de la conciliación extrajudicial en asuntos contencioso administrativos como requisito de procedibilidad en los casos de tutela transitoria.

Como se puede constatar en el cuadro presentado en el numeral anterior, en atención a los establecido en el artículo 8° del Decreto 2591 de 1991, el juez de tutela al concederla como mecanismo transitorio, en la parte resolutive de la sentencia impone al accionante la carga de ejercer la acción pertinente ante la jurisdicción competente, dentro del plazo perentorio de 4 meses contados a partir de la notificación de fallo de tutela, so pena de que cesen inmediatamente los efectos transitorios de la sentencia, los cuales se prologarán hasta que la autoridad competente decida de fondo el asunto.

Sobre este aspecto, la Corte Constitucional, ha precisado, que

“[E]se término sólo se interrumpe con la presentación de la demanda a partir de la cual se inicie el proceso ordinario, que no es otro que el medio judicial idóneo para la protección de los derechos en juego (art. 86 C.P.).

Ahora bien, no se trata de presentar una demanda por cualquier motivo, ni de dar principio a cualquier clase de proceso, así sea entre las mismas partes que lo han sido dentro del proceso de tutela. Si ello se aceptara, para asegurar la permanencia de la tutela otorgada sería suficiente plantear un litigio, fundado o no, y en cualquier campo, a la parte contraria en el proceso de tutela, y

con independencia de su relación con los derechos fundamentales allí amparados.

La Corte Constitucional entiende, y así interpreta el artículo 8 del Decreto 2591 de 1991, que el término en él indicado únicamente se interrumpe si la acción ordinaria instaurada activa un proceso en el que se controvierta el mismo asunto y los mismos hechos que fueron objeto del examen adelantando por el juez de tutela y que, según el juicio de éste, deberían esperar la resolución del juez competente, por lo cual la protección que dispensó respecto de ellos solamente fue transitoria.”^[242]

De conformidad con lo anterior, para que los efectos de la tutela como mecanismo transitorio permanezcan vigentes hasta la finalización del proceso ordinario o contencioso administrativo respectivo, el accionante debe ejercer dentro del término de cuatro meses la acción correspondiente, pues esta es la única circunstancia, que, en criterio de la Corte Constitucional, tiene la aptitud de interrumpir el término en cuestión.

Tratándose de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el accionante debe percatarse de la actual exigencia relacionada con la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, la cual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 1285 de 2009, “*siempre constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo*”. Esto resulta ser trascendental, para los intereses del actor a quien se le concedió la tutela como mecanismo transitorio, pues como se señaló anteriormente, el juez, en atención al artículo 8° del Decreto 22591 de 1991, le impone al demandante la carga de ejercer dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación del fallo, la acción pertinente, so pena de que los efectos de la sentencia de amparo cesen de inmediato. Por lo tanto, para que se pueda dar cumplimiento a la carga impuesta, el actor debe agotar los requisitos de procedibilidad legalmente establecidos, es decir, debe agotar la vía gubernativa, la conciliación extrajudicial o ambos dependiendo de la acción a ejercer.

Para el caso en el que se deba cumplir con la conciliación extrajudicial como requisito para acceder a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se debe tener en cuenta que la presentación de la solicitud de conciliación no tiene la virtualidad de suspender el término perentorio de 4 meses para ejercer la acción correspondiente, en razón a los siguientes motivos:

i) En atención a lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley 640 de 2001, los únicos eventos que se encuentran exentos de cumplir con la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, pese a tratarse de asuntos conciliables, son aquellos en los que no se conozca el domicilio del demandado o cuando en la demanda se solicite el decreto y práctica de

medidas cautelares, por ende, en estos casos se podrá acudir directamente a la jurisdicción. Por lo tanto, al no encontrarse el evento en cuestión entre los anteriores, se hace evidente la necesidad de cumplir con la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad.

ii) De conformidad con lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto 1716 de 2009, la presentación de la solicitud de conciliación suspende el término de caducidad de la respectiva acción, sin embargo, el término de 4 meses para ejercer la acción pertinente, establecido por el artículo 8° del Decreto 2591 de 1991, no corresponde, en rectitud, a un término de caducidad, pues las consecuencias que su incumplimiento comporta, solo se traducen en el cese de los efectos de la sentencia de la tutela transitoria y no en la imposibilidad absoluta de acceder a la jurisdicción, lo que trae como consecuencia que la presentación de la petición de conciliación no tiene la virtualidad de suspender dicho término.

Un ejemplo ayuda a ilustrar lo anterior: si la acción que se interpondría en un caso concreto tuviera un término de caducidad de dos años y a los tres meses de iniciado tal cómputo, un fallo de tutela transitoria le impone al actor la carga de ejercer la respectiva acción contenciosa dentro del término de cuatro meses, se tendría que vencido éste cesan los efectos del amparo transitorio, pero, desde luego, no podría concluirse que ha operado el fenómeno de la caducidad de la acción contenciosa, por lo que el actor podría acudir, posteriormente, a la jurisdicción.

iii) Además, como se dijo, en criterio de la Corte Constitucional, la única actuación que tiene la potencialidad de interrumpir el término mencionado, es la presentación efectiva de la demanda que dé inicio al proceso correspondiente^[243], por lo que, no se puede entender cumplida la exigencia con la simple presentación de la solicitud de conciliación, pues está resulta ser un paso previo de obligatorio cumplimiento para alcanzar la jurisdicción y dar inicio al proceso.

Siendo este el panorama jurídico respecto de la materia bajo análisis, cabe formular una importante recomendación dirigida a quienes se llegaren a encontrar en la posición de actor y beneficiario de tutela como mecanismo transitorio, la cual apunta principalmente a hacer un llamado a la extrema diligencia en el cumplimiento de la carga de ejercer la acción contenciosa dentro de los 4 meses siguientes al fallo de tutela, pues, teniendo en cuenta que se debe cumplir con la conciliación como requisito de procedibilidad en asuntos contencioso administrativos y que sólo la presentación de la demanda interrumpe el término de 4 meses que el amparo transitorio brinda, él accionante deberá dar inicio al procedimiento de la conciliación extrajudicial inmediatamente después de la notificación del fallo de tutela, toda vez que la conciliación puede tardarse hasta tres (3) meses^[244], lo que le dejaría al actor aproximadamente un mes, para preparar y presentar la

demanda ante la jurisdicción, lapso este, que, desde luego, irá disminuyendo entre más se tarde el interesado en presentar la respectiva solicitud de conciliación extrajudicial.

Así mismo, se puede extender otra recomendación, dirigida a los Agentes del Ministerio Público, en el sentido de prestar especial atención a este tipo de asuntos y tratar de ser lo más ágiles y expeditos posible, con el fin de que el requisito de procedibilidad se agote en el menor tiempo y no se vaya a cumplir, en manos de la Procuraduría, el término perentorio de los cuatro (4) meses en el transcurso del procedimiento conciliatorio, pues esto podría comportar la afectación de un derecho fundamental.

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que cuando la sentencia de una acción de tutela como mecanismo transitorio, le imponga al accionante la carga de impetrar alguna de las acciones contenciosas consagradas en los artículos 85, 86 y 87 del C.C.A., dentro de los cuatro (4) meses siguientes al fallo, siempre que el asunto sea conciliable, se deberá cumplir con la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad. Así mismo, se debe tener claro que el mencionado término no se suspende con la presentación de la petición de conciliación, toda vez que no corresponde, en rectitud, a un término de caducidad y, además, la Corte Constitucional ha entendido que aquel término sólo puede ser interrumpido por la presentación de la demanda que de inicio al proceso judicial.

1.9 EFECTOS EN EL TIEMPO

PREGUNTA No. 16
TEMA(S): REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD / EFECTOS EN EL TIEMPO

1.- PREGUNTA.

<i>¿Se aplica el requisito de procedibilidad para hechos ocurridos antes de la expedición de la Ley 1285?</i>

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none"> • Ley 1285, artículo 13.
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none"> • Corte Constitucional, Sentencia C-549 de 1993; • Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 28 de septiembre de 2009.

3.- CONSIDERACIONES.

Para resolver el problema jurídico contenido en la pregunta, se abordarán los siguientes temas *i)* perspectiva jurisprudencial de la irretroactividad en la ley y la seguridad jurídica; *ii)* la aplicación del requisito de procedibilidad previsto en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, referido a la fecha de presentación de la demanda.

3.1. Perspectiva jurisprudencial de la irretroactividad de la ley y la seguridad jurídica.

La Corte Constitucional, en una trascendental providencia^[245] se ocupó in extenso del principio de irretroactividad de la ley, en los siguientes términos:

“Desde los canonistas antiguos -V. gr. Pedro Lombardo-, se consideraba que, para que una ley fuese retroactiva, debía tener unas razones muy especiales que ameritaran tal efecto extraordinario. Los estudiosos del derecho canónico estimaban la irretroactividad como derecho divino, al paso que la retroactividad era de derecho humano.

La irretroactividad nace en el derecho romano y se extiende luego por el mundo, convirtiéndose en un principio de aplicación de la ley aceptado universalmente; es decir, válido en todos los tiempos y en todos los lugares.

Hay que plantearse unas interrogantes acerca de la irretroactividad de la ley: en primer lugar, cuál es su fundamento; en segundo lugar, cuál es su finalidad. Así puede darse un concepto nítido sobre la naturaleza jurídica del principio de irretroactividad.

Fundamento de la irretroactividad

El fundamento es la base sobre la cual se asienta o estriba una realidad, y cuando se pregunta cuál es la base que funda la realidad jurídica del principio de irretroactividad, se observa que es la necesidad de dar estabilidad al ordenamiento jurídico. Porque sin el mencionado principio se presentan confusiones sobre la oportunidad de regulación, de suerte que en muchas ocasiones con

una conveniencia presente se regulaba una situación pasada, que resultaba exorbitante al sentido de la justicia, por falta de adecuación entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica.

“En general -escribe Valencia Zea-, el efecto retroactivo está prohibido por razones de orden público. Las personas tienen confianza en la ley vigente, y conforme a ella celebran sus transacciones y cumplen sus deberes jurídicos. Dar efecto retroactivo a una ley equivale a destruir la confianza y seguridad que se tiene en las normas jurídicas. Además especialmente cuando se trata de la reglamentación de toda una institución jurídica, existe verdadera imposibilidad para regular el efecto retroactivo”^[246].

El tiempo, dimensión necesaria para el entendimiento humano, determina siempre, directa o indirectamente, el sentido de la oportunidad normativa. Igualmente, la seguridad jurídica es requisito para la configuración del orden público.

Si no hay una estabilidad en cuanto a la consecuencia jurídica, obviamente no pueden los destinatarios de la ley estar gozando del derecho a la seguridad. La incertidumbre ante la actuación del Estado impide la seguridad debida a cada uno de los asociados. Si la ley modifica situaciones jurídicas definidas por el mismo legislador, sin una finalidad de favorabilidad, por ejemplo, incurre, no sólo en una contradicción, sino en el desconocimiento del derecho adquirido y legítimamente constituido. La consecuencia, entonces, es que la actividad del legislador estatal deja de cumplir con una finalidad esencial a su razón de ser: la seguridad y tranquilidad de los asociados...

La finalidad de la irretroactividad

Es el sentido teleológico del principio, es decir, el para qué existe. La respuesta es para dar seguridad al ordenamiento jurídico. Al respecto son pertinentes las anotaciones que trae Juan José Soler en la Enciclopedia Jurídica Omeba: “La irretroactividad de la ley es una medida técnica escogida para dar seguridad al ordenamiento jurídico. Su zona ontológica no está, pues, en la filosofía jurídica sino en la jurisprudencia o ciencia del derecho (...). La irretroactividad es dentro de la técnica jurídica, un principio de aplicación más que de interpretación previa. La interpretación y la aplicación son operaciones de tracto sucesivo (...). Un error corriente que conviene disipar, es el de considerar a la irretroactividad como un principio que solo sirve al interés privado. Esto explica su inclusión en casi todas las constituciones del mundo entre las garantías y derechos individuales. Pero sin negar su importancia en el Derecho Privado, resalta su trascendencia en el derecho público. Sirve al individuo pero también a la colectividad, acaso en mayor

grado, porque tiende a dar firmeza al ordenamiento jurídico, que es de carácter social.

“La irretroactividad es un principio que reza con la relación jurídica, la cual es siempre intersubjetiva. De donde resulta un pleonasma, decir que a la ley no hay que darle efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, como se lee en el derecho mexicano, porque los beneficios o perjuicios de una retroacción, recaen exclusivamente sobre las personas, que son los sujetos activos y pasivos en todo negocio jurídico, y nunca sobre las cosas.

“La irretroactividad puede estar consignada en la ley fundamental o en las leyes ordinarias. En el primer caso se dice que es constitucional, y, en el segundo, meramente legislativa. La diferencia salta a la vista. En la irretroactividad constitucional, las restricciones, si las hay, son permanentes -dura lo que dura la ley fundamental- en tanto que en la irretroactividad legislativa, las condiciones son variables y quedan sometidas al libre criterio del legislador”^[247].

La naturaleza jurídica del principio de irretroactividad es la premisa según la cual, en la generalidad de las circunstancias se prohíbe, con base en la preservación del orden público y con la finalidad de plasmar la seguridad y estabilidad jurídicas, que una ley tenga efectos con anterioridad a su vigencia, salvo circunstancias especiales que favorezcan, tanto al destinatario de la norma como a la consecución del bien común, de manera concurrente.”

3.2. La aplicación del requisito de procedibilidad previsto en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, referido a la presentación de la demanda.

El artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, por la cual se modificó la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, previó que *“A partir de la vigencia de esta ley, cuando los asuntos sean conciliables, siempre constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan, el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial.”*

La Ley 1285 fue publicada en el Diario Oficial No. 47.240 del 22 de enero de 2009, por lo que, de conformidad con lo dispuesto en su artículo 28, entró a regir a partir de dicha fecha. En consecuencia, las demandas que en ejercicio de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del C.C.A., se presenten ante la Jurisdicción ContenciosoAdministrativa a partir del 22 de enero de 2009, deben cumplir con el referido requisito de procedibilidad, so pena de rechazo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 640^[248].

Debe advertirse que respecto de las demandas **presentadas** con anterioridad a la entrada en vigencia de la nueva ley no es necesario agotar el requisito de procedibilidad en comento, aunque no se haya dictado el correspondiente auto admisorio. En efecto, de una parte, el artículo 28 de la Ley 1285 prevé en relación con su vigencia: “[l]a presente ley rige a partir de su promulgación”, por lo que, ante la disposición expresa, no puede inferirse ningún tipo de retroactividad de sus efectos, máxime cuando el mismo artículo 13 estableció el requisito sólo “[a] partir de la vigencia de esta ley”.

De otro lado, debe tenerse en cuenta que el referido artículo 13 al consagrar un requisito de procedibilidad para el ejercicio de determinadas acciones contenciosas, contiene una norma de carácter procesal. En consecuencia, resulta plenamente aplicable lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, en los siguientes términos:

*“Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios **prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.** Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”.*

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha señalado que el transcrito artículo 40 “*prescribe el efecto general inmediato de la de las leyes procesales (...) el legislador ha desarrollado una reglamentación general sobre el efecto de las leyes en el tiempo, contenida en la Ley 153 de 1887, según la cual en principio las leyes rigen hacia el futuro, **pero pueden tener efecto inmediato sobre situaciones jurídicas en curso. Tal es el caso de las leyes procesales, pues ellas regulan actuaciones que en sí mismas no constituyen derechos adquiridos, sino formas para reclamar aquellos**”.*^[249]

De todo lo anterior se concluye, que siendo actualmente el requisito de procedibilidad relacionado con la conciliación extrajudicial, un presupuesto procesal para el ejercicio de las acciones consagrados en los artículos 85, 86 y 87 del C.C.A., debe verificarse antes de la presentación de la respectiva demandada y, por tanto, por disposición expresa de la Ley 1285 -en sus artículos 13 y 28- y por tratarse de una norma de carácter procesal, solamente entró a regir a partir de su promulgación, por lo que respecto de las demandas instauradas con anterioridad al 22 de enero de 2009, dicho requisito no resulta exigible -háyase o no admitido la demanda- toda vez que la norma que ahora lo consagra no había entrado a regir.

Sin embargo, resulta de la mayor relevancia poner de presente que respecto de toda demanda que se hubiese presentado con posterioridad al 22 de enero de 2009, en ejercicio de cualquiera de las acciones señaladas, debe

haberse agotado previamente la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, pues el factor jurídicamente relevante es la fecha de presentación de la demanda y no la ocurrencia de los hechos que dan origen a la misma.

En consecuencia, aunque los hechos respectivos resulten ser anteriores al 22 de enero de 2009, si la demanda se presenta con posterioridad a ésta fecha, habrá de cumplirse el requisito, sin que, desde luego esto pueda ser interpretado como aplicación retroactiva de la Ley 1285, pues, se reitera, el punto de referencia no está relacionado con la *causa petendi* sino con la presentación de la demanda, por lo que, como se dijo, aquí sí en aplicación del señalado principio de irretroactividad, mal podría pensarse que las demandas presentadas antes de la vigencia de la Ley 1285 de 2009 tuviesen que haber cumplido un requisito que para la época de la presentación no se encontraba vigente.

Igualmente, resulta importante señalar que la fecha, posterior, de entrada en vigencia del Decreto Reglamentario 1716 de 1009, en nada modifica lo anteriormente expuesto.

Sobre el particular, en el mismo sentido, en reciente providencia, el Consejo de Estado sostuvo:

“Ahora bien, sobre la aplicación en el tiempo de la Ley 1285 de 2009, debe indicarse que tal situación no tiene discusión, en tanto ella rige a partir del momento de su promulgación, conforme lo indica expresamente el artículo 28 de dicha preceptiva.

*Asimismo, en concordancia con los artículos 11 y 12 del Código Civil, la ley es obligatoria y surte sus efectos desde el día en que ella misma los designa, y en todo caso, después de su promulgación, entendiéndolo **promulgación** como el evento de inserción y publicación en el Diario Oficial de la Nación, fecha que para el caso de la Ley 1285 de 2009, ocurrió el 22 de enero de 2009 en el Diario Oficial No. 47.240.*

Ahora bien, el actor diferencia dos momentos en su opinión cruciales para determinar la entrada en vigencia de la Ley 1285: el de la fecha de su entrada en vigencia que, se repite, fue el 22 de enero de 2009, y el de la expedición de su reglamento, el Decreto 1716 de 2009, el 14 de mayo de 2009, fecha de su publicación en el Diario Oficial No. 47.349. Afirma que no puede exigirse el pluricitado requisito sin que existiera la reglamentación al respecto.

El decreto reglamentario anteriormente aludido, modifica, deroga e introduce normas para la conciliación extrajudicial en materia

contencioso administrativa, enlistándose entre sus puntos mas relevantes la consagración de los asuntos sometidos al trámite de la conciliación extrajudicial, la forma de presentación de la solicitud de conciliación, el funcionario competente y el desarrollo y culminación de la audiencia, entre otras disposiciones.

*A pesar de lo anterior, **es claro que la pluricitada Ley 1285 de 2009, no consagró expresamente ningún condicionamiento para empezar a regir**, por consiguiente, debe entenderse que sus disposiciones se hacían exigibles a partir del momento mismo de su entrada en vigencia, el 22 de enero de 2009.*

Así las cosas, dado que la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho fue radicada por la actora el 10 de febrero de 2009 (fls. 4 y 14), era menester acompañar el requisito de la conciliación prejudicial en los términos de la Ley 1285 de 2009, sin que tuviera relevancia la existencia de reglamento alguno. En todo caso, las normas generales sobre conciliación y específicamente aquellas en materia contencioso administrativa (Ley 640 de 2001, Ley 23 de 1991, Decreto 2511 de 1998, entre otras) brindaban para la época, pautas para desplegar el trámite que se echa de menos en el caso de la tutelante.

Con base en los razonamientos expuestos, se concluye que las autoridades judiciales accionadas exigieron el requisito de la conciliación prejudicial para admitir la demanda de nulidad y restablecimiento iniciada por la tutelante, con apego a la norma vigente; razón por la cual no se vislumbra vulneración alguna de los derechos invocados, situación que impone a la Sala denegar su amparo constitucional.”^[250]

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que para las demandas interpuestas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1285 del 2009, no es obligatorio agotar el requisito de procedibilidad ya que la norma en mención no había cobrado vigencia. Por el contrario, si se presenta demanda a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1285 de 2009, debe agotarse el requisito de procedibilidad aunque se refiera a hechos ocurridos con anterioridad, ya que la obligatoriedad del mismo se encuentra determinada por el momento de interposición de la demanda y no por la perspectiva fáctica de la *causa petendi*.

1.10 TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO

PREGUNTA No. 17

TEMA(S): TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO

1.- PREGUNTA.

¿Es jurídicamente necesario surtir la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para convocar un Tribunal de Arbitramento?

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• Constitución Política, artículos 116 y 229;• Ley 1285, art. 13.• Decreto 1716 de 2009, artículo 2°, parágrafo 5°.
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none">• Corte Constitucional, Sentencia C-1195 de 2001;• Corte Constitucional, Sentencia C-1038 de 2002;

3.- CONSIDERACIONES.^[251]

El artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, norma que consagró la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en materia contencioso administrativa, se transcribe a continuación, tal como quedó después de que la Corte Constitucional al realizar el examen previo de constitucionalidad, declarara exequible el inciso primero e inconstitucional el inciso segundo del artículo 13 del proyecto de Ley Estatutaria No 023/06 Senado - 286/07 Cámara, mediante la Sentencia C- 713 de 2008:

“Artículo 13.- Apruébase como artículo nuevo de la Ley 270 de 1996 el siguiente: **“Artículo 42A. Conciliación judicial y extrajudicial en materia contencioso-administrativa.** A partir de la vigencia de esta ley, cuando los asuntos sean conciliables, siempre constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan, el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial.”

La norma transcrita ha generado serias dudas acerca de la aplicación, o no, del requisito de procedibilidad para efectos de convocar tribunales de arbitramento cuando es parte una entidad estatal, en la medida en que, de una parte, aunque no contiene disposición expresa al efecto, utiliza la expresión “*siempre*” y, de otro lado, se refiere a las acciones previstas en los artículos 86 y 87 del C.C.A., las cuales pueden ejercerse ante los tribunales de arbitramento.

El criterio que se pretende demostrar es aquel según el cual el requisito de procedibilidad consagrado en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, no resulta jurídicamente aplicable cuando se acude a tribunales de arbitramento, aunque por lo menos una de las partes sea entidad estatal, por las razones que a continuación se exponen.

3.1. La conciliación extrajudicial constituye requisito de procedibilidad para acceder a la Jurisdicción Contencioso Administrativa pero no para acudir al arbitramento.

El derecho de acceso a la Administración de Justicia comporta, de una parte, la posibilidad de que cualquier persona solicite la protección de sus derechos ante los jueces o tribunales de la respectiva jurisdicción, y, de otro lado, por expresa autorización del artículo 116 constitucional, la posibilidad de resolver las controversias a través de mecanismos alternativos diseñados para el efecto, como la conciliación y el arbitraje^[252].

Al respecto, la Corte Constitucional ha sostenido que “*un razonable diseño normativo que promueva la intervención de los particulares en la resolución pacífica y negociada de los conflictos jurídicos, no puede desplazar de manera definitiva a la justicia estatal formal, ni puede constituirse tampoco en un obstáculo que impida el acceso a ella. La armonización de los principios contenidos en los artículos 116 y 229 de la Carta, exige que tales mecanismos complementen al aparato judicial.*”^[253]

En virtud de lo anterior, se autoriza el desplazamiento transitorio de la justicia formal estatal por acuerdo de voluntad entre las partes, lo que constituye la columna vertebral de la figura jurídica del arbitramento. En efecto, el inciso cuarto del artículo 116 superior, consagra *la habilitación o voluntariedad de las partes*, como principio fundante en materia arbitral, en consecuencia, si no existe habilitación, no puede existir arbitramento. Ello explica la razón por la cual solamente los asuntos de naturaleza transigible puedan ser sometidos al conocimiento de un tribunal de arbitramento.

Sobre el particular, la jurisprudencia constitucional ha destacado que:

“El arbitramento constituye un mecanismo jurídico “en virtud del cual las partes en conflicto deciden someter sus diferencias a la decisión de un tercero, aceptando anticipadamente sujetarse a lo que allí se adopte”^[254]. De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, sus características centrales son las siguientes^[255]:

(i) Es un mecanismo **alternativo de solución de conflictos** autorizado por la Constitución (art.116 CP), a través del cual, previa autorización del Legislador, las partes pueden investir a los particulares de la función de administrar justicia.

(ii) Se rige por el principio de **voluntariedad o libre habilitación** (art.116 CP), lo cual supone que “tiene que partir de la base de que es la voluntad de las partes en conflicto, potencial o actual, la que habilita a los árbitros para actuar”^[256]. De esta manera, “la voluntad de las partes activa tanto la jurisdicción arbitral como las competencias y atribuciones de las personas que obrarán como árbitros”^[257]. No obstante, la jurisprudencia ha advertido que “si bien el acceso a la justicia arbitral es voluntario, la función de administración de justicia por árbitros deberá desarrollarse ‘en los términos que determine la ley’ (C.P. art. 116)”^[258].

(iii) Es un mecanismo de carácter **temporal** (art.116 CP), porque su existencia se da solamente para la resolución del caso específico sometido a consideración de los árbitros. En palabras de la Corte, “no es concebible que el ejercicio de la jurisdicción, como función estatal, se desplace de manera permanente y general a los árbitros y conciliadores (C.P. art. 113)”^[259].

(iv) Es **excepcional**, pues así lo establece expresamente el artículo 116 de la Carta. Sin embargo, más allá del argumento normativo, esta característica se explica si se tiene en cuenta que “existen bienes jurídicos cuya disposición no puede dejarse al arbitrio de un particular, así haya sido voluntariamente designado por las partes enfrentadas”^[260].

(v) Es una institución de orden **procesal**, lo cual significa que el arbitramento “garantiza los derechos de las partes enfrentadas disponiendo de una serie de etapas y oportunidades para la discusión de los argumentos, la valoración de las pruebas aportadas y, aún, la propia revisión de los pronunciamientos hechos por los árbitros”^[261].^[262]

Debe destacarse que las normas que establecían la llamada etapa prearbitral, etapa en la cual debía surtirse una audiencia de conciliación

ante el centro de arbitraje acordado, fueron declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-1038 de 2002, dado que dichos centros carecían de la habilitación por las partes y, en consecuencia, siempre habrá de surtirse ante el respectivo tribunal una audiencia de conciliación propia, obligatoria y con participación activa del respectivo agente del Ministerio Público.

De otra parte, resulta un contrasentido, que siendo voluntad de las partes, por autorización del constituyente contenida en el artículo 116 del Estatuto Superior, desplazar transitoriamente la justicia formal estatal, ellas deban acudir a otro mecanismo alternativo de solución de conflictos, la conciliación extrajudicial y en caso de lograrse acuerdo someterlo a la aprobación del juez o tribunal administrativo.

Resulta entonces evidente que en relación con controversias respecto de las cuales se haya pactado cláusula compromisoria o compromiso arbitral, no opera la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, toda vez que en virtud de un acuerdo de voluntades las partes se comprometen a no acudir a la justicia estatal formal, acuerdo éste que debe ser respetado por ellas, en virtud del principio "*pacta sunt servanda*", y por el legislador, de conformidad con disposición de la propia Constitución Política.

3.2. La interpretación del artículo 13 de la ley 1285 de 2009 ha de ser restrictiva por cuanto la norma interviene el Derecho Fundamental al acceso a la Administración de Justicia.

El requisito de procedibilidad consagrado en el artículo 13 de la Ley 1285, constituye una limitación temporal al derecho constitucional fundamental de acceso a la Administración de Justicia.

Por tal razón, su interpretación ha de ser de carácter restrictivo y, en consecuencia, como quiera que dicha disposición no hace referencia expresa al arbitramento, sus efectos no pueden extenderse analógicamente a este mecanismo alternativo de solución de conflictos, máxime si, como se dijo, su aplicación resultaría contraria a la finalidad de la figura.

3.3. La finalidad del legislador al expedir la Ley 1285 de 2009 fue descongestionar la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no los tribunales de arbitramento.

En la exposición de motivos del proyecto de ley que presentó el Gobierno al Congreso para modificar la Ley Estatutaria de Administración de Justicia y en su mismo título, se observa claramente que su finalidad primordial

apuntaba a superar la congestión judicial y a propiciar la eficacia y celeridad del aparato estatal encargado de administrar justicia.

La justificación del proyecto de ley se centró en la importancia que tiene para la democracia la materialización de los derechos y en las estadísticas que demostraban el alarmante atraso de la Rama Judicial:

“El servicio que presta la Administración de Justicia es de invaluable trascendencia para la democracia como mecanismo para la materialización de los derechos, la solución de controversias y la eficacia del ordenamiento jurídico, de tal forma que el atraso y la congestión del aparato judicial no sólo impide que se imparta pronta y cumplida justicia, sino que cercena de manera grave la confianza de la sociedad en la propia legitimidad de las instituciones estatales.

Para el Gobierno Nacional ha sido un cometido de especial empeño posibilitar la formulación e implementación de acciones dirigidas a superar la congestión judicial, la adopción de reformas legales y procedimientos ágiles y expeditos y la coordinación de esfuerzos para la búsqueda de alternativas razonables para el mejoramiento de las condiciones del aparato judicial que se reflejen en una respuesta oportuna a la demanda ciudadana.

Las cifras sobre congestión y atraso judicial conocidas a finales de 2003 dimensionaron el carácter estructural del problema, mostrando un inventario histórico rezagado de 2.768.921 procesos (sin incluir Fiscalía General de la Nación ni Altas Cortes) en todas las jurisdicciones, de los cuales sólo 1.974.258 tuvieron trámite, en tanto que 794.663 (29%) permanecieron inactivos (causas de naturaleza legal o imputables a las partes).

En la jurisdicción ordinaria, de la carga total (inventario de procesos represado) de 2.566.032 asuntos registrados en el año 2003, que correspondían en tal fecha al 92.67% de la carga global de la Rama Judicial, 1.771.369 equivalentes al 69% tuvieron trámite, en tanto que 794.663 estuvieron inactivos, esto es, el 31%. En la contencioso administrativa, la carga total de 164.205 asuntos registrados en el año 2003 corresponden al 5.93% de la carga global de la Rama Judicial, y en la disciplinaria, la carga total de 38.684 asuntos registrados en el año 2003, que corresponden al 1.40% de la carga global de la Rama Judicial.”

3.4. Ubicación del artículo 13 de la Ley 1285 de 2009 dentro del capítulo de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia que se ocupa de la regulación de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

El artículo 13 de la Ley 1285 de 2009 introdujo un artículo nuevo, el 42A, a la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, 270 de 1996, artículo

que, desde luego, ha de ubicarse a continuación del 42 el cual, a su vez, se encuentra dentro del Capítulo III, bajo el título “*De los órganos de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo*”.

Por lo anterior debe entenderse que el requisito de procedibilidad que el nuevo artículo consagró, resulta aplicable exclusivamente al ejercicio de las acciones contenidas en los artículos 85, 86 y 87 del C.C.A., en cuanto su ejercicio se verifique ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa y no, desde luego, ante los tribunales de arbitramento.

3.5. Disposición expresa del Decreto 1716 de 2009 sobre la materia.

Aunque los argumentos expuestos resultan suficientes para concluir que la conciliación extrajudicial no resulta ser un requisito de procedibilidad para convocar tribunales de arbitramento, debe tenerse en cuenta, además, que el Decreto 1716 del 14 de mayo de 2009, estableció de manera expresa, en el parágrafo 5° de su artículo 2°, que:

“El agotamiento de la conciliación como requisito de procedibilidad, no será necesario para efectos de acudir ante tribunales de arbitramento encargados de resolver controversias derivadas de contratos estatales, cuyo trámite se regula por lo dispuesto en el artículo 121 de la Ley 446 de 1998.”

Esta disposición pone fin a las dudas que se presentaban y encuentra justificación jurídica en los argumentos precedentes, advirtiendo, que mediante Sentencia C-1038 de 2002, la Corte Constitucional declaró INEXEQUIBLE la expresión “*Previo a la instalación del tribunal de arbitramento*” y el parágrafo del artículo 121 de la Ley 446 de 1998, al que hace referencia la norma transcrita; el resto del artículo 121 de la Ley 446 de 1998 fue declarado EXEQUIBLE, “*en el entendido que corresponde realizar este trámite inicial al tribunal arbitral, después de su instalación*”.

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que el requisito de procedibilidad consagrado en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, no resulta jurídicamente procedente cuando se trata de convocar tribunales de arbitramento, en cuyo trámite se surte, por expresa disposición legal una audiencia de conciliación obligatoria con participación del respectivo agente del Ministerio Público.

2.1.3 Rechazo de la Demanda

PREGUNTA No. 18

TEMA(S): REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD/RECHAZO DE LA DEMANDA

1.- PREGUNTA.

<i>¿Cuál es la consecuencia de presentar una demanda sin haber agotado la conciliación extrajudicial en tanto requisito de procedibilidad?</i>
--

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• Código Contencioso Administrativo, artículos 136 y 143;• Código de Procedimiento Civil, artículo 148;• Ley 640 del 2001, artículo 36.
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none">• Consejo de Estado, <i>Exp. 14384 Providencia del 16 de agosto del 2007.</i>
Marco Doctrinario	<ul style="list-style-type: none">• Juan Ángel Palacio Hincapié, <i>Derecho Procesal Administrativo.</i>

3.- CONSIDERACIONES.

La doctrina ha señalado que las causales para rechazar una demanda son^[263]:

1. *“Cuando la demanda ha sido inadmitida y dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto respectivo, no se corrigieron las faltas observadas por el juez.*
2. *Al prosperar la excepción previa de falta de requisitos formales de la demanda y al no corregir el demandante las fallas observadas en el término de los tres días siguientes al de la notificación del auto. (...)*
3. *Que el juez carezca de jurisdicción. (...)*
4. *Que el juez no tenga competencia.*

5. *Cuando un proceso tenga término de caducidad para iniciarlo y aparezca claramente que ya está vencido ese término.*”

El artículo 143 del C.C.A., modificado por los artículos 26 del Decreto 2304 de 1989 y 45 de la Ley 446 de 1998, dispone que “En caso de falta de jurisdicción o de competencia mediante decisión motivada el juez ordenará remitir el expediente al competente, a la mayor brevedad posible^[264]”. Luego de conformidad con el precepto transcrito, en caso de falta de jurisdicción o de competencia, en la práctica no se rechaza la demanda sino que se envía el proceso a quien deba conocer de él.

De otra parte, en el campo contencioso administrativo hay dos causales adicionales a las señaladas para rechazar la demanda: (i) la falta de agotamiento de la vía gubernativa, que opera en los eventos descritos en el artículo 63 del C.C.A. y que constituye un presupuesto insalvable de la acción y (ii) el no agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad.

En síntesis, en materia contencioso administrativa la demanda se rechaza por las siguientes causales:

- 1.- Cuando está caducada la acción.
- 2.- Cuando no se corrigió en el término de 5 días previsto en el artículo 143 del C.C.A..
- 3.- Cuando no se agotó la vía gubernativa.
- 4.- Cuando no se agotó el trámite conciliatorio^[265].

Ahora bien, cuando se presenta una demanda ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa sin haberse agotado previamente el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial, ha de ser rechazada de plano, conforme lo establece el artículo 36 de la Ley 640 del 2001, en los siguientes términos:

“RECHAZO DE LA DEMANDA. *La ausencia del requisito de procedibilidad de que trata esta ley, dará lugar al rechazo de plano de la demanda.”*

La consecuencia jurídica determinada por la ley no podía ser diferente, toda vez que se trata de eventos en los cuales se no se ha dado cumplimiento a un requisito de procedibilidad^[266] establecido por la ley, esto es un presupuesto procesal para tener acceso a la Administración de Justicia.

La norma en comento fue declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-1195 de 2005, providencia en la que sostuvo la Corporación:

*“Los artículos acusados establecen la audiencia de conciliación como un procedimiento que debe agotarse antes de acudir a las jurisdicciones civil, contencioso administrativa y de familia. La prejudicialidad de dicho mecanismo consiste en que **la demanda presentada ante los jueces competentes es rechazada de plano, si con anterioridad no se ha celebrado la audiencia de conciliación que hace posible, mas no obligatoria, la solución anticipada del conflicto.**”*

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que cuando se presenta una demanda sin haber agotado el requisito de procedibilidad, se deberá rechazar de plano por parte del juez o tribunal administrativo, sin embargo, si no ha caducado la acción pertinente, se podrá presentar la solicitud de conciliación ante la Procuraduría General de la Nación para agotar debidamente el requisito de procedibilidad.

1.3.4 Inobservancia.

PREGUNTA No. 19

TEMA(S): REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD.
--

1.- PREGUNTA.

<i>¿La tramitación de un proceso judicial sin haberse agotado el requisito de procedibilidad constituye causal de nulidad procesal?</i>
--

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	
------------------------	--

- | | |
|--|---|
| | <ul style="list-style-type: none">• Código de Procedimiento Civil, artículo 140 numeral 2º;• Ley 640 de 2001, artículo 36. |
|--|---|

3.- CONSIDERACIONES.

Al encontrarse configurada la conciliación extrajudicial como un requisito de procedibilidad para acceder a la Administración de Justicia, el juez administrativo no resulta ser funcionalmente competente para avocar el conocimiento de un proceso si no se ha cumplido con el mencionado requisito previo y, en consecuencia, tal como se dijo en la respuesta anterior, de llegarse a presentar demanda el juez ha de proceder a rechazarla.

Consecuente con lo anterior, en aquellos casos en los cuales, de manera inadvertida, se admitió la demanda y, posteriormente, continuó el trámite del proceso contencioso sin que en su momento se hubiera agotado la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, la falta de competencia en la cual está incurso el juez, toda vez que, se reitera, no se encontraba habilitado el acceso a la Administración de Justicia, comporta configuración de la correspondiente causal de nulidad procesal.

En efecto, el artículo 165 del C.C.A., establece que las causales de nulidad procesal previstas en el Código de Procedimiento Civil resultan plenamente aplicables en asuntos Contencioso Administrativos. En este sentido el artículo 140-2 del C.P.C., ordena que *“El proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos: (...) 2. Cuando el juez carece de competencia. (...)”*

Lo anterior, tiene como consecuencia la nulidad de todo lo actuado, desde el mismo auto mediante el cual se admitió la demanda, para, en su lugar proceder a rechazarla, tal como lo establece el artículo 36 de la Ley 640.

De otra parte, ha de destacarse que la circunstancia de adelantar un proceso incurso en esta causal de nulidad, implica un vicio de carácter insaneable. Efectivamente, el artículo 144 del C. P. C., prevé algunos eventos en los cuales la correspondiente nulidad se considera saneada, sin embargo, a renglón seguido señala expresamente que *“No podrán sanearse las nulidades de que tratan las nulidades (sic) 3 y 4 del artículo 140, ni la proveniente de falta de jurisdicción o de **competencia funcional.**”*

Cuando el juez haya admitido la demanda y el demandado hubiere vislumbrado que no se agotó la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, tendrá la oportunidad de interponer el recurso de reposición^[267] contra el auto admisorio de la demanda con el fin de que dicha providencia se revoque, para que, en su lugar, se rechace la demanda. Sin embargo, si no ha operado para entonces el correspondiente término de caducidad, puede el interesado presentar la correspondiente solicitud de

conciliación extrajudicial, poniendo, en todo caso, de presente en la solicitud que aunque ya había interpuesto demanda, ésta finalmente fue rechazada.

Una vez trabada la litis, el accionado podrá proponer la excepción de falta de agotamiento del requisito de procedibilidad, la cual será resuelta en la sentencia definitiva, tal como se consagra en el artículo 164 del C.C.A., norma según la cual *“en la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquier otra que el fallador encuentre probada.”*

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que la tramitación de un proceso Contencioso Administrativo sin que se hubiere agotado la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, comporta la configuración de causal de nulidad procesal de carácter insaneable.

2.1.7 No caducidad.

PREGUNTAS No. 20 y 21

TEMA(S): CADUCIDAD

1.- PREGUNTA.

Ante la solicitud de conciliación de un asunto conciliable en el cual claramente ha operado la caducidad de la acción que se interpondría ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ¿qué debe hacer el agente del Ministerio Público?

¿Qué debe hacer el Agente del Ministerio Público cuando tenga dudas acerca de la operancia del fenómeno de la caducidad de la acción en una solicitud de conciliación?

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo

- | |
|---|
| <ul style="list-style-type: none">• <i>Constitución Política</i>, artículos 29 y 209; |
|---|

	<ul style="list-style-type: none"> • C.C.A., artículos 1°, 3°, 14, 35; 50, 51, 52, 136 y 267; • Ley 446 de 1998, artículo 81, parágrafo 2°; • Ley 640 de 2001, artículos 2-3 y 21; • Decreto 1716 de 2009, artículos 2°, parágrafo 2° del artículo 6°;
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none"> • Corte Constitucional, Sentencia C-1189 de 2005; • Corte Constitucional, Sentencia T-653 de 2006.

3.- CONSIDERACIONES.

Para resolver el problema jurídico contenido en la pregunta anterior, se abordarán los siguientes temas *i)* no son susceptibles de conciliación extrajudicial en materia contencioso administrativa, los asuntos en los cuales la correspondiente acción haya caducado; *ii)* que sucede si el Agente del Ministerio Público encuentra que claramente ha operado la caducidad, y *iii)* qué pasa si se presentan dudas acerca de la configuración de dicho fenómeno.

3.1. No son susceptibles de conciliación extrajudicial en materia contencioso administrativa, los asuntos en los cuales la correspondiente acción haya caducado.

En la petición de conciliación el convocante debe indicar de manera clara y expresa cual es la acción contencioso administrativa que interpondría en caso de no llegarse a ningún acuerdo conciliatorio.

Tal requisito cobra especial relevancia, si se tiene en consideración que el artículo 81 de la Ley 446 de 1998, en su parágrafo 2°, determina que “[n]o habrá lugar a conciliación cuando la correspondiente acción haya caducado”^[268], puesto que el término de caducidad se encuentra específicamente previsto respecto de cada una de las acciones, con atribuciones propias en cuanto al tiempo, cómputo y momento o circunstancias a partir de las cuales comienza a contabilizarse.

En efecto, de conformidad con lo establecido en el artículo 136 del C.C.A., la regulación de la caducidad respecto de las acciones que resultan de interés para absolver el problema jurídico bajo estudio, es el siguiente:

“2. La de **restablecimiento del derecho** caducará al cabo de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente al de la

publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso. Sin embargo, los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe.

3. La acción sobre los actos presuntos que resuelvan un recurso podrá interponerse en cualquier tiempo

(...) 7. Cuando una persona de derecho público demande su propio acto la caducidad será de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de su expedición.

*8. La de **reparación directa** caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquiera otra causa.*

Sin embargo, el término de caducidad de la acción de reparación directa derivada del delito de desaparición forzada, se contará a partir de la fecha en que aparezca la víctima o en su defecto desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal, sin perjuicio de que tal acción pueda intentarse desde el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la desaparición.

*9. La de **repetición** caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente de la fecha del pago total efectuado por la entidad.*

*10. En las **relativas a contratos**, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.*

En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así:

a) En los de ejecución instantánea, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;

b) En los que no requieran de liquidación, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes, contados desde la terminación del contrato por cualquier causa;

c) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la firma del acta;

d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar;

e) La nulidad absoluta del contrato podrá ser alegada por las partes contratantes, por el Ministerio Público o cualquier persona interesada, dentro de los dos (2) años siguientes a su perfeccionamiento. Si el término de vigencia del contrato fuere superior a dos (2) años, el término de caducidad será igual al de su vigencia, sin que en ningún caso exceda de cinco (5) años, contados a partir de su perfeccionamiento. En ejercicio de esta acción se dará estricto cumplimiento al artículo 22 de la Ley "por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia".

f) La nulidad relativa del contrato, deberá ser alegada por las partes dentro de los dos (2) años, contados a partir de su perfeccionamiento.”

Como puede advertirse, la sola configuración normativa del término de caducidad de las acciones respecto de las cuales opera la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, esto es las acciones consagradas en los artículos 85, 86 y 87 del C.C.A., resulta ser un asunto de la mayor complejidad, sin mencionar que la jurisprudencia y la doctrina aportan criterios interpretativos, en ocasiones encontrados, en relación con determinados asuntos.

Es por ello que el Agente del Ministerio Público ha analizar concienzudamente –como tercero neutral y calificado^[269]–, en cada caso concreto, si ha operado, o no, el fenómeno de la caducidad de la acción que el convocante manifiesta interpondría ante la Jurisdicción Contenciosa en caso de no lograrse acuerdo conciliatorio, teniendo en consideración,

además, que de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de la Ley 640 de 2001, la presentación de la petición de conciliación extrajudicial ante los Agentes del Ministerio Público^[270], suspende el término de caducidad hasta por un término máximo e improrrogable de tres (3) meses.

Al efectuar dicho análisis jurídico, puede suceder que, aunque se trate de un asunto potencialmente conciliable, *i)* el Agente del Ministerio Público encuentre que claramente ha operado la caducidad, o bien que *ii)* tenga dudas acerca de la configuración de dicho fenómeno. En cada caso su respuesta será diferente, como pasa a explicarse.

3.2. Primer evento: el Agente del Ministerio Público encuentra que claramente ha operado la caducidad de la acción contencioso administrativa que se interpondría.

3.2.1. Planteamiento general del asunto y configuración normativa.

Si presentada la petición de conciliación y una vez recibida por el Agente del Ministerio Público competente para adelantar el respectivo procedimiento conciliatorio, éste –como tercero calificado– al realizar el estudio jurídico pertinente, encuentra que, sin lugar a hesitación alguna, ha operado en el caso concreto el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción contenciosa que el convocante manifiesta interpondría en caso de lo lograrse acuerdo conciliatorio, ha de concluir, desde luego, que el asunto no es conciliable, de conformidad con la previsión contenida en el parágrafo 2° del artículo 81 de la Ley 446 de 1998, en concordancia con el parágrafo 1° del artículo 2° del Decreto 1716 de 2009.

En consecuencia, siguiendo lo reglado en el artículo 2-3 de la Ley 640 de 2001, el Agente del Ministerio Público ha de expedir al interesado, dentro de los diez días siguientes a la presentación de la solicitud, constancia en la que se indique la fecha de presentación de la solicitud de conciliación, se precise de manera sucinta el asunto objeto de tal solicitud y se manifieste el motivo por el cual considera que el asunto no resulta jurídicamente conciliable; junto con la constancia habrá de devolver los documentos aportados por el convocante. Debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 21 de la Ley 640 de 2001^[271], la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial suspende el término de caducidad, en este caso, hasta la expedición de la constancia respectiva.

No obstante lo anterior, resulta especialmente importante plantear el asunto relacionado con la protección del Derecho al Debido Proceso Administrativo por parte del Agente del Ministerio Público.

En efecto, si se parte de la actitud racional, seria e informada por parte del apoderado del convocante, como debe ser en cumplimiento de sus deberes profesionales, ha de entenderse que dicho apoderado presenta la solicitud de conciliación bajo la convicción de que el mecanismo alternativo de solución de conflictos es jurídicamente procedente, entre otras razones porque no ha operado, respecto del asunto concreto, la caducidad de la respectiva acción.

Tal convencimiento se encontraría, de manera sorpresiva, con la expedición por parte del procurador judicial, de una constancia según la cual no adelantará el trámite conciliatorio bajo la consideración de que, efectivamente, operó la caducidad, lo que resulta para el convocante desfavorable no sólo por cuanto no se le permite obtener potencialmente los beneficios de la conciliación extrajudicial, sino, además, porque, en caso de persistir en su empeño, habrá de llevarle al juez competente, como anexo de la demanda, el documento en que se hace constar los anterior.

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta oportuno, en primer término, hacer referencia al Derecho al Debido Proceso Administrativo y, posteriormente, presentar una propuesta tendiente a su garantía efectiva.

3.2.2. Derecho Constitucional Fundamental al Debido Proceso Administrativo.

Aunque desde el Código Contencioso Administrativo de 1984 ya se encontraba consagrada como causal de nulidad de los actos administrativos la violación del derecho de audiencia y defensa^[272], al elevarse a rango constitucional el principio en virtud del cual “*el debido proceso se aplicará a toda clase de **actuaciones** judiciales y **administrativas***”^[273], el procedimiento administrativo ahora se estructura, analiza y protege desde la órbita constitucional, de la que se deriva una construcción dogmática que, armonizada con las normas legales preconstitucionales, puede sintetizarse como a continuación se expone.

El Debido Proceso Administrativo, consagrado en el artículo 29 superior, se configura como un Derecho Constitucional Fundamental y puede definirse como “*el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa que guardan relación directa o indirecta entre sí, y cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal. **El objeto de esta garantía superior es procurar el ordenado funcionamiento de la administración, la validez de sus actuaciones, y salvaguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados***”^[274].

De otra parte, la jurisprudencia constitucional ha resaltado que los sistemas universal e interamericano de protección de los derechos humanos, han establecido una multiplicidad de preceptos normativos, los cuales, *“si bien han estado orientados principalmente a proteger todas las garantías inherentes al debido proceso en los juicios penales, **se han hecho extensivos a los procedimientos civiles y administrativos***^[275]. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sentado una jurisprudencia^[276], según la cual, las garantías mínimas establecidas en el numeral 2° del artículo 8° de la Convención se aplican también a los procedimientos de carácter civil **y administrativo** y, por ende, en éstos, los individuos tienen derecho al debido proceso en los términos reconocidos para la materia penal. Ha señalado así el Tribunal Interamericano^[277]: “[c]uando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, **sea administrativa**, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas.” (...) De conformidad con lo anterior, entonces, **el debido proceso tiene un ámbito de aplicación que se extiende a todos los tipos de juicios y procedimientos que conlleven consecuencias para los administrados**, de manera que a éstos se les debe garantizar la totalidad de elementos inherentes a este derecho fundamental.”^[278]

Como consecuencia de lo anterior, el Derecho Fundamental en mención ha de estar presente antes de las decisiones administrativas, especialmente de aquellas que puedan afectar a los administrados, en la decisión misma y con posterioridad a su expedición.

Por tanto, teniendo en consideración, de una parte, el mandato general que el ordenamiento superior irradia, referido a la prevalencia y efectividad de los derechos fundamentales y, de otro lado, el mandato específico que la Carta Política dirige tanto la Procurador General, como a sus delegados y agentes, referido al cumplimiento de la Constitución y la protección de los derechos asegurando su efectividad, se presenta a continuación una propuesta tendiente a la protección del Debido Proceso en el evento a que hace referencia el presente numeral, advirtiendo, que, en todo caso, el agente del Ministerio Público puede acudir a cualquier otra vía que garantice la efectiva protección del mencionado derecho fundamental.

3.2.3. Propuesta tendiente a la garantía efectiva del Derecho Constitucional Fundamental al Debido Proceso Administrativo.

En primer término ha de resaltarse que el artículo 1° del C.C.A., dispone que las normas de la primera parte de dicho cuerpo normativo, se aplican a los órganos, corporaciones y dependencias de las ramas del poder público, *“a la Procuraduría General de la Nación y Ministerio Público”*.

En consideración a lo anterior y en atención a los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución y 3° del C.C.A., en aras a garantizar el Debido Proceso Administrativo, cuando el Agente del Ministerio Público encuentre que el asunto sometido a trámite conciliatorio en su Despacho, podría estar incurso en la causal de no conciliabilidad referente a la caducidad de la respectiva acción, habrá de iniciar la respectiva actuación administrativa, informando para el efecto a convocante y convocado, quienes por estar directamente interesados en las resultados de la decisión^[279], tendrán la oportunidad de presentar sus argumentos, pruebas y de contradecir las obrantes en el expediente administrativo.

Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones^[280] y con base en las pruebas disponibles, el Agente del Ministerio Público tomará la respectiva decisión, la cual deberá ser motivada, al menos en forma sumaria^[281].

En caso de que el Agente del Ministerio Público encuentre que, efectivamente, operó la caducidad de la respectiva acción, ordenará la conclusión del procedimiento conciliatorio, la expedición de la correspondiente constancia, de conformidad con lo previsto en el artículo 2-3 de la Ley 640 y la devolución de los documentos aportados por los interesados.

Contra la decisión anterior, por ser expedida por un Agente del Ministerio Público, solamente procede el recurso de reposición^[282], el cual puede interponerse en los términos y con los requisitos contemplados en los artículos 51 y 52 del C.C.A., respectivamente.

Una vez en firme la decisión, de conformidad con lo previsto en el artículo 62 del C.C.A., se procederá a su ejecución, expidiendo la respectiva constancia y devolviendo los documentos pertinentes.

3.3. Segundo evento: el Agente del Ministerio Público encuentra dudas fundadas acerca de la ocurrencia de la caducidad de la acción Contencioso Administrativa que se interpondría.

Si recibida la petición de conciliación por parte del Agente del Ministerio Público competente para adelantar el respectivo procedimiento conciliatorio, se encontrara que, aunque el asunto -en principio- sería potencialmente conciliable, podría haber operado la caducidad de la acción pertinente, pero que se presentan dudas fundadas por ejemplo sobre los supuestos fácticos correspondientes (cuándo se notificó el acto administrativo, cuándo ocurrió el hecho o la omisión administrativa, cuándo se enteró el convocante que no le cancelarían las prestaciones que realizó sin amparo contractual, etc.), o respecto de la acción a ejercer^[283] o de la normatividad aplicable al caso

concreto (por ejemplo en casos de tránsito de legislación) u originadas en las diferentes interpretaciones que se han dado a un precepto, entre otros, el Agente del Ministerio Público, dejando constancia expresa de lo anterior en el respectivo acto, puede admitir la solicitud y citar a las partes a la audiencia de conciliación, advirtiendo que el relativo a la caducidad será el primer asunto que se tratará en la diligencia.

En el curso de la audiencia, es posible que el Agente del Ministerio Público, con los elementos de juicios que las partes aporten, llegue a la conclusión de que no se está en presencia de la caducidad y, por tanto la diligencia continuará y concluirá con acuerdo o sin acuerdo, según decidan los interesados.

Pero, igualmente es posible que el Agente del Ministerio Público llegue a la conclusión contraria y considere que, efectivamente, operó el fenómeno de la caducidad de la acción, caso en el cual proferirá la respectiva decisión en el curso de la audiencia, contra la cual puede, en la misma diligencia, interponerse verbalmente^[284] el recurso de reposición, el que será resuelto en la audiencia.

Lo anterior, además de garantizar el Debido Proceso, da plena aplicación a lo previsto en el parágrafo 2° del artículo 6° del Decreto 1716 de 2009, norma según la cual, *“[s]i durante el trámite de la audiencia se observare que no es procedente la conciliación, se dejará constancia en el acta, se expedirá la respectiva certificación y se devolverán los documentos aportados a los interesados”*.

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que en cualquiera de los eventos contemplados en las preguntas, el Agente del Ministerio Público, asegurándose de garantizar el Derecho Constitucional Fundamental al Debido Proceso Administrativo, tomará, bien dentro de los diez días siguientes a la presentación de la solicitud, si considera evidente la ocurrencia de la caducidad, o bien en el curso de la audiencia de conciliación, si tenía dudas inicialmente respecto de la ocurrencia de tal fenómeno, la decisión motivada que en Derecho corresponda, contra la cual procede el recurso de reposición.

1.3.2 Naturaleza Jurídica de la Solicitud de Conciliación

PREGUNTA No. 22

TEMA(S): NATURALEZA JURÍDICA

1.- PREGUNTA.

¿Cuál es la naturaleza jurídica de la solicitud de conciliación extrajudicial en asuntos contencioso administrativos?

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• Constitución Política, artículo 23;• Código Contencioso Administrativo, artículo 6°;• Ley 640 de 2001, artículos 1° parágrafo 3° y 37;• Decreto 1716 de 2009 artículos 5, 6 y 18.
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none">• Corte Constitucional, Sentencia T-1089 de 2001;• Corte Constitucional, Sentencia C-756 de 2008;• Corte Constitucional, Sentencia T-353 de 2000;• Corte Constitucional, Sentencia T-1160A de 2001;• Corte Constitucional, Sentencia T-473 de 1992;• Corte Constitucional, Sentencia T-700 de 1996;

3.- CONSIDERACIONES.

Para resolver el problema jurídico contenido en la pregunta anterior, se abordarán los siguientes temas *i)* la solicitud de conciliación extrajudicial en asuntos contencioso administrativos, como manifestación del ejercicio del Derecho de Petición y *ii)* implicaciones jurídicas.

3.1. La solicitud de conciliación extrajudicial como manifestación del ejercicio del Derecho de Petición.

En virtud de lo previsto en el artículo 6° del Decreto 1716 de 2009, la Petición de Conciliación Extrajudicial en asuntos Contencioso Administrativos, debe realizarse mediante escrito que puede ser presentado de forma individual o conjunta por los interesados, ante el respectivo agente del Ministerio Público y debe contener los siguientes requisitos:

- Designación del funcionario a quien se dirige.
- Individualización de las partes y de sus representantes.
- Aspectos que se quieren conciliar y los hechos en que se fundamentan.
- Pretensiones que formula el convocante.
- Indicación de la acción Contencioso Administrativa que se ejercería.
- Relación de las pruebas que se acompañan y de las que se harían valer en el proceso.
- Demostración del agotamiento de la vía gubernativa.
- Estimación razonada de la cuantía de las aspiraciones.
- Manifestación, bajo la gravedad del juramento, de no haber presentado demandas o solicitudes de conciliación con base en los mismos hechos.
- Indicación del lugar para que se surtan las notificaciones.
- Firma del apoderado del solicitante o solicitantes.

Así mismo, se establece que con la solicitud debe acompañarse copia de la petición de conciliación enviada al convocado^[285], en la que conste que ha sido efectivamente recibida.

Como se advierte, el interesado debe, en primer término, hacer llegar la solicitud de conciliación al convocado y, luego, presentar la solicitud ante el respectivo agente del Ministerio Público. Sin embargo, para determinar la naturaleza jurídica de la solicitud, no basta con analizar su contenido, sino que se debe atender a los sujetos -activo y pasivo- de la misma, pues dependiendo de quién sea el solicitante y a quien se dirija la solicitud, la naturaleza de la petición adquiere una connotación distinta.

A continuación se analizarán algunos de los eventos que se pueden presentar:

3.1.1. Que el solicitante (convocante) sea un particular y dirija la solicitud a una entidad pública (convocado).

En este caso, la petición intentada por el particular se proyecta en dos direcciones: de un lado, la solicitud con respecto a la entidad convocada y, de otro, la que se dirige al Agente del Ministerio Público. En cuanto a la primera, lo que se pretende es que ésta al tener noticia de la existencia de un conflicto, se ponga al tanto del asunto y convoque de inmediato al Comité de Conciliación (si lo hubiere) o se informe al respectivo representante legal, con el fin de que el asunto sea sometido a riguroso estudio jurídico y se adopte decisión de conciliar o no. En caso positivo la entidad presentará, mediante apoderado, la(s) respectiva(s) fórmula(s) en el curso de la audiencia de conciliación.

La solicitud al Agente del Ministerio Público tiene por objeto dar inicio al procedimiento conciliatorio, de forma tal que, una vez estudiado el asunto, cite a los interesados a audiencia en la que puedan celebrar acuerdo que ponga fin al conflicto.

Tanto la solicitud de conciliación remitida a la entidad pública convocada, como la dirigida al Agente del Ministerio Público, obedecen a la presentación de una solicitud respetuosa ante una autoridad^[286] con motivo de un interés particular. Por lo tanto, a la luz del artículo 23 de la Constitución Política^[287], se trata del ejercicio del **Derecho de Petición**, es decir, de un derecho constitucional fundamental.^[288]

El Derecho de Petición, obedeciendo a su naturaleza de derecho fundamental, tiene un mínimo irreductible que permite diferenciarlo de otros y que le otorga un necesario grado de inmunidad respecto de la intervención de las autoridades públicas^[289]. Este núcleo esencial se compone de los siguientes elementos:

El primero hace referencia a la **presentación de la solicitud**, esto es, el derecho a elevar la solicitud de conciliación, respetuosa^[290], por escrito y ante la entidad convocada y el Agente del Ministerio Público. Por mandato de la ley^[291], la petición debe ser presentada mediante apoderado, quien debe ser abogado inscrito^[292] y a quien el convocante tendrá que conferir, mediante poder dirigido al Agente del Ministerio Público, la facultad expresa para conciliar.

Debe tratarse, además, de una solicitud clara y precisa, pues teniendo en cuenta que el Derecho de Petición apunta a obtener de las autoridades una respuesta acorde con estas características^[293], resulta apenas lógico que la petición se intente en idénticas condiciones, ya que sólo así se contribuye al adecuado y expedito desarrollo del procedimiento conciliatorio.

Es importante resaltar el carácter respetuoso que debe predicarse de la petición, pues éste es el único límite^[294] constitucional que se tiene en cuanto a su formulación. En consecuencia, el hecho de presentar la solicitud de conciliación en forma irrespetuosa, permite a la autoridad solicitada abstenerse de dar respuesta de fondo^[295], por tanto, tratándose de una solicitud conciliación extrajudicial en asuntos contencioso administrativos, formulada de manera irrespetuosa, la entidad convocada quedaría eximida de la obligación de dar respuesta de fondo a la solicitud, es decir, de informar su decisión de conciliar o no y los fundamentos que la motivaron, en el curso de la diligencia de conciliación.^[296]

El segundo elemento del núcleo esencial del Derecho Fundamental de Petición, lo constituye **la pronta respuesta**. En efecto, el artículo 23 de la Constitución Política, establece que toda persona tiene derecho a presentar

peticiones respetuosas a las autoridades y a *“obtener pronta resolución.”* Este aspecto ha sido abordado por la Corte Constitucional, al señalar que *“la respuesta debe producirse dentro de un plazo razonable, el cual debe ser lo más corto posible, pues prolongar en exceso la decisión de la solicitud, implica una violación de la Constitución.”*^[297]

Atendiendo a lo anterior, el artículo 6° del C.C.A. estableció, como regla general, que las peticiones se han de resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de su recibo, norma que fue incorporada en el artículo 18 del Decreto 1716 de 2009, según el cual *“[p]resentada la petición de conciliación ante la entidad, el Comité de Conciliación cuenta con quince (15) días a partir de su recibo para tomar la correspondiente decisión, la cual comunicará en el curso de la audiencia de conciliación, aportando copia auténtica de la respectiva acta o certificación en la que consten sus fundamentos.”*

Finalmente, el último elemento constitutivo del núcleo esencial del Derecho de Petición, dice relación con **la respuesta de fondo**, entendiendo por tal la que resulta jurídica y lógicamente congruente con lo solicitado, aunque sin importar, para el efecto, el sentido mismo de la decisión. Sobre este aspecto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que *“[l]a respuesta que satisface las exigencias del derecho fundamental de petición es aquella que además de oportuna, es sustancial. La autoridad llamada a decidir una solicitud no se libera de su obligación de resolver limitándose a comunicar una respuesta formal, aparente o que toque de manera apenas tangencial el asunto puesto en su conocimiento, mientras que evade las cuestiones de fondo. La Constitución se refiere a la “resolución”, indicando, de ese modo, que la decisión tomada debe desatar la inquietud planteada por el peticionario, lo cual sólo es posible a condición de abordar la materia de lo pedido, sin que ello signifique, para todos los casos, solución favorable; la respuesta también puede ser negativa, pero, en uno y otro caso, debe estar debidamente fundamentada.”*^[298]

3.1.2. Que el solicitante (convocante) sea una entidad pública que dirija la solicitud a otra entidad pública (convocado).

En este caso, al igual que en el anterior, la solicitud presentada por la entidad convocante corresponde al ejercicio del Derecho de Petición, siendo está su naturaleza jurídica, por lo que las aseveraciones contenidas en el literal anterior resultan igualmente aplicables.

3.1.3. Que el solicitante (convocante) sea una entidad pública que dirija la solicitud a un particular (convocado).

En este caso, que puede presentarse cuando una entidad estatal pretende promover acción de repetición, de lesividad, de controversias contractuales

o de reparación directa, la solicitud de conciliación extrajudicial no corresponde al ejercicio del Derecho de Petición, toda vez que por regla general, éste debe dirigirse a una autoridad^[299] y sólo excepcionalmente se ha admitido, por vía jurisprudencial, su procedencia respecto de particulares en los siguientes eventos:

“a. Cuando el particular presta un servicio público o cuando realiza funciones de autoridad.

b. Cuando el derecho de petición constituye un medio para obtener la efectividad de otro derecho fundamental. Caso en el que puede protegerse de manera inmediata.

c. Cuando el particular demandado no actúa como autoridad, el derecho de petición, será un derecho fundamental sólo cuando el legislador lo reglamente.”^[300]

Teniendo en cuenta que la hipótesis apunta a que el convocado es un particular que no ejerce función pública alguna y que la solicitud tampoco encaja en los supuestos restantes, se debe entender que en el caso planteado, la Petición de Conciliación es simple y llanamente, una mera solicitud carente de naturaleza jurídica especial.

3.2. Implicaciones jurídicas de la solicitud de Conciliación Extrajudicial en asuntos Contencioso Administrativos como manifestación del Derecho de Petición.

Puesto que la solicitud de conciliación extrajudicial se realiza, como se dijo, en ejercicio del Derecho de Petición, resulta plenamente aplicable lo dicho respecto de los elementos que integran el núcleo esencial del mencionado Derecho Constitucional Fundamental.

La primera implicación que se deriva de lo anterior, hace relación con que la entidad convocada debe permitir la presentación de la solicitud, esto es debe recibirla y expedir, a solicitud del interesado, la correspondiente constancia de recibido, aunque *i)* se considere incompetente, caso en el cual debe remitirla al competente, o *ii)* considere que carece de legitimación pasiva respecto del asunto en concreto, lo que debe argüir en el curso de la respectiva audiencia.

De otra parte, el carácter de Derecho Fundamental de Petición, implica que la entidad convocada debe dar una respuesta pronta y de fondo.

Debido a la naturaleza de la solicitud de conciliación extrajudicial, el artículo 18 del Decreto 1716 de 2009 expresamente impone a las entidades públicas que sean convocadas a conciliación, el deber de comunicar, en el curso de

la audiencia de conciliación, su decisión respecto de la solicitud y los motivos fácticos y jurídicos que sustentan dicha decisión, debiendo aportar copia auténtica de la respectiva acta o, en su defecto, certificación en la que consten sus fundamentos.

En caso de que la entidad pública convocada no brinde respuesta oportuna y de fondo a la petición de conciliación, se vulnera tanto el derecho constitucional fundamental de Petición, como el de Acceso a la Administración de Justicia, toda vez que se trata de un requisito de procedibilidad impuesto por el legislador y, por ende, el interesado puede acudir a la protección judicial reforzada que en estos casos se le otorga a través de la acción de tutela.

Se destaca la importancia de conocer los motivos de la decisión, pues, de una parte, permite al agente del Ministerio Público plantear fórmulas de arreglo que se sobrepongan a los obstáculos expuestos por la entidad convocada y, de este modo, se pueda solucionar el conflicto en este escenario extraprocesal, evitándose así el desgaste exagerado del proceso Contencioso Administrativo y, de otro lado, le permite al conciliador solicitar al representante legal de la entidad convocada o a su Comité de Conciliación - si lo hay- que reconsidere su posición de no conciliar y, así mismo, en caso de que las partes lleguen a acuerdo conciliatorio, tales motivos resultan de la mayor trascendencia para que respectivo procurador pueda incorporar en el acta su concepto respecto del acuerdo logrado.

Finalmente, el funcionario a cuyo cargo se encuentre la función de responder la correspondiente petición de conciliación, en caso de que incurra en omisión o extemporaneidad o brinde respuesta simplemente formal, puede llegar a enfrentar una eventual investigación de carácter disciplinario como consecuencia de la vulneración de los derechos fundamentales de Petición y de Acceso a la Administración de Justicia, en atención a las normas pertinentes del Código Contencioso Administrativo y del Código Disciplinario Unico.

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que la naturaleza jurídica de la solicitud de conciliación extrajudicial formulada en asuntos Contencioso Administrativos ante una entidad pública, es la de ser una manifestación del Derecho de Petición, por lo que, su desconocimiento implica la vulneración de un Derecho Constitucional Fundamental, susceptible de ser protegido mediante la acción de tutela, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria a que haya lugar.

PREGUNTA No. 23

TEMA(S): RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA.

1.- PREGUNTA.

¿Puede sancionarse disciplinariamente al funcionario público que no dio respuesta oportuna y/o de fondo a la solicitud de conciliación?

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• Constitución Política, artículos 6 y 124;• Ley 734 de 2002 artículos 23, 34 numerales 1 y 8, 48 numeral 49 y 41 literal h;• C.C.A., artículos 7°, 31 y 76.
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none">• Corte Constitucional, Sentencia C-417 de 1993;• Corte Constitucional, Sentencia C-818 de 2005.

3.- CONSIDERACIONES.

Para resolver el problema jurídico contenido en la pregunta anterior, se abordarán los siguientes temas *i)* la responsabilidad disciplinaria y sus características *ii)* la responsabilidad disciplinaria por la vulneración del Derecho Fundamental de Petición.

3.1. La responsabilidad disciplinaria y sus características.

El artículo 6° de la Constitución Política prevé que los servidores públicos son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución, las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones; por su parte, el artículo 124 de la Carta señala que la ley será la que determine la responsabilidad personal de los servidores públicos, dentro de la cual se destaca la de índole disciplinaria.

En cuanto al aspecto teleológico de la potestad sancionatoria, la Corte Constitucional ha sostenido que *“como potestad propia de la Administración es necesaria para el adecuado cumplimiento de sus funciones y la realización de sus fines, pues (...) permite realizar los valores del orden*

jurídico institucional, mediante la asignación de competencias a la Administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia contribuye indudablemente a la realización de sus cometidos."^[301]

Esa especial posición del Estado, como titular de la potestad disciplinaria, se concreta "en la facultad que se les atribuye a los entes públicos de imponer sanciones a sus propios funcionarios. Con esta potestad disciplinaria su busca particularmente el asegurar el cumplimiento de los principios que regulan el ejercicio de la función pública, como lo son los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad."^[302]

El Derecho Disciplinario como mecanismo directo para prevenir y sancionar aquellas conductas de los servidores públicos que atenten contra el estricto cumplimiento de los deberes y la incursión en faltas y prohibiciones, se ha venido erigiendo en una disciplina autónoma que trata de regular una realidad específica, con identidad y principios propios.

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-417 de 1993, señaló como características principales del Régimen Disciplinario las siguientes:

"a) Las faltas disciplinarias son definidas anticipadamente y por vía general en la legislación y corresponden a descripciones abstractas de comportamientos que, sean o no delitos, enturbian, entorpecen o desvirtúan la buena marcha de la función pública en cualquiera de sus formas, lo que hace que las mismas disposiciones que las consagran estatuyan, también con carácter previo, los correctivos y sanciones aplicables a quienes incurran en aquellas. Según las voces del artículo 124 de la Constitución, "la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva".

b) Con arreglo al principio plasmado en el artículo 6° de la Constitución, al paso que los particulares únicamente son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, los servidores públicos lo son por las mismas causas y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Esto quiere decir que, por lo que atañe al campo disciplinario aplicable al servidor público -como también ocurre en el terreno penal- se es responsable tanto por actuar de una determinada manera no querida por el legislador (conducta positiva) como por dejar de hacer algo que debería hacerse según los mandatos de la ley (conducta negativa u omisión), siempre y cuando se establezca la culpabilidad del sujeto.

c) La aludida responsabilidad guarda relación con la existencia de límites a toda función pública, los cuales están orientados por el postulado de su previa determinación y son propios del Estado de Derecho, toda vez que él implica el sometimiento de los particulares y de los servidores públicos a unas reglas generales y abstractas que impidan su comportamiento arbitrario. De allí que no haya empleo público que no tenga funciones detalladas en la Constitución, la ley o el reglamento (artículo 122 de la Carta Política).

d) Como puede observarse, el régimen disciplinario cobija a la totalidad de los servidores públicos, que lo son, de acuerdo con el artículo 123 de la Constitución, los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

e) La Constitución Política de 1991 no concentra la función disciplinaria en cabeza de un organismo único, aunque establece una cláusula general de competencia en la materia a cargo de la Procuraduría General de la Nación. A ésta encomienda la atribución de "ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley" (artículo 277, numeral 6° C.N.)."

3.2. La responsabilidad disciplinaria por la vulneración del Derecho Fundamental de Petición.

Tanto el Código Contencioso Administrativo como el Código Disciplinario Unico (Ley 734 de 2002), contienen disposiciones relacionadas con la eventual responsabilidad disciplinaria por la vulneración del Derecho Fundamental de Petición.

En efecto, el Código Contencioso Administrativo, consagró el deber inexorable de todas las autoridades de velar por que el derecho fundamental de petición se haga efectivo^[303], es decir, que aquellas entidades respecto de las cuales se ejerza por cualquier persona el derecho de petición, tendrán el deber imperativo de hacerlo efectivo dando respuesta pronta y de fondo a la respectiva solicitud^[304]. Igualmente, en dicho cuerpo normativo se establece que la falta de atención de las peticiones o la inobservancia de los términos para resolverlas^[305], así como negarse a recibir las peticiones, a expedir constancias sobre ellas o a sellar sus copias^[306], son causales de mala

conducta para el servidor público y pueden dar lugar a la aplicación de las respectivas sanciones disciplinarias.

Por su parte, el Código Disciplinario Unico, establece como uno de los deberes a cumplir por los servidores públicos, el de actuar con imparcialidad, asegurando y garantizando los derechos de todas las personas, sin ningún género de discriminación, respetando el orden de inscripción, ingreso de solicitudes y peticiones ciudadanas, acatando los términos de ley^[307]. Del mismo modo, al destinatario de la ley disciplinaria le está totalmente prohibido omitir, retardar o no suministrar debida y oportuna respuesta a las peticiones respetuosas de los particulares, así como retenerlas o enviarlas a destinatario diferente de aquel a quien corresponda su conocimiento^[308].

Teniendo en cuenta lo anteriormente dicho, resulta evidente que la vulneración del Derecho Constitucional Fundamental de Petición, puede acarrear para el servidor que incurra en dicha transgresión una eventual responsabilidad disciplinaria, como consecuencia del desconocimiento de la Constitución^[309] y la Ley^[310], de la inobservancia de sus deberes^[311] y la realización de un acto prohibido para los funcionarios públicos^[312], que como tal constituye falta disciplinaria^[313]. Además, el desconocimiento de las normas del Código Contencioso Administrativo relacionadas con el deber de hacer efectivo el Derecho de Petición por parte de los funcionarios públicos, al ser causal de mala conducta, hace que la falta cometida sea catalogada como gravísima, tal como lo establece el numeral 49 del artículo 48 del Código Disciplinario^[314].

De otra parte, cabe resaltar, que cuando no se brinda repuesta oportuna y de fondo a la solicitud de conciliación presentada ante una entidad pública, no sólo se transgrede directamente el Derecho Fundamental de Petición, sino que, además, ocurriría lo propio respecto del derecho fundamental de Acceso a la Administración de Justicia, consagrado en el artículo 230 de la Carta Política^[315], toda vez que la conciliación extrajudicial ha sido consagrada, en asuntos contencioso administrativos, como un requisito de procedibilidad^[316], esto es como un presupuesto necesario para el ejercicio del derecho de acción.

Lo anterior cobra especial importancia, si se tiene en cuenta que la afectación de derechos fundamentales, está constituida como uno de los criterios a tener en cuenta al momento de la graduación de la sanción disciplinaria^[317].

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que la falta de respuesta oportuna y/o de fondo a la solicitud de conciliación, por parte de los servidores públicos, puede comportar una eventual responsabilidad disciplinaria, en tanto la vulneración de los derechos constitucionales fundamentales de Petición y de Acceso a la Administración de Justicia constituye grave infracción de la ley disciplinaria.

2.1.1 Presentacion de la peticion de conciliacion

PREGUNTA No. 24

TEMA(S): PRESENTACION DE LA PETICION DE CONCILIACION

1.- PREGUNTA.

<i>¿Ante quién debe presentarse la solicitud de conciliación extrajudicial?</i>
--

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• Decreto 262 de 2000, artículo 180;• Decreto 1716 de 2009 artículo 6°;• C.C.A., Capítulos I, II y III del Título XIV;• Ley 1367 de 2009.
------------------------	--

3.- CONSIDERACIONES.

En atención a lo establecido en el artículo 6° del Decreto 1716 de 2009^[318], la solicitud de conciliación debe dirigirse en dos direcciones: por un lado, se debe presentar ante el conciliador, que tratándose de asuntos Contencioso Administrativos, es el Agente del Ministerio Público competente; de otra parte, se debe allegar copia de dicha solicitud a los convocados^[319], a quienes se les debe dar la posibilidad de discernir sobre el conflicto y así poder tomar una decisión frente a la conciliación.

Para resolver el problema jurídico contenido en la pregunta anterior, se abordarán los siguientes temas *i)* la solicitud de conciliación frente al Agente del Ministerio Público *ii)* la solicitud de conciliación frente al convocado (entidad pública o particular).

3.1. La solicitud de conciliación frente al Agente del Ministerio Público.

El artículo 6° del Decreto 1716 de 2009, establece que la petición de conciliación extrajudicial puede presentarse de forma individual o conjunta por los interesados, ante el Agente del Ministerio Público^[320]. De antemano, el solicitante debe haber identificado al funcionario competente (Agente del Ministerio Público) para conocer del trámite de la conciliación extrajudicial en asuntos Contencioso Administrativos, pues uno de los requisitos de la petición de conciliación es el relacionado con la designación del funcionario al que se dirige.^[321]

Para efectos del trámite de la conciliación extrajudicial, es competente el Agente del Ministerio Público asignado ante el Juez o Corporación que fuere competente para conocer del eventual proceso en caso de no lograrse acuerdo. Por lo tanto, debe analizarse cuál juez (en sentido general) resultaría competente para conocer del respectivo asunto, para así identificar al correspondiente Agente del Ministerio Público.

Se tiene así que la competencia del Agente del Ministerio Público, trátase de Procurador Judicial Administrativo o de Procurador Delegado^[322], para conocer de la conciliación extrajudicial, se somete a los factores de competencia propios de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, siendo éstos los siguientes:

- *Competencia en razón de la naturaleza del asunto.*

La aplicación de este factor de competencia para la designación del Agente del Ministerio Público, se infiere del inciso 3 del parágrafo 2° del artículo 6° del Decreto 1716 de 2009, norma que señala que “[c]uando el agente del Ministerio Público, en razón del factor territorial o por la **naturaleza del asunto**, no resulte competente para conocer de la respectiva conciliación, remitirá la solicitud y el expediente al funcionario que tenga atribuciones para conocer de la misma”.

Por ende, el análisis de la competencia en cuanto a la naturaleza del asunto que se pretende conciliar debe hacerse desde la perspectiva de la distribución judicial y de la asignación funcional del correspondiente agente, es decir, identificando si ese el asunto sometido al conocimiento de determinado Agente del Ministerio Público, en virtud su contenido, sería de conocimiento del juez ante quien se encuentra funcionalmente destacado. Si la respuesta del análisis resulta ser afirmativa, dicho Agente del Ministerio Público está facultado para conocer de la conciliación extrajudicial, en caso contrario deberá remitir el asunto al funcionario competente.

- *Competencia en razón del territorio.*

En el caso de los Procuradores Judiciales y Delegados^[323], el factor de competencia territorial corresponderá, igualmente, al que le sea aplicable al juez o Corporación ante la cual ejerce su función de intervención como Ministerio Público^[324].

Debe destacarse que la Procuraduría General de la Nación, en cuanto a la distribución de los cargos de Procuradores Judiciales Administrativos, decidió aplicar un criterio territorial, en virtud del cual cada cargo específico tiene asignado un ámbito de competencia territorial para el ejercicio de sus funciones, el cual va acorde con la competencia territorial del operador judicial ante el cual actúa^[325]. Lo anterior implica que con motivo de la competencia en razón del territorio, el Agente del Ministerio Público no está facultado para conocer indistintamente de cualquier solicitud de conciliación, sino única y exclusivamente de aquellas que correspondan al ámbito espacial de su competencia.

- *Competencia en razón de la cuantía.*

Teniendo en cuenta que los factores de competencia aplicables a los asuntos relativos a la conciliación extrajudicial, corresponden armónicamente a los propios de la jurisdicción contencioso administrativa^[326], se debe atender a un último factor de competencia que permite determinar el juez o Corporación habilitada para conocer del asunto que se va a conciliar, y así mismo identificar al Agente del Ministerio Público competente para adelantar la conciliación extrajudicial. Se trata pues, de la competencia según la cuantía, la cual es regulada por el artículo 134E del C.C.A, en donde se señala lo siguiente:

“Para efectos de competencia, cuando sea del caso, la cuantía se determinará por el valor de la multa impuesta o de los perjuicios causados, según la estimación razonada hecha por el actor en la demanda. Sin embargo, en asuntos de carácter tributario, la cuantía se establecerá por el valor de la suma discutida por concepto de impuestos, tasas, contribuciones y sanciones. Para los efectos aquí contemplados, se aplicarán las reglas de los numerales 1º y 2º del artículo 20 del Código de Procedimiento Civil.

En las acciones de nulidad y restablecimiento no podrá prescindirse de la estimación razonada de la cuantía, so pretexto de renunciar al restablecimiento.

Para efectos laborales, la cuantía se determinará por el valor de las pretensiones al tiempo de la demanda, sin tomar en cuenta los frutos, intereses, multas o perjuicios reclamados, excepto cuando se

reclame el pago de prestaciones periódicas de término indefinido, como pensiones, en cuyo caso se determinará por el valor de lo que se pretenda por tal concepto desde cuando se causaron y hasta la presentación de la demanda, sin pasar de tres (3) años.”

Una vez se ha establecido la cuantía del asunto a conciliar, de acuerdo a lo señalado por el artículo anterior, se debe precisar quien resulta ser el juez competente para conocer del asunto según la cuantía del mismo y, de esta forma, poder determinar finalmente si el Agente del Ministerio Público puede o no adelantar la solicitud de conciliación extrajudicial a él allegada.

3.2. La solicitud frente al convocado (entidad pública o particular).

Uno de los requisitos que debe cumplir la solicitud de conciliación, es el relacionado con anexar copia de la petición de conciliación previamente enviada al convocado^[327].

El requisito de que en la copia de la solicitud de conciliación, conste que esta fue recibida por el representante legal en el caso de las personas jurídicas, se debe hacer el esfuerzo de entender este requisito de la forma menos rígida y formal posible. Supóngase que el representante legal de la entidad convocada resulta ser un Ministro, el cual en razón de sus distintas y magnánimas obligaciones no puede ser ubicado con facilidad por la persona que lo requiere para que firme el recibido de una solicitud de conciliación extrajudicial.

Por tanto, se debe entender cumplido el requisito con la constancia de que la solicitud fue radicada en la entidad a la cual se pretende convocar, pues de no ser así, se le estaría imponiendo a las personas una carga excesiva.

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que la solicitud de conciliación extrajudicial en asuntos contencioso administrativos, debe ser presentada ante el Agente del Ministerio Público competente, pues por disposición de la ley es la única autoridad legitimada para actuar como conciliador en estos casos. Igualmente se es deber allegar a los convocados copia de la mencionada solicitud, para que tengan conocimiento previo y puedan así tomar una decisión ponderada frente a la conciliación.

2.1.6 Apoderado

PREGUNTA No. 25

TEMA(S): PETICIÓN DE CONCILIACIÓN / APODERADO

1.- PREGUNTA.

¿Se requiere de abogado para presentar la solicitud de conciliación?

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• Constitución Política, artículos 209 y 229;• Decreto 1716 del 2009, artículo 5°.
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none">• Corte Constitucional, Sentencia C-033 del 2005.

3.- CONSIDERACIONES.

Para resolver el problema jurídico contenido en la pregunta, se abordarán los siguientes temas *i)* necesidad jurídica de obrar mediante apoderado en la conciliación extrajudicial en asuntos Contencioso Administrativos, y *ii)* deberes de los apoderados en el trámite conciliatorio extrajudicial.

3.1. Necesidad jurídica de obrar mediante apoderado en la conciliación extrajudicial en asuntos Contencioso Administrativos.

El artículo 229 del la Constitución Política establece que: “*Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación del abogado.*” Como puede observarse, es facultad del legislador decidir en cuáles casos resulta jurídicamente necesaria la representación mediante abogado, con el fin garantizar la defensa técnica, tal como se afirmó en el concepto que emitió el Ministerio de Interior y de Justicia, contenido en la Sentencia C-033 del 2005, en los siguientes términos:

"El legislador, dentro de la libertad de configuración que le otorga el artículo 229 superior, puede definir cuándo el acceso a la administración de justicia requiere de la asistencia de un abogado y cuándo los derechos sustanciales de los intervinientes en una

determinada actuación están mejor protegidos si existe una defensa técnica.

(...) es competencia del legislador fijar las excepciones a la regla general, esto es la exigencia del abogado en procesos administrativos, considerando factores como la complejidad técnica y la importancia del procedimiento o actuación de que se trate y del valor constitucional de los derechos e intereses que el apoderado deba representar, de forma tal que: para el caso de las conciliaciones contencioso administrativas no hay duda que la materia requiere de conocimientos especiales de carácter jurídico, por lo cual la intervención del abogado constituye plena garantía de los derechos e intereses en juego relacionados con la actuación de la administración y el patrimonio público."

La designación de apoderado es, generalmente, de carácter facultativo en actuaciones que no son de naturaleza judicial, lo que, en todo caso, no constituye una restricción para imponer dicho requisito en ciertos casos particulares, en búsqueda de la preservación de valores constitucionales, *siempre que con ello no se impongan cargas exageradas en desmedro de otras garantías.*^[328]

Siguiendo el postulado anterior, la Ley 640 de 2001, en el parágrafo 3° de su artículo 1°, estableció que *“en materia de lo contencioso administrativo 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”*.

Sobre el particular, en la Sentencia C-033 del 2005 de la Corte Constitucional afirmó que:

“[N]o cabe duda que en el trámite de la conciliación extrajudicial en temas administrativos, como no ocurre en otras materias en las que los particulares actúan en un plano de igualdad, se puede llegar a constatar un desequilibrio entre las partes que bien puede traducirse en que se frustre la realización del acuerdo conciliatorio en su trámite ante el agente del Ministerio Público o no supere la homologación judicial por resultar improbado, actuaciones todas éstas que comportan un contenido jurídico en el que la intermediación de un abogado no puede interpretarse como un obstáculo sino como una garantía para la prosperidad del acuerdo en términos justos y satisfactorios para las partes.

Sobre el particular es pertinente recordar que las entidades de derecho público por disposición legal -artículo 70 de la Ley 446 de 1998- han de actuar en el trámite conciliatorio a través de su

representante legal o del apoderado que designen, lo cual las sitúa en una suerte de posición ventajosa o privilegiada frente al particular que no tiene experiencia ni destrezas jurídicas para la negociación, lo cual puede llegar a viciar la transparencia del acuerdo y malograr la posibilidad de que la conciliación sea realmente un mecanismo de solución para convertirse, en cambio, en una nueva fuente de conflicto.

Entonces, el establecimiento de la obligación de estar asistido por abogado en el trámite de la conciliación extrajudicial en materia contencioso administrativa, resulta ser un medio idóneo y razonable para lograr un fin constitucionalmente legítimo, como lo es el de asegurar el cumplimiento de los principios de igualdad, transparencia y aún el de celeridad en el trámite conciliatorio (C. P. art. 209)."

Como ya se dijo, la asistencia del abogado, desde el primer momento del trámite conciliatorio, reviste gran importancia ya que procura garantizar la igualdad entre las partes, pues, de no ser así, el particular entraría en desventaja por carecer de conocimientos para discutir los temas que traten en dicha conciliación y vislumbrar las consecuencias jurídicas del acuerdo, generando un posible menoscabo de sus derechos. El Ministerio del Interior y de Justicia, tal como se lee en la Sentencia C-033 de 2005, agregó sobre particular que *“la presencia de un abogado en el proceso conciliatorio, garantiza los principios previstos en el artículo 209 superior respecto de la función estatal en general, ya que en la medida en que los diferentes actos en los que aquél interviene son de gran complejidad y exigen de conocimientos especiales, habilidades, destrezas y tecnicismos jurídicos, su intervención asegura la regularidad de la función y se justifica para la observancia del debido proceso sobre las actuaciones administrativas”*

El abogado que obre como apoderado en el trámite de la conciliación extrajudicial, debe estar inscrito en el Registro Nacional de Abogados, tal como lo establece la Ley 1123 de 2007. Por su parte, el Decreto 1716 del 2009, en su artículo quinto, establece que los interesados ya sean personas de derecho público o de derecho privado y particulares, tendrán que actuar en la conciliación extrajudicial por medio de abogado, el cual deberá estar inscrito y tener facultad expresa para conciliar.

3.2. Deberes de los apoderados en el trámite conciliatorio extrajudicial.

Una de las obligaciones del apoderado para con su cliente, es la relacionada con informarle la posibilidad de utilización de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, como la conciliación, so pena de incurrir en la

causal de falta de lealtad con el cliente contemplada en el Artículo 34 literal D de la Ley 1123 del 2007.

Así mismo, constituye falta contra el deber de prevenir litigios y facilitar los mecanismos de solución de conflictos, promover o fomentar pleitos innecesarios, inocuos o fraudulentos y entorpecer los mecanismos de solución de conflictos con el propósito de obtener un lucro mayor o fomentarlos en su propio beneficio.^[329]

La consecuencia de no cumplir con estas obligaciones, según dispone el Artículo 40 de la Ley 1123 del 2007, implicaría para el abogado el riesgo de ser eventualmente sancionado “*con censura, multa, suspensión o exclusión del ejercicio de la profesión*”.

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto, se concluye que en el trámite de la conciliación extrajudicial en asuntos Contencioso Administrativos, resulta jurídicamente necesaria la intervención mediante apoderado inscrito, para garantizar la protección de los derechos de las personas involucradas.

2.1.2 Requisitos de la solicitud.

PREGUNTA No. 26
TEMA(S): PETICION DE CONCILIACION EXTRAJUDICIAL/REQUISITOS.

1.- PREGUNTA.

¿Qué requisitos debe cumplir la petición de conciliación extrajudicial en asuntos contencioso administrativos?

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• Ley 640 de 2001, parágrafo 3° del artículo 1°;• Decreto 1716 de 2009, artículos 5°, 6° y 8°.
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none">• Corte Constitucional, Sentencia C-351 de 1994.

3.- CONSIDERACIONES.

La solicitud de conciliación extrajudicial corresponde, se reitera, al ejercicio del Derecho de Petición, mediante el cual se pueden formular solicitudes respetuosas a la administración con la certeza de obtener una respuesta pronta y de fondo^[330]. No se trata, en consecuencia, de una *mera solicitud*, sino que comporta el ejercicio de un Derecho Constitucional Fundamental, lo que otorga una especial y reforzada protección por parte de ordenamiento jurídico, que le permite a la persona que considere vulnerado su derecho, por infracción a cualquiera de los elementos que constituyen su núcleo esencial, acudir al ejercicio de la acción de tutela con el propósito de hacerlo efectivo o poner fin a su vulneración.

Sin embargo, no se trata del ejercicio arbitrario o caprichoso del Derecho de Petición, lo que comporta su abuso; por el contrario, la solicitud de conciliación requiere del cumplimiento de algunas pautas establecidas en las normas vigentes las cuales, por lo demás, han sido previstas para el adecuado funcionamiento de la figura, entre las cuales encontramos las siguientes:

- La petición de conciliación extrajudicial debe hacerse por escrito. Esto con el fin de que se plasmen en un documento los requisitos exigidos para dicha solicitud y, de esta forma, se dote de certeza y seriedad al mecanismo.

- En cuanto a la presentación de la solicitud, está debe hacerse mediante apoderado, quien deberá ser abogado inscrito y al cual se le debe otorgar la facultad expresa de conciliar^[331]. Esta exigencia resulta acorde con el mandato contenido en el parágrafo 3° del artículo 1° de la Ley 640 de 2001, norma en virtud de la cual se establece que “*en materia de lo contencioso administrativo el trámite conciliatorio, desde la misma presentación de la solicitud deberá hacerse por medio de abogado titulado...*”. Lo que se pretende, es que las partes intervengan en la conciliación representados por profesionales del Derecho, conocedores de la importancia y las consecuencias de la respectivas actuaciones, de suerte que se pueda desarrollar el trámite sin dilaciones y con la total tranquilidad de que los intereses de las partes van a salvaguardarse por una persona que conoce las implicaciones jurídicas del conflicto y de la conciliación.

- Debe tratarse además, de una petición clara y precisa. Dado que con el ejercicio del Derecho de Petición se busca de la Administración profiera una respuesta que atienda a dichas características^[332], desde luego la solicitud debe presentarse del mismo modo, en forma tal que permita a la entidad convocada avocar su estudio y tomar la decisión que en Derecho corresponda.

- La petición de conciliación tiene dos destinatarios: por un lado, debe formularse ante el Agente del Ministerio Público competente para conocer del asunto que se pretende conciliar; por el otro, con antelación debe haberse enviado copia de la solicitud al convocado, con el fin de que este se entere de la existencia de la controversia y adopte una posición frente a la conciliación.^[333]

- La petición de conciliación se puede formular de manera individual o conjuntamente por los interesados.^[334]

Con todo, no son estas las únicas particularidades que debe atender la petición de conciliación, pues el artículo 6° del Decreto 1716 de 2009 establece, expresamente, los requisitos que debe contener la solicitud, para que, en cumplimiento del principio de eficacia -establecido en el artículo 209 de la Carta Política y en el artículo 3° del C.C.A.-, el trámite conciliatorio pueda lograr su finalidad, siendo estos los siguientes: *i)* la designación del funcionario a quien se dirige; *ii)* la individualización de las partes y de sus representantes; *iii)* los aspectos que se quieren conciliar y los hechos en que se fundamentan; *iv)* las pretensiones que formula el convocante; *v)* la indicación de la acción contencioso administrativa que se ejercería; *vi)* la relación de las pruebas que se acompañan y de las que se harían valer en el proceso; *vii)* la demostración del agotamiento de la vía gubernativa, cuando ello fuere necesario; *viii)* la estimación razonada de la cuantía; *ix)* la manifestación, bajo gravedad de juramento, de no haber presentado demandas o solicitudes de conciliación con base en los mismos hechos; *x)* la indicación del lugar para que se surtan las notificaciones; *xi)* la copia de la petición de conciliación previamente enviada al convocado; *xii)* la firma del apoderado del solicitante.

i) La designación del funcionario a quien se dirige.

Lo que se pretende con este requisito es evitar un desgaste innecesario y prolongar en el tiempo la tarea de identificar cuál Agente del Ministerio Público competente para conocer del respectivo asunto.

Precisamente, este es uno de los motivos para exigir, desde la presentación misma de la solicitud de conciliación, la actuación de las partes mediante apoderado, pues éste, por su formación jurídica se encuentra en capacidad de analizar, una carga mínima de diligencia, los diferentes factores que permitan identificar el funcionario competente para tramitar la conciliación.

ii) La individualización de las partes y de sus representantes.

Esta exigencia obedece a la necesidad evidente de identificar tanto a los convocantes como a los convocados, pues son sus intereses los que se

encuentran en conflicto. Del mismo modo, resulta necesario conocer la identidad de las personas que actuarán como representantes de las partes, ya que tratándose de entidades públicas, las cuales usualmente obran en calidad de convocadas, ha de determinarse su representación, de conformidad con lo previsto en el artículo 149 del C.C.A.

iii) Los aspectos que se quieren conciliar y los hechos en que se fundamentan.

Se refiere este requisito a la identificación precisa de los asuntos que han generado la discordia entre las partes, tema con respecto al cual el convocante tiene la carga de ser lo más claro y preciso posible, para que de esta forma, tanto el convocado como el conciliador, puedan tener la certeza suficiente acerca de las especificidades del conflicto y así poder intentar llevar a feliz término la conciliación. Las afirmaciones vagas, etéreas e imprecisas sobre este crucial aspecto tornan inocuo el trámite conciliatorio y pueden conducir a que no se tenga por debidamente agotado el requisito de procedibilidad.

Por otra parte, respecto de los hechos de los que emana el conflicto, se debe procurar en la solicitud, igualmente, que estos sean precisos, significativos, comprensibles, pertinentes y completos, ya que siempre ha de tenerse presente que lo que realmente se busca al instituir la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, es evitar que se llegue al litigio, permitiendo que los interesados puedan poner fin a su controversia a través de este mecanismo alternativo de solución de conflictos.

En la causa *petendi*, es decir, “*aquel grupo de hechos jurídicamente calificados de los cuales se busca extraer una concreta consecuencia jurídica*”^[335], deberán coincidir, en gran medida, con los que se esgriman luego en una eventual demanda, en caso que no se llegue a ningún acuerdo. Esto precisamente para evitar que en la conciliación se señalen unos hechos y un determinado contexto normativo y que luego en el proceso judicial se aleguen deslealmente otros, pues esto hace que el conflicto sobre el cual se planteó la posibilidad de conciliación extrajudicial sea significativamente distinto. De este modo, el mecanismo alternativo de solución de conflictos estaría siendo burlado y carecería totalmente de sentido, pues el hecho de que el contexto del conflicto con respecto al cual se procura la conciliación no ofrezca un panorama íntegro, se traduciría en la imposibilidad llegar a una solución al conflicto a través de este mecanismo.

iv) Las pretensiones que formula el convocante.

Este aspecto pese a obedecer, en principio, a una valoración subjetiva, no puede llegar al punto de ser caprichoso y arbitrario, ya que la conciliación busca que sean las partes las que logren por sí mismas la fórmula de arreglo,

lo que sería imposible en el evento en el que el convocante tenga aspiraciones totalmente desproporcionadas y a las que una persona sensata, por más interés que tenga en conciliar, jamás accedería. Por lo tanto, la facultad que tiene el convocante de señalar sus pretensiones comporta, a su vez, una carga de proporcionalidad y ponderación, por lo que sus peticiones deben apuntar como tal a reparar el daño efectivamente causado, a destrabar el conflicto, pero sin perder de vista que no se puede perseguir el enriquecimiento propio ni la ruina de la contraparte. Sobre este aspecto, por tanto, ha de acudirse, en forma razonada, a los parámetros que la jurisprudencia ha señalado para casos semejantes.

Por otra parte, pese a que la forma de señalar lo que se quiere por parte del convocante en sede de conciliación difiere de la forma en que se expresan las pretensiones en la demanda, para que se entienda agotado el requisito de procedibilidad es menester que el *petitum* de la conciliación como el de la demanda, guarden un alto grado de identidad.

v) La indicación de la acción Contencioso Administrativa que se ejercería.

Este requisito resulta ser de la mayor relevancia, teniendo en consideración que permite establecer la viabilidad de la conciliación, el término de caducidad respecto de la acción que eventualmente se ejercería, la competencia del agente del Ministerio Público y la necesidad de agotar otros requisitos de procedibilidad, asuntos que se abordarán en respuesta posterior^[336].

vi) La relación de las pruebas que se acompañan y de las que se harían valer en el proceso.

Se persigue con este requisito que se alleguen los elementos que sustentan los supuestos fácticos expresados en la solicitud y así se pueda tener certeza acerca de la situación que genero el conflicto. Pese a tratarse de un escenario extrajudicial, se encuentran en juego los intereses de las partes, los cuales no pueden ser objeto de disposición con base en una situación que no ocurrió o que en algunos de sus aspectos falta a la verdad, ya que el acuerdo conciliatorio junto con el auto aprobatorio tienen efectos de cosa juzgada y presta mérito ejecutivo.

En cuanto a la forma de allegar las pruebas a la conciliación, se deberán atender los requisitos previstos en los artículos 253 y 254 del C. P. C.^[337]

Igualmente se solicita que se enuncien las pruebas que se harían valer en un eventual proceso judicial y que no pueden ser aportadas con la solicitud, tales como declaraciones de parte, dictámenes periciales,

testimonios, entre otras, con el fin de que se dote de eficacia y seriedad a la conciliación prejudicial.

vii) La demostración del agotamiento de la vía gubernativa, cuando ello fuere necesario.

Tal como se expresó en el numeral anterior, en aquellos eventos respecto de los cuales la ley establece el agotamiento de la vía gubernativa como requisito de procedibilidad, el cumplimiento de éste requisito debe acreditarse al momento de hacerse la solicitud de conciliación extrajudicial, toda vez que por expresa disposición legal no puede conciliarse cuando no se agotó la vía gubernativa.

viii) La estimación razonada de la cuantía.

La finalidad de esta exigencia apunta a que el convocante haga un análisis concienzudo del monto de las pretensiones, de su contenido dinerario y solicite en forma razonada lo que corresponda en razón de la gravedad y clase de daño o conflicto suscitado.

De otro lado, este requisito resulta relevante para establecer si el agente del Ministerio Público competente para adelantar el trámite conciliatorio es el destacado ante juez administrativo (procurador judicial I) o el que interviene ante el correspondiente Tribunal Administrativo (procurador judicial II).

ix) La manifestación, bajo gravedad de juramento, de no haber presentado demandas o solicitudes de conciliación con base en los mismos hechos.

De esta forma se busca que se haga un uso razonable y serio de la conciliación extrajudicial, evitándose así poner en conocimiento del Agente del Ministerio Público asuntos que ya se encuentran en sede judicial o ante otro Agente del Ministerio Público, es decir, evitando el abuso en la utilización de tan importante mecanismo.^[338]

x) La indicación del lugar para que se surtan las notificaciones, los números telefónicos, de fax y las direcciones de correo electrónico.

Se trata de que se conozca la información necesaria para que las comunicaciones relacionadas con el trámite de la conciliación, especialmente la correspondiente citación a audiencia, lleguen efectivamente a su destinatario, empleando el medio más idóneo para ello.

xi) La copia de la petición de conciliación previamente enviada al convocado.

Informa este requisito la necesidad de que, efectivamente, el convocado tenga conocimiento de las razones aducidas con antelación de la solicitud de conciliación extrajudicial y por ende del conflicto suscitado entre él y el convocante. Sin embargo se debe hacer una precisión en cuanto al hecho de que la copia de la solicitud deba ser recibida por el representante legal en el caso de las personas jurídicas, toda vez que esta exigencia apunta, se insiste, a que el convocado realmente sea informado de la conciliación extrajudicial, por lo que se debe dar una interpretación teleológica, en cuya virtud, el requisito ha de entenderse cumplido con el simple hecho de que la copia de la solicitud haya sido radicada ante la entidad pública convocada.

xii) La firma del apoderado del solicitante o solicitantes.

Lo que se busca con este requisito es tener certeza acerca de quién presenta la solicitud, dadas las implicaciones jurídicas que ello comporta y el juramento contenido en la petición.

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que, además de que la petición de conciliación debe atender a exigencias tales como la de realizarse por escrito, mediante apoderado, en forma clara y precisa y dirigirse tanto al Agente del Ministerio Público competente, como al convocado debe cumplir, además, rigurosamente los requisitos consagrados para el efecto en el artículo 6° del Decreto 1716 de 2009, los cuales han sido previstos para que, en cumplimiento del principio de eficacia establecido en el artículo 209 de la Carta Política y 3° del C.C.A., el trámite conciliatorio pueda lograr su finalidad.

2.2.3 Subsanabilidad.

PREGUNTA No. 27
TEMA(S): PETICION DE CONCILIACION / REQUISITOS / SUBSANABILIDAD.

1.- PREGUNTA.

¿Qué pasa cuando falta alguno de los requisitos debe cumplir la petición de conciliación extrajudicial en asuntos contencioso administrativos?

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• Código Contencioso Administrativo, artículo 143;• Decreto 1716 de 2009, artículo 6°.
Marco doctrinal	<ul style="list-style-type: none">• <i>González Rodríguez, Miguel. Derecho Procesal Administrativo, décima segunda edición, Ed. Ibañez, Bogotá, 2006.</i>

3.- CONSIDERACIONES.

Para resolver el problema jurídico contenido en la pregunta anterior, se abordarán los siguientes temas *i)* las consecuencias de la presentación de la petición de conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad sin el lleno de los requisitos y *ii)* el deber de subsanar la petición de conciliación y los efectos de su incumplimiento.

3.1. Consecuencias de la presentación de la petición de conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad sin el lleno de los requisitos.

La petición de conciliación extrajudicial debe presentarse ante el agente del Ministerio Público competente, atendiendo los requisitos formales que para tal efecto establece el artículo 6° del Decreto 1716 de 2009.^[339] Sin embargo, es posible que por distintas circunstancias, como la premura en la elaboración de la solicitud, la falta de conocimiento o el simple descuido del apoderado judicial, no se cumpla a cabalidad con las exigencias de la norma señalada, lo que dificulta y en muchas ocasiones imposibilita la labor del conciliador, por lo que resulta imperativo identificar cuáles serían las consecuencias que dicha inobservancia comporta.

En primer lugar debe tenerse en cuenta que, de conformidad con lo establecido en el párrafo 1° del artículo 6° del Decreto 1716 de 2009, “[e]n ningún caso se podrá rechazar de plano la solicitud por ausencia de cualquiera de los requisitos anteriores”, lo que de entrada excluye la posibilidad de dar trámite a la solicitud, disposición de contenido garantista que tiende a proteger los derechos de Petición y de Acceso a la Administración de Justicia del convocante. En consecuencia, la sola

presentación de la solicitud, aún sin el lleno de los requisitos, tiene la virtualidad de dar lugar el trámite correspondiente y suspender el término de caducidad de la respectiva acción Contencioso Administrativa.

En síntesis, la presentación de la solicitud de conciliación aún sin la observancia íntegra de los requisitos legalmente dispuestos para el efecto, no comporta, *per se* consecuencias adversas para el convocante pero, desde luego, se convierte en obstáculo, en ocasiones insalvable, para el adecuado estudio de la solicitud formulada, tanto por parte del respectivo agente del Ministerio Público, como de la entidad convocada y, desde luego, no permite llegar a presentar fórmulas que puedan conducir a un acuerdo conciliatorio, motivo por el cual el convocante ha de proceder a subsanar la solicitud en los términos que le indique el conciliador.

3.2. El deber de subsanar la petición de conciliación y los efectos de su incumplimiento.

El parágrafo 1° del artículo 6° del Decreto 1716 de 2009, establece que ante la ausencia o deficiencia de uno o varios de los requisitos que debe contener la solicitud, el Agente del Ministerio Público ha de informar al interesado acerca de los requisitos faltantes para que éste proceda a su complementación o corrección.

Debe advertirse que la normatividad vigente antes de la expedición del mencionado decreto, regulaba la materia en forma diferente y establecía que en tal evento, el conciliador debía informar al interesado sobre la falta de alguno de los requisitos, para que subsanara la omisión a más tardar el día de la audiencia, y que si no lo hiciera se citaría a una nueva diligencia.^[340]

La norma vigente se ocupa de adaptar el tema a las nuevas circunstancias propias de la consagración de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, destacando que, de una parte, subsanar la solicitud el día de la audiencia puede resultar inoportuno toda vez que para ese momento el Comité de Conciliación de la entidad convocada ya ha estudiado y decidido el asunto con fundamento en la solicitud obrante en el expediente y, de otra parte, el paso de la conciliación procesalmente voluntaria a la obligatoria, comporta la adecuada utilización de los limitados recursos físicos y humanos con que cuenta la Procuraduría General de la Nación, lo que haría imposible desde el punto de vista práctico celebrar múltiples audiencias respecto de un mismo asunto, como lo preveía la norma anterior.

Sin embargo, la norma actualmente vigente se concentra únicamente en establecer para el convocante la carga de corregir la petición, pero no le establece un límite temporal para el efecto, lo que podría traer como

consecuencia que el procedimiento conciliatorio resultase contaminado con situaciones indefinidas y por esa vía vaya perdiendo seriedad y eficacia.

Debe, entonces, el Agente del Ministerio Público, limitar temporalmente la posibilidad de complementación o subsanación de la solicitud, acudiendo para ello al término establecido en el artículo 143 del Código Contencioso Administrativo, norma referente a la inadmisión de la demanda, cuya finalidad apunta igualmente a que los defectos formales sean corregidos. En efecto, el referido artículo 143 prevé que “*se inadmitirá la demanda que carezca de los requisitos y formalidades previstos en los artículos anteriores*” y respecto de él la doctrina ha sostenido:

“Siguiendo las modernas orientaciones del derecho procesal, cuya finalidad debe ser exclusivamente la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución y en la ley sustantiva se ha establecido en el artículo 143 del nuevo estatuto una distinción entre rechazo in limine e inadmisión de la demanda para su corrección dentro de un plazo de cinco días hábiles, figuras o fenómenos que ya había aceptado nuestro Consejo de Estado después de muchos años de no hacerlo. (...) según la norma comentada, habrá lugar a la expedición del auto inadmisorio de la demanda, susceptible únicamente del recurso de reposición ante el mismo magistrado sustanciador, cuando la demanda no reúna las formalidades accidentales subsanables por el demandante o accionante, tales como los requisitos de contenido del libelo”.^[341]

Como puede apreciarse, la situación fáctica resulta ser muy semejante, toda vez que en ambos casos se trata de la comprobación de deficiencias formales en el escrito introductorio y se busca otorgarle a su autor la posibilidad de corregir tales omisiones, las cuales son, por esencia, subsanables. Debe recalarse que el agente del Ministerio Público al decidir si admite o inadmite la solicitud de conciliación, ha de limitarse a verificar si cumple o no con los requisitos previstos para su contenido, pero no puede adentrarse a analizar asuntos totalmente sustanciales del conflicto. Sobre el particular debe tenerse en cuenta que el artículo 60 de la Ley 23 de 1991, en su versión original disponía que “*el Agente del Ministerio Público la calificará y si encuentra serias y razonables las solicitudes, citará a los interesados para que concurran a la audiencia de conciliación el día y a la hora que señale*”, disposición que fue declarada inexecutable por la Corte Suprema de Justicia.^[342]

En síntesis, aplicando analógicamente el término previsto en el artículo 143 del C.C.A., el convocante contará con cinco (5) días hábiles contados a partir del día siguiente a aquel en que se le informe acerca de los requisitos faltantes, para proceder a subsanar la petición de conciliación; si no lo hiciere, se entenderá que no existe ánimo conciliatorio de su parte y, en

consecuencia, el agente del Ministerio Público procederá a declarar fallida la conciliación y a expedir la respectiva constancia, según dispone el inciso 2° del párrafo 1° del artículo 6° del Decreto 1716 de 2009.

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que cuando haya sido presentada ante el Agente del Ministerio Público una petición de conciliación que no cumpla cabalmente con los requisitos señalados por el artículo 6° del Decreto 1716 de 2009, habrá de inadmitir la solicitud, informando al interesado sobre los requisitos faltantes, con el fin de que éste en el término de cinco (5) días hábiles, subsane la omisión. En caso de que el solicitante no lo hiciera, se entenderá que no existe ánimo conciliatorio de su parte y procederá el Agente del Ministerio Público a declarar fallida la conciliación y a expedir la respectiva constancia.

2.1.8 Accion a ejercer.

PREGUNTA No. 28

TEMA(S): SOLICITUD DE CONCILIACION / ACCION A EJERCER.

1.- PREGUNTA.

<p><i>¿Cuál es la finalidad de la norma que consagra el requisito de especificar en la solicitud de conciliación extrajudicial, la acción que se ejercería en caso de que no se logre concretar acuerdo conciliatorio?</i></p>
--

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• Código Contencioso Administrativo, artículos 134D, 135 y 136;• Ley 446 de 1998, artículo 81• Ley 1285 de 2009, artículo 13;• Decreto 1716 de 2009, artículos 2 y 6.
------------------------	--

3.- CONSIDERACIONES.

El literal e) del artículo 6° del Decreto 1716 de 2009, establece como uno de los requisitos que debe cumplir la petición de conciliación, el de indicar la acción contencioso administrativa que se ejercería en caso de no lograrse acuerdo conciliatorio. Busca esta exigencia brindar al Agente del Ministerio Público la posibilidad de encuadrar el asunto dentro de una de las distintas acciones contencioso administrativas y, de ese modo, tener claridad sobre los siguientes aspectos: *i)* la procedencia de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, *ii)* la caducidad de la acción y sus implicaciones frente a la conciliación extrajudicial *iii)* la competencia territorial para conocer de la conciliación extrajudicial y *iv)* el cumplimiento del agotamiento de la vía gubernativa como requisito de procedibilidad.

3.1. La designación de la acción contenciosa como elemento para determinar la procedencia de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad.

En atención al mandato contenido en el artículo 13 de la ley 1285^[343], la conciliación extrajudicial en asuntos contencioso administrativos se constituye en requisito de procedibilidad para el ejercicio de las acciones consagradas en los artículos 85, 86 y 87 del C.C.A.

Teniendo en cuenta que, de conformidad con la normatividad vigente, la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para asuntos contencioso administrativos, no resulta procedente respecto de todas las acciones de conocimiento de esta jurisdicción, sino únicamente para aquellas señaladas en los artículos mencionados, se hace imperativo que el convocado especifique dentro de la petición de conciliación cuál es la acción contenciosa que ejercerá en caso de que no se logre el acuerdo conciliatorio, con el fin de que el Agente del Ministerio Público pueda identificar fácilmente de una parte, si el asunto es de aquellos susceptibles de ser objeto de conciliación y, de otro lado, si el asunto sometido a su conocimiento en realidad obedece a uno de aquellos que por encontrarse enmarcados dentro de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del C.C.A., deben agotar el mencionado requisito de procedibilidad antes de acudir ante la jurisdicción.

3.2. La caducidad de la acción y sus implicaciones frente a la conciliación extrajudicial.

De otra parte, este requisito cobra especial importancia en cuanto al análisis de la ocurrencia o no de la caducidad de la acción, ya que no se puede perder de vista que el artículo 81 de la Ley 446 de 1998, en su parágrafo 2°, determina con absoluta claridad que “[n]o habrá lugar a conciliación cuando la correspondiente acción haya caducado”^[344], por ende,

el Agente del Ministerio Público debe analizar, en el caso concreto, el término de caducidad de la respectiva acción, para lo cual deberá tenerse presente que dicho término varía dependiendo de la acción de que se trate.

En efecto, una aproximación simplemente normativa, sin perjuicio de que en respuestas posteriores se aborde el tema de la caducidad respecto de cada una de las acciones en concreto, permite poner de presente las diferencias que se derivan respecto del término de caducidad de las acciones, no sólo en cuanto a su término mismo sino también respecto de las excepciones previstas y del inicio del cómputo.

- La acción de nulidad y restablecimiento, caduca al cabo de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según sea el caso. Sin embargo, los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe.^[345]

- Si una entidad pública impugna su propio acto, el término de caducidad es de dos años contados a partir de su expedición.

- Por su parte, la acción de reparación directa caduca una vez se cumpla el plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble por causa de trabajo público o cualquier otra causa.^[346] Sin embargo, para el caso de la acción de reparación directa derivada del delito de desaparición forzada, el término de caducidad se contará a partir de la fecha en que aparezca la víctima o en su defecto desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal, sin perjuicio de que la acción pueda intentarse desde el momento mismo de la desaparición.^[347]

- En cuanto a la acción de repetición, esta caduca al vencimiento del plazo de dos (2) años contados a partir del día siguiente de la fecha del pago total efectuado por la entidad.^[348]

- Respecto de la acción relativa a controversias contractuales, el término general de caducidad es de dos (2) años que se cuentan a partir de día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento. No obstante, se han establecido algunas reglas especiales para contar el término de caducidad, como son las siguientes:

- i. En el caso de los contratos de ejecución instantánea, la demanda debe ser presentada a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato.

- ii. En aquellos contratos que no requieran liquidación, tendrá que demandarse dentro de los dos (2) años siguientes contados desde la terminación del contrato por cualquier causa.
- iii. Los que requieran liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, la acción contractual deberá intentarse dentro de los dos (2) años siguientes contados desde la firma del acta.
- iv. Con respecto a los contratos que requieran liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, máximo dentro de los dos (2) años contados desde la ejecutoria del acto que lo apruebe. Pero, si la administración no llegara a liquidarlo durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar.
- v. Si se tratase de solicitar la nulidad absoluta del contrato, los legitimados por hacerlo dentro de los dos (2) años siguientes a su perfeccionamiento. No obstante, en aquellos casos en los que la vigencia del contrato fuese superior a dos (2) años, el término de caducidad será igual al de su vigencia, sin que en ningún caso exceda de cinco (5) años contados a partir de su perfeccionamiento.
- vi. En cuanto, a la solicitud de nulidad relativa del contrato, ésta deberá ser alegada dentro de los dos (2) años, contados a partir de su perfeccionamiento.

- Finalmente, con respecto a los conflictos que se generen en cuanto a los actos previos a la celebración del contrato, el C.C.A. señala la posibilidad de ejercer las acciones de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, pero con respecto a ésta última, se otorga un término de caducidad de 30 días, a partir del día siguiente a su comunicación, notificación o publicación. ^[349]

Como salta a la vista, la designación de la acción contenciosa dentro de la petición de conciliación extrajudicial, es de vital importancia, toda vez que como se señaló anteriormente, cada una de las acciones respecto de las que se estableció el mencionado requisito de procedibilidad, presenta un término de caducidad distinto, que debe ser tenido en cuenta por el Agente del Ministerio Público, pues en caso de que se presente el fenómeno de la caducidad de la acción que eventualmente se intentaría, la conciliación no resulta jurídicamente procedente.

3.3. La competencia territorial para conocer de la conciliación extrajudicial según la acción a ejercerse.

Del mismo modo, resulta importante poner en conocimiento del Agente del Ministerio Público el tipo de acción que se pretende ejercer una vez agotado el requisito de procedibilidad, pues la competencia territorial es distinta para cada una de las acciones contencioso administrativas^[350] y, por ende, la competencia del Agente del Ministerio Público resulta ser diferente para cada evento.

En efecto, tal como lo establece el artículo 134D del C.C.A, por regla general, la competencia territorial del juez se determina por el lugar donde se encuentre ubicada la sede de la entidad demandada o del domicilio del lugar del demandado. Sin embargo, para los asuntos de orden nacional se establecen algunas reglas especiales y, por tanto, de aplicación preferente, de las cuales resulta pertinente destacar las siguientes:

- i. Cuando la acción ejercida sea la de nulidad y restablecimiento del derecho, la competencia territorial se determinará por el lugar donde se expidió el acto o en el domicilio del demandado, siempre y cuando la entidad demandada tenga oficina en dicho lugar.
- ii. En aquellos asuntos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, la competencia en razón del territorio se determina por el último lugar donde se prestaron o debieron prestarse los servicios.
- iii. Para aquellos conflictos de carácter contractual, el juez competente territorialmente, es el del lugar donde se ejecutó o debió ejecutarse el contrato. En caso de que la ejecución del contrato comprenda varios departamentos, el competente será el que a prevención elija el demandante.
- iv. En los de reparación directa, la competencia territorial se determina por el lugar donde ocurrieron los hechos, las omisiones o las operaciones administrativas.

Estas reglas de competencia territorial de la Jurisdicción Contencioso Administrativa resultan ser plenamente aplicables respecto de los Agentes del Ministerio Público que deban conocer de la petición de conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad pues, se reitera, será competente el Agente del Ministerio Público destacado ante el Juez o Corporación competente para conocer de la acción que eventualmente se intentaría, en caso de no lograrse acuerdo entre las partes.

3.4. El agotamiento de la vía gubernativa como requisito de procedibilidad.

Igualmente, es trascendental que el Agente del Ministerio Público conozca de antemano la acción judicial que se pretendería ejercer por parte del convocante, pues desde el punto de vista de los requisitos de procedibilidad, algunas de las acciones requieren, además, el agotamiento de la vía gubernativa como requisito para acudir a la jurisdicción.

En efecto, el artículo 135 del C.C.A, establece la carga de agotar la vía gubernativa como requisito de procedibilidad, para aquellos casos en los que con la demanda se pretenda que se declare la nulidad de un acto particular y se restablezca el derecho, esto es, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y, en algunos eventos, la acción de controversias contractuales.

La Ley 446 de 1998, prevé, en su artículo 81, que la conciliación extrajudicial en asuntos contencioso administrativos *“sólo tendrá lugar cuando no procediere la vía gubernativa o cuando esta estuviere agotada”*. En el mismo sentido, el artículo 2° del Decreto 1716 de 2009, en su párrafo 3°, prevé que *“[c]uando la acción que eventualmente se llegare a interponer fuere la de nulidad y restablecimiento del derecho, la conciliación extrajudicial sólo tendrá lugar cuando no procedan recursos en vía gubernativa o cuando esta estuviere debidamente agotada, lo cual deberá acreditarse en legal forma ante el conciliador.”*

Teniendo en cuenta la anterior disposición, se hace indispensable para el Agente del Ministerio Público conocer la acción que se ejercería, pues en caso de encontrarse frente a una de las mencionadas acciones, el hecho de no haberse agotado la vía gubernativa tornaría improcedente la conciliación extrajudicial. Es por ello que el literal g del artículo 6 del Decreto 1716 de 2009, establece como uno de los requisitos de la petición de conciliación extrajudicial, la demostración del agotamiento de la vía gubernativa.

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que la finalidad de exigirse que en la solicitud de conciliación el convocante precise la acción que eventualmente ejercería ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es la de permitir al Agente del Ministerio Público, en tanto conciliador, identificar *i)* la viabilidad de la conciliación; *ii)* que no se haya presentado caducidad de la acción, pues en caso afirmativo aquella resulta improcedente; *iii)* la competencia territorial para tramitar el asunto; y *iv)* si se debió agotar vía gubernativa, verificar que se cumplió con el requisito de procedibilidad adicional.

2.1.4 Via gubernativa

PREGUNTA No. 29

TEMA(S): VIA GUBERNATIVA

1.- PREGUNTA.

¿Debe agotarse la vía gubernativa antes de presentar la solicitud de conciliación y, en caso positivo, cuando se considera agotada la vía gubernativa?

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• Constitución Política artículos 209 y 229;• C.C.A., arts. 40, 44, 62, 63, 64 y 135;• <i>Ley 23 de 1991, artículo 61, modificado mediante al artículo 81 de la Ley 446 de 1998;</i>• C.P.C., artículos 253 y 254;• <i>Decreto Reglamentario 1716 de 2009, artículos 2º, 6-g y 8º.</i>
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none">• Corte Constitucional, Sentencia C-319 de 2002;• Corte Constitucional, Sentencia C-060 de 1996.

3.- CONSIDERACIONES.

Para resolver el problema jurídico contenido en la pregunta anterior, se abordarán los siguientes temas *i)* el agotamiento de la vía gubernativa como requisito de procedibilidad; *ii)* casos en los que se considera cumplido el requisito de procedibilidad denominado agotamiento de la vía gubernativa *iii)* la necesidad de agotar la vía gubernativa antes de presentar la solicitud de conciliación.

3.1. El agotamiento de la vía gubernativa como requisito de procedibilidad.

En primer término, resulta importante resaltar que no debe confundirse la vía gubernativa con el agotamiento de la vía gubernativa.

En efecto, de una parte, la vía gubernativa es *“el procedimiento que se sigue ante la Administración a fin de controvertir sus propias decisiones”*^[351], es decir, es la segunda etapa del procedimiento administrativo, pues la primera etapa la constituye la actuación administrativa, como fase de formación del acto; en esta segunda etapa se permite al interesado controvertir, en sede administrativa, la decisión objeto del acto administrativo, con el fin de que se modifique, revoque o aclare.

La jurisprudencia constitucional ha destacado la doble dimensión de la vía gubernativa, al señalar que con ella *“se le da la oportunidad a la administración de ejercer una especie de justicia interna, al otorgársele competencia para decidir, previamente a la intervención del juez sobre la pretensión del particular y lograr de este modo la composición del conflicto planteado. Por su parte, para el particular se deriva una ventaja o beneficio consistente en que puede obtener a través de la referida vía, en forma rápida y oportuna, el reconocimiento de sus derechos, sin necesidad de acudir a un largo, costoso y engorroso proceso judicial”*.

“La vía gubernativa se constituye en un mecanismo, que muchas veces es sustituto del judicial, en la medida en que contribuye a satisfacer plenamente la pretensión del interesado y, además, es una institución que garantiza su derecho de defensa en cuanto le permite impugnar la decisión administrativa, a través de los recursos de ley.”^[352]

De otra parte, el agotamiento de la vía gubernativa es un requisito de procedibilidad establecido por el legislador para el ejercicio de las acciones en las que se pretenda la declaratoria de nulidad de un acto administrativo particular y el consecuente restablecimiento del derecho^[353]. En general se predica dicho requisito de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A. pero, en abstracto, puede también aplicarse, en algunos casos, respecto del ejercicio de la acción de controversias contractuales, específicamente cuando se pretende la declaratoria de nulidad de un acto administrativo contractual advirtiéndose, en todo caso, que por regla general los actos administrativos que se produzcan con motivo de la actividad contractual, sólo son susceptibles del recurso de reposición^[354], cuya interposición no resulta obligatoria para el agotamiento de la vía gubernativa^[355].

Sobre la legitimidad e importancia del mencionado requisito de procedibilidad, la Corte Constitucional^[356] ha sostenido:

“[E]l agotamiento de la vía gubernativa como presupuesto procesal de la acción contenciosa administrativa, que no es otra cosa que la utilización de los recursos consagrados en la ley para controvertir los actos que profiere la administración y que afectan intereses particulares y concretos, a juicio de la Corte no contrarían la

Constitución Política, sino por el contrario permiten dar plena eficacia a los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta.

En efecto, el agotamiento de la vía gubernativa como requisito de procedimiento establecido por el legislador, permite que el afectado con una decisión que considera vulneratoria de sus derechos, acuda ante la misma entidad que la ha proferido para que ésta tenga la oportunidad de revisar sus propios actos, de suerte que pueda, en el evento en que sea procedente, revisar, modificar, aclarar e inclusive revocar el pronunciamiento inicial, dándole así la oportunidad de enmendar sus errores y proceder al restablecimiento de los derechos del afectado, y, en ese orden de ideas, se da la posibilidad a las autoridades administrativas de coordinar sus actuaciones para contribuir con el cumplimiento de los fines del Estado (art. 209 C.P.), dentro de los cuales se encuentran entre otros los de servir a la comunidad y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (C.P. art. 2).

Por su parte, el administrado en caso de no considerar acorde con sus pretensiones el pronunciamiento de la Administración una vez agotados los recursos de vía gubernativa, podrá poner en movimiento el aparato jurisdiccional mediante la presentación de la demanda ante la jurisdicción administrativa para que sea el juez el que decida finalmente sobre el derecho que se controvierte. Así, el cumplimiento de ese requisito fijado por la ley, constituye una garantía de más para que el administrado vea plenamente realizado su derecho fundamental al debido proceso.”

Se desprende de lo anterior que mientras que la vía gubernativa, como etapa del procedimiento administrativo, supone la existencia de una decisión administrativa y otorga al interesado la oportunidad de controvertirla en sede de la administración permitiéndole, correlativamente a ella, antes de someterse a un proceso judicial revisarla a plenitud, honrando, como es su deber, los principios de la Función Administrativa contenidos en el artículo 209 superior^[357]; el agotamiento de la vía gubernativa se constituye en un requisito de procedibilidad para acudir a la Jurisdicción Contenciosa -en ejercicio del Derecho de Acceso a la Administración de Justicia^[358]-pretendiendo la declaratoria de nulidad de acto particular y el consecuente restablecimiento del derecho.

3.2. Casos en los que se considera cumplido el requisito de procedibilidad denominado agotamiento de la vía gubernativa.

El Código Contencioso Administrativo, establece que en los siguientes eventos el acto administrativo cobra **firmeza**, es decir, adquiere la plenitud su eficacia jurídica:

- “1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso.*
- 2. Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido.*
- 3. Cuando no se interpongan recursos, o cuando se renuncie expresamente a ellos.*
- 4. Cuando haya lugar a la perención, o cuando se acepten los desistimientos.”^[359]*

Debe tenerse en cuenta que a partir de la firmeza del acto administrativo, indispensable para su ejecución contra la voluntad de los interesados, se genera su carácter ejecutivo y ejecutorio.^[360] De otra parte, firmeza y agotamiento de la vía gubernativa son institutos totalmente diferentes, toda vez que la primera dice relación con la eficacia del acto, mientras que la segunda es, como se dijo, un requisito de procedibilidad, que acontece “*en los casos previstos en los numerales 1 y 2 del artículo anterior, y cuando el acto administrativo quede en firme por no haber sido interpuestos los recursos de reposición o de queja*”.^[361]

Además, se prevé que la ocurrencia del silencio administrativo negativo^[362] respecto de la petición inicial “*también agota la vía gubernativa*”^[363] e, igualmente, que cuando las autoridades administrativas “*no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, los interesados podrán demandar directamente los correspondientes actos.*”^[364]

Se desprende de lo anterior que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 62, 63 y 135 del C.C.A., el requisito de procedibilidad denominado agotamiento de la vía gubernativa se entiende cumplido en los siguientes eventos:

1. Cuando contra el respectivo acto administrativo no proceda ningún recurso;
2. Cuando los recursos -de reposición y/o el obligatorio de apelación- interpuestos se hayan decidido;
3. Cuando el acto administrativo quede en firme por no haber sido interpuestos los recursos facultativos de reposición y queja;
4. Cuando ocurre el silencio administrativo negativo en relación con la petición inicial;

5. Cuando la Administración no hubiere dado oportunidad de interponer los recursos procedentes.

3.3. La necesidad de agotar la vía gubernativa antes de presentar la solicitud de conciliación extrajudicial.

El artículo 61 de la Ley 23 de 1991, que fue modificado mediante al artículo 81 de la Ley 446 de 1998, establece en su inciso primero que:

“La conciliación administrativa prejudicial sólo tendrá lugar cuando no procediere la vía gubernativa o cuando ésta estuviere agotada”.

Por tanto, la conciliación en asuntos contencioso administrativos, como requisito de procedibilidad, solamente tiene lugar *i)* cuando en el respectivo asunto no proceda la vía gubernativa, como cuando se trata de hechos, omisiones, operaciones administrativas, ocupación temporal o permanente de inmuebles o de controversias originadas en contratos estatales, o cuando *ii)* la vía gubernativa estuviere debidamente agotada, estos es, en los eventos enunciados en el numeral inmediatamente anterior.

En consonancia con lo anterior, el Decreto Reglamentario 1716 del 14 de mayo de 2009, establece que *“cuando la acción que eventualmente se llegare a interponer fuere la de nulidad y restablecimiento del derecho, la conciliación extrajudicial sólo tendrá lugar cuando no procedan recursos en la vía gubernativa o cuando esta estuviere debidamente agotada, lo cual deberá acreditarse, en legal forma, ante el conciliador.”*^[365]

Así mismo, prevé el referido decreto, al ocuparse de los requisitos de la petición de conciliación extrajudicial, que ésta debe contener *“la demostración del agotamiento de la vía gubernativa, cuando ello fuere necesario”*^[366], aspecto sobre el cual resulta importante tener en consideración que, puesto que la acreditación del agotamiento de la vía gubernativa, en general, se hace mediante prueba documental, (V. gr., aportando copia del correspondiente acto administrativo con la constancia de su notificación –diligencia en la cual se deben indicar al interesado los recursos que proceden, ante quien deben interponerse y los plazos para hacerlo^[367]- o aportando los actos mediante los cuales se decidieron los recursos interpuestos en sede administrativa), tales pruebas deben aportarse por el convocante *“teniendo en cuenta los requisitos consagrados en los artículos 253^[368] y 254^[369] del Código de Procedimiento Civil”*^[370], es decir, en original o fotocopia autenticada, destacando que con la notificación personal se ha de entregar al notificado copia íntegra **y auténtica** de la respectiva decisión^[371].

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que previo a la presentación de la petición de conciliación, el interesado debe, en los eventos en que a ello haya lugar, haber cumplido con el requisito de procedibilidad denominado agotamiento de la vía gubernativa, el cual acontece en los siguientes eventos: *i)* Cuando contra el respectivo acto administrativo no proceda ningún recurso; *ii)* Cuando los recursos -de reposición y/o el obligatorio de apelación- interpuestos se hayan decidido; *iii)* Cuando el acto administrativo quede en firme por no haber sido interpuestos los recursos facultativos de reposición y queja; *iv)* Cuando ocurre el silencio administrativo negativo en relación con la petición inicial; y *v)* Cuando la Administración no hubiere dado oportunidad de interponer los recursos procedentes.

2.1.5 Argumentos

PREGUNTA No. 30

TEMA(S): SOLICITUD DE CONCILIACION / ARGUMENTOS
--

1.- PREGUNTA.

<p><i>¿Pueden esgrimirse en la solicitud de conciliación argumentos jurídicos nuevos o diferentes a los contenidos en los recursos de la vía gubernativa?</i></p>
--

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• C.C.A. artículos 62, 63 y 135;• Ley 23 de 1991, artículo 61, modificado por el artículo 81 de la Ley 446 de 1998;• Decreto Reglamentario 1716 de 2009, artículos 2º, párrafo 3 y 6º literal g.
------------------------	--

3.- CONSIDERACIONES.

Cuando en la acción que, eventualmente, ejercería el convocante en caso de no lograrse acuerdo conciliatorio, se formularían pretensiones relativas a la declaratoria de nulidad de un acto administrativo de carácter particular y el

consecuente restablecimiento del derecho^[372] se debe, antes de presentar la solicitud de conciliación extrajudicial, agotar vía gubernativa^[373].

Por lo anterior, uno de los requisitos que debe contener la solicitud de conciliación extrajudicial es la demostración del agotamiento de la vía gubernativa^[374]. Sin embargo, debe precisarse que los argumentos expuestos por el interesado como sustento del recurso o recursos interpuestos en sede administrativa, no necesariamente tienen que coincidir con los que incorpore en la solicitud de conciliación, por la razones que a continuación se enuncian:

i) En primer término debe tenerse en cuenta que, de conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 6° del Decreto 1716 de 2009 no constituye, por regla general, requisito de la petición de conciliación la exposición de los fundamentos de Derecho, como si se dispone respecto de los recursos en vía gubernativa -toda vez que el escrito correspondiente debe contener, entre otros, el requisito referente a la “*expresión concreta de los motivos de inconformidad*”^[375] – e igualmente, respecto de la demanda –la cual ha de contener “*los fundamentos de derecho de las pretensiones*”^[376].-

ii) Lo anterior sería suficiente para concluir que puesto que el convocante no está obligado a incluir expresamente los fundamentos de Derecho de su solicitud de conciliación, lógicamente tales fundamentos no tienen que coincidir con los que se esgrimieron en la vía gubernativa. No obstante, es usual que el convocante incorpore en la petición de conciliación argumentos jurídicos que sirvan de sustento a la solicitud, lo cual contribuye de manera importante al estudio jurídico que debe realizar la entidad pública -que con frecuencia obra el calidad de convocada-, pues aportar serios elementos de juicio implica el deber correlativo de analizarlos a fin de tomar una decisión bien argumentada y de fondo.

iii) Si así lo hace la parte convocante, tales argumentos pueden ser totalmente idénticos, parcialmente idénticos o totalmente diferentes a los manifestados en la vía gubernativa.

Esto porque si obligatoriamente tuviera que acudir a argumentos exactamente iguales a los esgrimidos en los recursos administrativos, perdería toda relevancia la solicitud de conciliación toda vez que tales argumentos ya fueron estudiados y decididos por la entidad convocada tanto al desatar el recurso de reposición como el de apelación, pues ha de recordarse que de estos recursos debe hacerse uso en forma simultánea en la diligencia de notificación personal del respectivo acto o dentro de los cinco días hábiles siguientes a ella^[377].

iv) De otra parte, es posible que algunos de los argumentos utilizados al interponer los recursos en vía gubernativa deban ser desechados por el

convocante al llegar a la convicción de que, efectivamente, carecen de vocación de prosperidad y mal podría obligársele a seguir invocando de manera obstinada un fundamento del cual ya no está convencido.

Así mismo, puede ocurrir que del contenido de los actos que desaten los recursos de reposición y/o de apelación surjan nuevos argumentos que, desde luego, no pudieron ser expuestos previamente, máxime si se tiene en cuenta que el contenido de los recursos interpuestos no limita las facultades de la Administración y que contra los actos que deciden tales recursos no proceden nuevos recursos en vía gubernativa^[378].

v) En fin, debe tenerse en consideración que el interesado puede interponer los recursos en vía gubernativa si necesidad de estar representado por un abogado, tal como se desprende del artículo 52 del C.C.A., numeral 1° e inciso final, motivo por el cual los argumentos utilizados pueden haberse derivado sencillamente del sentido común, pero encontrarse lejos de una real defensa técnica, mientras que, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 3° del artículo 1° de la Ley 640 de 2001, todo el trámite de la conciliación extrajudicial en asuntos contencioso administrativos, desde la presentación misma de la solicitud, debe verificarse mediante apoderado quien debe ser abogado inscrito y, por tanto, tiene el conocimiento para elaborar una compleja estrategia jurídica de defensa.

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto, se concluye que en la solicitud de conciliación pueden esgrimirse argumentos jurídicos nuevos, total o parcialmente diferentes a los utilizados al interponer los recursos procedentes en vía gubernativa.

2.1.10 Acumulación.

PREGUNTA No. 31

TEMA(S): ACUMULACION DE CONCILIACIONES

1.- PREGUNTA.

<i>¿Es jurídicamente posible la acumulación de pretensiones y/o de conciliaciones extrajudiciales?</i>

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• C.C.A., artículos 29 y 145;• C.P.C., artículos 82 y 157.
------------------------	---

3.- CONSIDERACIONES.

La acumulación de pretensiones consiste en la “*unión de varias pretensiones en una misma demanda*”^[379], mientras que la acumulación de procesos hace referencia a la fusión de dos o más procesos que habrán de decidirse en una misma sentencia.

La razón de ser de tales institutos hace referencia a “*la conveniencia de evitar a las partes y al juez la pérdida de tiempo y de dinero resultantes de seguirse diversos procesos sobre derechos que pueden discutirse en uno sólo; y por el otro, en la necesidad de evitar sentencias contradictorias sobre unos mismos asuntos.*”^[380]

La procedencia tanto de la acumulación de pretensiones como de la acumulación de procesos en los asuntos asignados a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se encuentra expresamente prevista en el artículo 145 del C.C.A., modificado por el artículo 7° de la Ley 446 de 1998 norma que, para todos los efectos, remite a las disposiciones del C.P.C. sobre la materia. Dado el diferente tratamiento legal previsto en este cuerpo normativo, para resolver el problema jurídico contenido en la pregunta anterior se abordarán los siguientes temas *i)* acumulación de pretensiones en el proceso Contencioso Administrativo; *ii)* acumulación de procesos Contencioso Administrativos; *iii)* acumulación de pretensiones en una misma solicitud de conciliación extrajudicial; *iv)* acumulación de conciliaciones.

3.1 Acumulación de pretensiones en el proceso Contencioso Administrativo.

Orientado por el principio de economía procesal, el artículo 82 del C. P. C. permite a la parte actora acumular, en una misma demanda, varias pretensiones contra la parte accionada, siempre que se reúnan los siguientes requisitos: que el juez sea competente para conocer de todas, que las pretensiones no se excluyan entre sí y que todas las pretensiones esgrimidas puedan tramitarse por el mismo procedimiento.

Así mismo, la mencionada norma contiene una disposición, relativa a la llamada *acumulación subjetiva*, que resulta ser pertinente en cuanto al asunto objeto de la pregunta, toda vez que permite, siempre que se cumplan los requisitos expuestos, formular en una misma demanda “*pretensiones de varios demandantes o contra varios demandados, siempre que aquellas provengan de la misma causa o versen sobre el mismo objeto, o se hallen entre sí en relación de dependencia, o deban servirse específicamente de unas mismas pruebas aunque sea diferente el interés de unos y otros.*” Sin embargo, la doctrina autorizada ha esgrimido fuertes críticas respecto del aparte normativo transcrito al considerar, de manera acertada, que tipifica “*una acumulación ambigua, vaga e imprecisa que, en la mayoría de los casos en los que se la utiliza, que afortunadamente son pocos, porque, así lo han comprendido los litigantes que prefieren no acudir a ella, lo único que trae es confusión al proceso, dadas las discutibles bases en que se establece la conexión que permite utilizar esta modalidad de acumulación.*”^[381]

En materia contencioso administrativa, pese a que el procedimiento ordinario es común para las acciones en las cuales resulta aplicable la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad^[382], la acumulación de pretensiones presenta un mayor grado de dificultad práctica, toda vez que el mismo Código que regula la materia confunde las acciones con las pretensiones (V. Gr. Reparación Directa, Nulidad, Nulidad y Restablecimiento del Derecho), lo que en muchos casos lleva a que la Jurisdicción Contenciosadeclare excepciones como la de indebida acumulación de pretensiones o indebida acumulación de acciones.

Sobre el particular, la doctrina ha puesto de presente que no es jurídicamente procedente acumular pretensiones de acción electoral y de nulidad y restablecimiento; de acción de nulidad y de nulidad y restablecimiento; de acción de nulidad y restablecimiento y reparación directa^[383].

De otra parte, en cuanto hace referencia a la acción de controversias contractuales el asunto encuentra mayor flexibilidad toda vez que esta acción se caracteriza por ser *pluripretensional*, es decir, mediante ella el actor puede solicitar que se declare, entre otras, la existencia de un contrato estatal, su nulidad, su incumplimiento, su revisión, su liquidación y, así mismo que se declare la nulidad de actos administrativos expedidos con ocasión de la actividad contractual del Estado.^[384]

3.2. Acumulación de procesos Contencioso Administrativos.

La acumulación de procesos contencioso administrativos procede a instancia de cualquiera de las partes o de oficio^[385], siempre que se encuentren en la misma instancia, en los siguientes eventos:

“1. Cuando las pretensiones formuladas habrían podido acumularse en la misma demanda.

2. Cuando el demandado sea el mismo y las excepciones propuestas se fundamenten en los mismos hechos, salvo que aquéllas tengan el carácter de previas.

3. Cuando existan varios procesos de ejecución en los cuales se persiga exclusivamente la misma cosa hipotecada o dada en prenda.

4. Cuando en los procesos de que trata el numeral anterior, todos los acreedores que hayan concurrido convengan en que se acumulen a un ejecutivo quirografario que contra el mismo deudor se adelante por otros acreedores.”^[386]

Para los asuntos contencioso administrativos interesan los eventos descritos en el primero de los numerales anteriores destacando, en primer término, que desde luego en el trámite conciliatorio no resulta procedente la formulación de excepciones, y que, además, en esta jurisdicción no se prevé el trámite de excepciones previas y, de otro lado, que la competencia y trámite de la acumulación de procesos se encuentra regulada en los artículos 158 y 159 del C. P. C., respectivamente.

3.3. Acumulación de pretensiones^[387] en una misma solicitud de conciliación extrajudicial.

Puesto que en la normatividad que disciplina la conciliación extrajudicial en asuntos Contencioso Administrativos, no existen disposiciones que regulen, de manera expresa, el tema relativo a la que podría denominarse *acumulación de pretensiones* y teniendo en cuenta que se trata de un requisito de procedibilidad para el ejercicio de las acciones consagradas en los artículos 85, 86 y 87 del C.C.A., ha de acudir a la normatividad prevista para el efecto en materia judicial, de suerte que, en principio, puede afirmarse que en una solicitud de conciliación extrajudicial procede la acumulación de pretensiones que sería jurídicamente procedente en la demanda que se llegare a presentar ante la Jurisdicción Contenciosa y, a contrario *sensu*, aquella tiene las mismas limitaciones establecidas para ésta.

No obstante lo anterior resulta importante que bien el convocante o el respectivo agente del Ministerio Público, se formulen los siguientes interrogantes para un cabal y adecuado ejercicio de la figura: en primer lugar, ¿realmente se presentará una sola demanda? o se presentarán varias

demandas y entonces ¿lo que se quiere es acumular de manera indebida varias solicitudes de conciliación en un solo trámite, en desmedro de la efectividad jurídica y práctica de la conciliación?

De otra parte, debe tenerse en consideración un asunto que si bien pareciera de carácter extrajurídico, dice relación con la eficacia del eventual acuerdo al que puedan llegar las partes: ¿pese a ser procedente, resulta conveniente la acumulación de pretensiones en una sola solicitud de conciliación? Esto último, en especial referencia a la llamada acumulación subjetiva de pretensiones, máxime si se tienen en cuenta tanto las fundamentadas críticas que al respecto ha formulado la doctrina, puestas de presente en numeral anterior, como el criterio dominante según el cual el juez aprueba o imprueba todo el acuerdo conciliatorio, lo que puede dar al traste con una conciliación que involucre a varios individuos cuando el juez considere que respecto de uno de ellos el acuerdo ha de ser improbadado, por ejemplo, por falta de pruebas, por haber ocurrido la caducidad o por falta de agotamiento de la vía gubernativa.

Teniendo en cuenta lo anterior, si el interesado insiste en incluir en una misma solicitud de conciliación pretensiones independientes de diferentes sujetos convocantes, como podría presentarse cuando varios exfuncionarios han sido retirados del servicio mediante un mismo acto administrativo o cuando diferentes personas han sufrido perjuicios directos e independientes provenientes del mismo accidente de tránsito, es perfectamente razonable y, desde luego, aconsejable, que el agente del Ministerio Público celebre una audiencia de conciliación respecto de cada uno de los convocantes y, por tanto, eleve un acta independiente para cada uno de los acuerdos logrados y las remita en forma individual para su aprobación judicial junto con los soportes respectivos.

3.4. Acumulación de conciliaciones.

El tema relacionado con la acumulación de trámites conciliatorios que se estén adelantando en forma independiente ante los agentes del Ministerio Público, tampoco ha sido expresamente regulado, pero si en las normas generales que regulan las actuaciones administrativas contenidas en el Código Contencioso Administrativo, las cuales resultan aplicables al Ministerio Público, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° de este cuerpo normativo.

En efecto, el artículo 29 del C.C.A., hace referencia a la formación y examen de expedientes en el curso de la primera etapa del procedimiento administrativo y determina que:

“Cuando hubiere documentos relacionados con una misma actuación o con actuaciones que tengan el mismo efecto, se hará con todos un solo expediente al cual se acumularán, de oficio o a petición de interesado, cualesquiera otros que se tramiten ante la misma autoridad y tengan relación íntima con él para evitar decisiones contradictorias.

Si los documentos se tramitaren ante distintas autoridades, la acumulación se hará en aquella en que se inició primero una actuación.

Si alguna se opone podrá acudir, sin más trámite, al proceso de definición de competencias.

Cualquier persona tendrá derecho a examinar los expedientes en el estado en que se encuentren, y de obtener copias y certificaciones sobre los mismos, que se entregarán en plazo no mayor de tres (3) días. Con los documentos que, por mandato de la Constitución Política o de la ley, tengan carácter de reservados y obren dentro de un expediente, se hará cuaderno separado.”

Se tiene de lo anterior que, bien de oficio o a petición del interesado, se pueden acumular en un sólo expediente de conciliación documentos relacionados con actuaciones que tengan el mismo efecto e íntima relación jurídica entre sí, esto es, cuando las diferentes pretensiones formuladas habrían podido acumularse en una misma solicitud de conciliación^[388], de acuerdo con lo señalado en el numeral anterior, por lo que al respecto se formulan idénticas advertencias en torno a la conveniencia real de la acumulación.

De otra parte, ha de tenerse en cuenta que si las conciliaciones extrajudiciales se encuentran en trámite ante distintos procuradores judiciales, la acumulación se hará en aquel trámite en el que se *inició primero una actuación*, esto es, el que primero admitió.

El inciso tercero de la norma transcrita prevé que si alguna de las autoridades involucradas se opone a la acumulación *podrá acudir, sin más trámite, al proceso de definición de competencias*. Sobre el particular debe precisarse que el artículo 88 del C.C.A., contemplaba la llamada *acción de definición de competencias administrativas*; sin embargo, esta norma fue derogada mediante el artículo 4° de la Ley 954 de 2005. Por lo anterior, en caso de presentarse oposición por parte de algún procurador judicial, el asunto habrá de ser resuelto por el Coordinador de dichos procuradores, para lo cual resulta adecuado el mecanismo de la Agencia Especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 262 de 2000.

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que, en asuntos Contencioso Administrativos, la acumulación de pretensiones en una misma solicitud de conciliación extrajudicial resulta jurídicamente procedente en aquellos eventos en los cuales sería viable la acumulación de pretensiones ante la Jurisdicción Contenciosa. Así mismo, resulta viable la acumulación de conciliaciones extrajudiciales cuando las *pretensiones* formuladas en las diferentes solicitudes habrían podido acumularse en una misma solicitud. Sin embargo, en ambos casos, al momento de tomar la respectiva decisión, debe tenerse en cuenta si la utilización de la figura resulta, o no, realmente conveniente desde el punto de vista de la eficacia práctica de la figura.

2.2.4 Desistimiento.

PREGUNTA No. 32

TEMA(S): DESISTIMIENTO DE LA SOLICITUD

1.- PREGUNTA.

<p><i>¿Puede desistirse de la solicitud de conciliación? En caso positivo, ¿cuáles son los efectos respectivos?</i></p>

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• Ley 1285 del 2009, artículo 13;• Código Contencioso Administrativo, artículo 8°.
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none">• Corte Constitucional, Sentencia T- 146 A del 2003.

3.- CONSIDERACIONES.

El artículo 6° del Decreto 1716 de 2009 establece que la solicitud de conciliación extrajudicial en asuntos Contencioso Administrativos, debe realizarse mediante escrito que puede ser presentado de forma individual o conjunta por los interesados, ante el respectivo agente del Ministerio

Público. En caso de ser individual, el convocante debe presentar previamente copia de la solicitud ante la entidad convocada.

Se tiene así que tanto la solicitud de conciliación dirigida a la entidad pública convocada como la dirigida al Agente del Ministerio Público, obedece a la presentación de una solicitud respetuosa ante una autoridad, con motivo de un interés particular, por lo que se trata, sin lugar a dudas, del ejercicio del Derecho de Petición consagrado en el artículo 23 de la Carta.

Por su parte, el artículo 8° del Código Contencioso Administrativo establece que los interesados pueden desistir en cualquier tiempo de sus peticiones, lo que implica que la solicitud de conciliación, como manifestación del derecho de petición, resulta ser de carácter desistible; sin embargo, ha de tenerse en cuenta que puesto que la petición de conciliación se ha de formular mediante apoderado, quien deberá ser abogado inscrito, el respectivo poder ha de contener la facultad expresa para el efecto^[389].

En sentido amplio, se entiende el desistimiento como *“una declaración de voluntad y un acto jurídico procesal, en virtud del cual, el interesado expresa su intención de separarse de la acción intentada, o de la oposición que ha formulado, del incidente que ha promovido o del recurso que ha interpuesto.”*^[390]

El desistimiento ha de ser unilateral, voluntario, espontáneo, incondicional y expreso y una vez aceptado implica que la solicitud de conciliación se tiene por no presentada, por lo que los efectos que, potencialmente, podría haber producido la presentación de la solicitud, especialmente los relativos a la suspensión del término de caducidad, se tienen como si jamás se hubieran producido.

La decisión de trámite mediante la cual el Agente del Ministerio Público acepta el desistimiento presentado por el apoderado del convocante, ha de ser comunicada tanto a la entidad convocada como al mismo particular convocante y en ella se dispondrá la devolución de los documentos aportados con la solicitud, dejando en el Despacho las copias a que haya lugar. Se destaca que esta decisión en ningún momento implica la expedición de las constancias a que se refiere el artículo 2° de la Ley 640 de 2001, de donde se tiene que, en tales eventos, no se entiende agotado el requisito de procedibilidad.

Así mismo, si el desistimiento no se refiere a la totalidad de las pretensiones o si solo proviene de alguno de los convocantes, el trámite conciliatorio debe continuar respecto de los asuntos o personas restantes.

Finalmente, el desistimiento de la solicitud de conciliación no implica la renuncia a las pretensiones, por lo que el interesado puede volver a solicitar

la conciliación extrajudicial –desde luego teniendo en consideración los respectivos términos de caducidad- ante el Ministerio Público, caso en el cual habrá de manifestar que efectivamente se presentó solicitud pero que se desistió de ella por lo que dicha solicitud no produjo nunca efecto alguno o, incluso, puede el particular interesado proceder a presentar directamente la respectiva demanda si considera, bajo su responsabilidad, que para el asunto en concreto no opera la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad.

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que, tratándose de conciliación extrajudicial en asuntos Contencioso Administrativos, el convocante puede desistir en forma unilateral, libre y espontánea e incondicionalmente de la respectiva petición, caso en el cual se tendrá por no presentada la solicitud y, por tanto, no habrá producido efecto alguno.

3. COMITES DE CONCILIACION

3.1 COMO ÓRGANO COMPETENTE PARA DECIDIR SI CONCILIA O SE ABSTIENE DE HACERLO.

PREGUNTA No. 33

TEMA (S) COMITÉ DE CONCILIACION
--

1.- PREGUNTA.

<i>¿Quién es el órgano competente en una entidad pública para decidir si concilia o no?</i>

2. MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• <i>Ley 446 de 1998</i>, art. 75.• <i>Decreto 1716 de 2009</i>, arts. 15, 16, 17 y 19.
------------------------	--

3. CONSIDERACIONES.

Para resolver el problema jurídico se abordarán los siguientes temas: *i)* Los Comités de Conciliación y *ii)* La asunción de las funciones del Comité de Conciliación por el representante legal.

3.1. Los Comités de Conciliación.

Ha sido constante la preocupación de formular estrategias tendientes a mejorar el acceso a la justicia y es en este contexto que se ha tratado de fortalecer y estimular la utilización de los llamados mecanismos alternativos que permiten solucionar controversias de manera eficaz, rápida y de mayor beneficio para los interesados, entre tales mecanismos se destaca la conciliación. Pese a lo anterior, y en cuanto a los asuntos Contencioso Administrativos se refiere, la conciliación no ha logrado consolidarse como un mecanismo eficaz, principalmente por la negativa que sin fórmula de juicio y en ocasiones dan las entidades públicas de no contemplar seriamente la posibilidad de componer los conflictos mediante su utilización, en la mayoría de las ocasiones por mitos, miedos, o desconocimiento de la institución.

Con la idea de incentivar la solución de conflictos a través de la conciliación, el legislador consideró pertinente disponer de la creación de un órgano interno en cada una de las entidades públicas que atienda, estudie y decida tales asuntos, dando así origen a los Comités de Conciliación, instancias que a partir de la entrada en vigencia de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad han cobrado trascendencia, aunque en ocasiones ha sido inadvertido y en otras tantas objeto de reformas estructurales que permitan su adecuación a la nueva realidad jurídica en procura de que resuelvan la conflictividad en tiempo real.

Para abordar el tema relacionado con los Comités de Conciliación, se revisará *i)* su creación; *ii)* naturaleza jurídica; *iii)* conformación y *iv)* funciones.

3.1.1. Creación de los Comités de Conciliación.

En vista de la necesidad de fortalecer la implementación y eficacia de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, en especial de la conciliación en el ámbito contencioso administrativo el legislador, con buen criterio, mediante la Ley 446 de 1998^[391], optó por establecer a cargo de las entidades y organismos públicos del orden nacional, departamental, distrital, de los municipios capital de departamento, así como de los entes descentralizados de estos mismos niveles, la obligación de integrar un Comité de Conciliación^[392].

Se trata de la creación, que resulta facultativa para las demás entidades públicas^[393], de una instancia especializada de primer orden al interior de

cada entidad, encargada, en general, de la Gerencia Jurídica y que tiene como objeto coordinar las políticas sobre prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la entidad, el impulso de las acciones de repetición^[394] y del llamamiento en garantía con tales fines, además de decidir -en cada caso específico- sobre la procedencia de la conciliación o cualquier otro mecanismo alternativo de solución de conflictos^[395].

3.1.2. Naturaleza Jurídica de los Comités de Conciliación.

En cuanto a la naturaleza jurídica del órgano en cuestión, es clara la ley al señalar que *“el Comité de Conciliación es una instancia administrativa que actúa como sede de estudio, análisis y formulación de políticas sobre prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la entidad”*.^[396]

Esta instancia administrativa cobra hoy un papel trascendental al interior de cada entidad pública, toda vez que al avocar el estudio de cada solicitud de conciliación, ha de entrar a revisar de manera detallada y diligente la juridicidad de los hechos, omisiones, actos y contratos que sirven de fundamento fáctico al convocante y por esa vía determinar la existencia de los presupuestos fácticos y jurídicos que hagan viable la conciliación.

Puede decirse, sin exageración alguna, que en buena medida la eficacia de la conciliación extrajudicial en asuntos Contencioso Administrativos, depende de la prontitud, seriedad, imparcialidad y compromiso, con los que se aborde el análisis de las solicitudes de conciliación por parte de dichos comités.

3.1.3. Conformación de los Comités de Conciliación.

Con respecto a la conformación de los Comités de Conciliación, el artículo 75 de la Ley 446 de 1998, establece que estará integrado *“por los funcionarios del nivel directivo que se designen”*.

Dicha norma fue reglamentada por el Decreto 1214 de 2000, el cual fue derogado por el Decreto 1716 de 2009, actualmente vigente, en cuyo artículo 17 se establece que concurrirán con voz y voto y serán miembros permanentes de dicho órgano los siguientes funcionarios:

- El jefe, director, gerente, presidente o representante legal del ente respectivo o su delegado.
- El ordenador del gasto o quien haga sus veces.
- El Jefe de la Oficina Jurídica o de la dependencia que tenga a su cargo la defensa de los intereses litigiosos de la entidad.

- Dos (2) funcionarios de dirección o de confianza que se designen conforme a la estructura orgánica de cada ente.

Señala el artículo que la participación de estos funcionarios en el Comité será indelegable, salvo las excepciones establecidas respecto del representante legal y del Secretario Jurídico de la Presidencia de la República, para el caso específico del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, quienes podrán delegar la asistencia y participación en el comité de conciliación.^[397]

Pueden concurrir a las sesiones pero sólo con derecho a voz:

- Los funcionarios que por su condición jerárquica y funcional deban asistir según el caso concreto;
- El apoderado que represente los intereses de la entidad en el asunto a discutir;
- El jefe de la oficina de control interno o quién haga sus veces y
- El Secretario Técnico del Comité.^[398]

Finalmente, el Comité está facultado para invitar a sus sesiones a un funcionario de la Dirección de Defensa Jurídica del Estado, del Ministerio del Interior y de Justicia, quien podrá asistir únicamente con el derecho de voz.^[399]

3.1.4. Funciones del Comité de Conciliación.

Como se señaló anteriormente, el Comité de Conciliación, en tanto instancia administrativa, tiene a su cargo el estudio, análisis y formulación de políticas sobre prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la entidad y el examen en cada caso concreto sobre la procedencia de la conciliación o cualquier otro mecanismo alternativo de solución de conflictos.^[400]

Con el fin de alcanzar dichos objetivos, el Decreto 1716 de 2009, en su artículo 19, establece las siguientes trascendentales funciones específicas que deben ejercer los Comités de Conciliación:

1. Formular y ejecutar **políticas de prevención del daño antijurídico.**
2. Diseñar las políticas generales que orientarán la **defensa de los intereses** de la entidad.

3. Estudiar y evaluar los procesos que cursen o hayan cursado en contra del ente, para **determinar las causas generadoras de los conflictos**; el índice de condenas; los tipos de daño por los cuales resulta demandado o condenado; y las deficiencias en las actuaciones administrativas de las entidades, así como las deficiencias de las actuaciones procesales por parte de los apoderados, con el objeto de proponer correctivos.

4. Fijar **directrices institucionales para la aplicación de los mecanismos de arreglo directo**, tales como la transacción y la conciliación, **sin perjuicio de su estudio y decisión en cada caso concreto**. Aquí las funciones son diferentes, puesto que la primera está relacionada con actividades generales particulares.

5. **Determinar, en cada caso, la procedencia o improcedencia de la conciliación** y señalar la posición institucional que fije los parámetros dentro de los cuales el representante legal o el apoderado actuará en las audiencias de conciliación. Para tal efecto, el Comité de Conciliación deberá analizar las pautas jurisprudenciales consolidadas, de manera que se concilie en aquellos casos donde exista identidad de supuestos con la jurisprudencia reiterada.^[401]

Así mismo, corresponde al Comité, verificar que se publiquen en la página web de la respectiva entidad, las actas contentivas de los acuerdos conciliatorios celebrados^[402] ante los agentes del Ministerio Público, dentro de los tres (3) días siguientes a su suscripción, con miras a garantizar la publicidad y transparencia de los mismos.

6. Evaluar los procesos que hayan sido fallados en contra de la entidad con el fin de **determinar la procedencia de la acción de repetición** e informar al Coordinador de los agentes del Ministerio Público ante la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo las correspondientes decisiones anexando copia de la providencia condenatoria, de la prueba del pago y señalando el fundamento de la decisión en los casos en que se decida no instaurar la acción de repetición.

7. **Determinar la procedencia o improcedencia del llamamiento en garantía** con fines de repetición.

8. Definir los **criterios para la selección de abogados externos** que garanticen su idoneidad para la defensa de los intereses públicos y realizar seguimiento sobre los procesos a ellos encomendados.

9. Designar al funcionario que ejercerá la Secretaría Técnica del Comité, preferentemente un profesional del Derecho.

10. Dictarse su propio reglamento.

Como se puede advertir, tales funciones resultan ser de la mayor importancia y, a su vez, de la mayor complejidad, por lo que requieren por parte de los miembros del Comité especial dedicación y es por ello que deben sesionar “*mínimo dos veces al mes, y cuando las circunstancias lo exijan.*”^[403]

3.2. Asunción de las funciones del Comité de Conciliación por parte del representante legal.

Como se señaló anteriormente, no todas las entidades públicas están obligadas a constituir Comités de Conciliación, sino únicamente aquellas señaladas, expresamente, en el artículo 75 de la Ley 446 de 1998, siendo entonces posible que las demás entidades decidan voluntariamente si los constituyen o no.

Por tanto, no se debe perder de vista que aunque las referidas funciones han sido atribuidas a los Comités de Conciliación, en aquellas entidades en las cuales, por ser facultativa su creación, se haya optado por no implementar dicha instancia administrativa, será el representante legal quien asume en forma exclusiva su ejercicio^[404] y, desde luego las responsabilidades que de dicho ejercicio se puedan derivar.

No obstante, resulta aconsejable que las entidades que cuentan con la posibilidad de integrar el Comité de Conciliación, hagan uso de dicha facultad en forma voluntaria, pues de no hacerlo se estarían concentrando en el respectivo representante legal, funciones de la mayor trascendencia que, en sí mismas, dada su multiplicidad y complejidad, requieren del trabajo complementario, muchas veces multidisciplinario, de distintos funcionarios pues las decisiones que se adopten en el ejercicio de tales funciones tienen incidencia en distintos ámbitos.

Por ende, la creación del Comité de Conciliación resulta conveniente, pues le otorga la posibilidad al representante legal de la entidad de contar con la colaboración institucional y reglada de otros funcionarios quienes por sus especiales calidades y conocimientos le pueden brindar un mejor panorama de cada uno de los asuntos sometidos a análisis, lo que se traduce en la adopción de decisiones adecuadas y benéficas para la entidad.

4. RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que el órgano competente en una entidad pública para decidir si concilia o no, es el Comité de Conciliación constituido ya por ser de carácter obligatorio para la respectiva entidad o de

manera voluntaria, dada la conveniencia de su integración. En aquellas entidades que no hagan uso de la facultad de crear el mencionado Comité, la competencia será asumida íntegramente por el representante legal de la respectiva entidad.

1.3.6 Certificado de disponibilidad presupuestal

PREGUNTA No. 34

TEMA(S): CERTIFICADO DE DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL
--

1. PREGUNTA.

<i>¿Se necesita Certificado de Disponibilidad Presupuestal para que el Comité de Conciliación pueda tomar la decisión de conciliar?</i>
--

2. MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Constitución Política</i>, art. 346; • <i>Ley 179 de 1994</i>, arts. 49 y 65; • <i>Decreto 568 de 1996</i>, arts. 19, 20 y 23; • <i>Decreto 1716 de 2009</i>, art. 16; • <i>Directiva Presidencial 05, del 22 de mayo de 2009;</i> • <i>Circular 005, del Procurador General de la Nación, del 3 de febrero de 2009.</i>
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 15 de Mayo de 1997, Radicación No. 4014, Consejero Ponente: Juan Alberto Polo Figueroa;</i> • <i>Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección B, Sentencia del 19 de febrero de 1998, Radicación No. ACU-169, Consejero Ponente: Carlos Arturo Orjuela Góngora.</i>

3. CONSIDERACIONES.

Para resolver el problema jurídico se abordarán los siguientes temas: *i)* el Certificado de Disponibilidad Presupuestal, *ii)* el Certificado de Disponibilidad Presupuestal y su relación con conciliación extrajudicial de conformidad con el Estatuto Orgánico del Presupuesto y *iii)* el estado actual del asunto.

3.1. El Certificado de Disponibilidad Presupuestal.

El Decreto 568 de 1996, mediante el cual se reglamentaron las Leyes 38 de 1989, 179 de 1994 y 225 de 1995, Orgánicas del Presupuesto General de la Nación, establece en su artículo 19 que el Certificado de Disponibilidad Presupuestal, es aquel *“documento expedido por el jefe de presupuesto o quien haga sus veces con el cual se garantiza la existencia de aprobación presupuestal disponible y libre de afectación para la asunción de compromisos”*.

En voces de la doctrina, la expedición del certificado tiene como finalidad, *“afectar el presupuesto provisionalmente hasta tanto se perfeccione el acto que respalda el compromiso y se efectuó el respectivo registro presupuestario”*^[405].

Lo anterior resulta entendible, en la medida en que sólo con la ejecución de esta última operación se logra perfeccionar el compromiso lo cual afecta en forma definitiva el presupuesto público en el rubro correspondiente, garantizándose así que la correspondiente partida no pueda ser utilizada en una finalidad distinta.^[406]

3.2. La incidencia del Certificado de Disponibilidad Presupuestal en la conciliación extrajudicial de conformidad con el Estatuto Orgánico del Presupuesto.

Al revisar las distintas normas que conforman la Ley Orgánica del Presupuesto, se pueden encontrar ciertas disposiciones que hacen referencia al Certificado de Disponibilidad Presupuestal; sin embargo, ninguna de estas lo establece como requisito previo la conciliación extrajudicial.

En efecto, la Ley 38 de 1989 no contiene norma alguna que expresamente regule la materia. Posteriormente, mediante la Ley 179 de 1994, se incorporaron dos normas relacionadas con el Certificado de Disponibilidad Presupuestal y el pago de obligaciones provenientes de sentencias, laudos y conciliaciones contenidas en sus artículos 49 y 65, los que establecen lo siguiente:

“Artículo 49. *El artículo 86 de la ley 38 de 1.989 quedará así:*

Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos.

Igualmente, estos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a ningún otro fin. En este registro se deberán indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a que haya lugar. Esta operación es un requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos.

En consecuencia, ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible, o sin la autorización previa del Confis o por quien éste delegue, para comprometer vigencias futuras y la adquisición de compromisos con cargo a los recursos del crédito autorizados.

Para las modificaciones a las plantas de personal de los órganos que conforman el Presupuesto General de la Nación, que impliquen incremento en los costos actuales, será requisito esencial y previo la obtención de un certificado de viabilidad presupuestal, expedido por la Dirección General del Presupuesto Nacional en que se garantice la posibilidad de atender estas modificaciones.

Cualquier compromiso que se adquiriera con violación de estos preceptos creará responsabilidad personal y pecuniaria a cargo de quien asuma estas obligaciones”.

*“**Artículo 65.** Los créditos judicialmente reconocidos, los laudos arbitrales **y las conciliaciones** se presupuestarán en cada sección presupuestal a la que corresponda el negocio respectivo y con cargo a sus apropiaciones se pagarán las obligaciones que se deriven de éstos.*

Será responsabilidad de cada órgano defender los intereses del Estado, debiendo realizar todas las actuaciones necesarias en los procesos y cumplir las decisiones judiciales, para lo cual el jefe de cada órgano tomará las medidas conducentes.

En caso de negligencia de algún servidor público en la defensa de estos intereses y en el cumplimiento de estas actuaciones, el juez al que le correspondió fallar el proceso contra el Estado, de oficio, o cualquier ciudadano, deberá hacerlo conocer del órgano respectivo para que se inicien las investigaciones administrativas, fiscales y/o penales del caso.

Además, los servidores públicos responderán patrimonialmente por los intereses y demás perjuicios que se causen para el Tesoro Público como consecuencia del incumplimiento, imputables a ellos, en el pago de estas obligaciones.

Notificado el acto administrativo que ordena el pago de las obligaciones de que trata este artículo y encontrándose el dinero a disposición del beneficiario o apoderado, según el caso, no se causarán intereses. Si transcurridos 20 días el interesado no efectuó el cobro, las sumas a pagar se depositarán en la cuenta de depósitos judiciales a órdenes del respectivo juez o tribunal y a favor de él o los beneficiarios”.

En la Ley 225 de 1995, no se incorporaron disposiciones al respecto. Sin embargo, el Decreto 568 de 1996, reglamentario de las leyes orgánicas del presupuesto, en su artículo 23, si disponía de manera expresa que:

“Las conciliaciones requieren de certificado de disponibilidad previo a su iniciación. *Las oficinas de control interno de los diferentes órganos públicos ejercerán la vigilancia para garantizar que en estos procesos conciliadores se está ante una responsabilidad inminente y que se proteja el interés patrimonial del Estado.”*

El aparte normativo resaltado y subrayado, fue objeto de impugnación ante el Consejo de Estado y, mediante Auto del 26 de septiembre de 1996, se decretó la suspensión provisional de sus efectos.

En el curso del respectivo proceso el Ministerio Público emitió el siguiente concepto:

*“El señor Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado, relaciona las normas involucradas en la cuestión litigiosa, y transcribe algunas de ellas, y de su análisis concluye que sólo en la medida en que exista un crédito judicialmente reconocido podrá solicitarse su inclusión en el presupuesto nacional, y que por ello **resulta absurdo y contrario al ordenamiento jurídico el hecho de que se exija un certificado de disponibilidad presupuestal previo a la celebración de la conciliación. Esta, en cualquiera de sus dos modalidades, prejudicial o judicial, en materia contencioso administrativa, requiere de la aprobación judicial, momento a partir del cual produce efectos de cosa juzgada, presta mérito ejecutivo y constituye un crédito judicialmente reconocido que se debe incorporar al presupuesto nacional.***

Tal exigencia, que haría nugatorio el mecanismo de la conciliación, por no estar prevista en el Estatuto Orgánico presupuestal, fue mas allá de la norma que pretende reglamentar, con violación del artículo 189, numeral 11, por exceso de la

potestad reglamentaria, y, por ende, del artículo 6º de la Carta, que señala que las autoridades sólo pueden realizar aquello que la Constitución les autoriza. Invadió, pues, el Gobierno una órbita que no era de su competencia al establecer un requisito no previsto en la Constitución ni en la ley.

En esos términos, en cuanto la norma acusada viola las normas constitucionales atinentes a la potestad reglamentaria, solicita la nulidad de la frase contenida en el artículo 23 del Decreto 568 de 1.996, que dice: “Las conciliaciones requieren de certificado de disponibilidad previo a su iniciación”.

La Corporación, en Sentencia del 15 de mayo de 1997, decidió declarar la nulidad del mencionado aparte normativo, esgrimiendo como fundamento principal de su decisión:

“[E]n la Ley Orgánica del Presupuesto, en materia de realización de gastos dentro del marco de la ejecución presupuestal, no existe norma alguna que haga imperiosa la exigencia de un Certificado de Disponibilidad previo a la iniciación de la conciliación, ni aún como mecanismo de control. Se evidencia, por el contrario, que la Ley Orgánica del Presupuesto sólo ordena, de manera imperiosa, que los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender esos gastos.

En efecto, la apropiación, que ciertamente constituye “una autorización máxima de gastos que el Congreso aprueba para ser ejecutada”, como lo dice el apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, o el cálculo y previsión de los gastos consignados en el presupuesto, no es un acto administrativo, antes bien por formar parte de la ley de presupuesto es acto regla, y sin la menor duda es anterior a la ejecución de dicho presupuesto. Sólo los actos administrativos, obviamente posteriores a la apropiación, que implican ejecución del presupuesto, son los que requieren de certificado de disponibilidad previo.

(...) En la oportunidad en que la conciliación es aprobada, es cuando adquiere vocación de ser presupuestada, o lo que es lo mismo, de ser incluida en el presupuesto como una apropiación para satisfacer el pago de las obligaciones así definidas.

Frente a las normas orgánicas del presupuesto, no hay riesgo alguno de confusión entre apropiación y disponibilidad presupuestal. La apropiación sólo puede producirse cuando existe

un crédito judicialmente reconocido, como son las sentencias y las conciliaciones aprobadas por el juez, aprobación que les da a éstas el carácter de cosa juzgada, o cualquiera de los otros créditos a que se refiere el inciso segundo del artículo 346 de la Constitución, lo que supone necesariamente que tal apropiación es posterior a la creación del crédito respectivo. La disponibilidad, por su parte, es la atestación de que existe una partida previamente aprobada, en cantidad suficiente para atender determinadas obligaciones estatales.

La disponibilidad juega papel frente a un “compromiso” del gasto, que es algo distinto del crédito propiamente dicho, y de la misma apropiación, en la medida de que él sí forma parte de la ejecución del gasto, como operación previa a su liquidación, orden de pago y pago efectivo. Para este solo efecto, es decir, el pago del compromiso, sin duda alguna, se hace necesario el certificado de disponibilidad previa, el cual no puede circunscribirse sólo para la conciliación sino a todo pago que afecte las apropiaciones presupuestales, como lo prevé el inciso primero del artículo 49 de la ley 179 de 1.994.

*(...) Si el fin de la conciliación es, de una parte, la reconciliación entre los contendientes dentro de un proceso, como aplicación práctica del propósito de fortalecimiento del valor convivencia (Preámbulo de la Constitución) y, de otra, agilizar la administración de justicia dotándola de un mecanismo expedito de solución de conflictos, **sujetar la iniciación de la conciliación a la expedición de un certificado de disponibilidad presupuestal previo significa sacrificar los fines señalados y someter el trámite de los procesos judiciales a un requisito meramente fiscal, que la Ley Orgánica del Presupuesto no contempla ni puede consagrar.***

Tal condicionamiento a la iniciación de la conciliación la desnaturaliza y establece una abierta incompatibilidad entre el aparte acusado del artículo 23 del decreto 0586 de 1.996 y las normas superiores que consagran la conciliación, como ya se dijo, la ley 23 de 1.991 y el decreto 2651 de 1.991, éste último prorrogado en su vigencia por las leyes 192 de 1.995 y 287 de 1.996. Porque como ya se dijo en el auto que denegó la reposición del auto que decretó la suspensión de los efectos de parte del artículo acusado “...someter la iniciación de la conciliación a un certificado de disponibilidad previo, es instaurar un círculo vicioso, en perjuicio de los intereses públicos y de los particulares. No se puede iniciar una conciliación porque no existe certificado de disponibilidad y éste no podrá ser expedido porque previamente no

se ha presupuestado la obligación respectiva, para permitir su pago”.^[407]

3.3. Estado actual del asunto.

Teniendo en cuenta que la única disposición que hacía referencia al Certificado de Disponibilidad Presupuestal (CDP) como requisito para dar inicio a la conciliación extrajudicial fue excluida del ordenamiento jurídico, se puede concluir que actualmente no constituye exigencia jurídica la obtención de un CDP para el efecto.

Sobre el particular, se hace necesario identificar los dos momentos fundamentales de la erogación presupuestaria: de un lado, el que corresponde a la apropiación presupuestaria, en virtud de la cual se realiza *“la fijación de los montos máximos que se pueden comprometer en relación con los taxativos rubros dentro de una determinada vigencia fiscal”*^[408], y otro momento, posterior, que atiende a la ejecución presupuestal, es decir, *“a la realización efectiva de tales rubros a través de la adquisición de compromisos y/o cumplimiento de las obligaciones legalmente originadas.”*^[409]

De conformidad con lo anterior, el legislador estableció en el artículo 49 de la Ley 179 de 1994, la exigencia referida a que sólo los actos administrativos, posteriores a la apropiación y que, por ende, comportan la ejecución del presupuesto, requieran de la expedición previa del Certificado de Disponibilidad Presupuestal, situación esta que, por sí misma, implica la exclusión de la conciliación en cuanto al cumplimiento de dicho requisito, pues tratándose de conciliaciones, *“el único acto administrativo capaz de afectar la ejecución presupuestal es aquél que ordena el pago del valor conciliado (inc. final, art. 65 ley 179 de 1994), que supone su previa presupuestación (inciso primero, ibídem), en concordancia con el inciso segundo del artículo 346 de la Constitución, conforme al cual “En la Ley de Apropiaciones no podrá incluirse partida alguna que no corresponda a un crédito judicialmente reconocido, a un gasto decretado conforme a la ley anterior, o a uno presupuestado por el gobierno para atender debidamente al funcionamiento de las ramas del poder público, o al servicio de la deuda, o destinado a dar cumplimiento al Plan Nacional de Desarrollo”* ^[410].

Del mismo modo, debe destacarse que *“[l]a disposición contenida en el inciso tercero del artículo 49 de la ley 179 de 1994, de que “...ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes”, **no puede entenderse en el sentido de que las autoridades queden limitadas o impedidas para iniciar procesos conciliatorios que, aunque eventualmente pudieran incidir en el gasto, no constituyen por sí obligaciones contraídas por las autoridades en la medida de que todo***

acuerdo conciliatorio debe ser aprobado por el juez, momento éste en que deja de ser compromiso de la autoridad para convertirse en un crédito judicialmente reconocido.^[411] Esto, en atención a que sólo cuando la conciliación resulte aprobada por el juez, es que realmente adquiere la vocación de ser presupuestada, es decir, de que pueda incluirse dentro del presupuesto como una apropiación dirigida a satisfacer el pago de las obligaciones que nacen a la vida jurídica a partir de la ejecutoria de la respectiva decisión judicial aprobatoria de la conciliación.^[412]

En consonancia con esta realidad jurídica, dispuso el párrafo único del artículo 16 del Decreto 1716 de 2009 que *“la decisión del Comité de Conciliación acerca de la viabilidad de conciliar no constituye ordenación del gasto”*, reiterando así que en el trámite conciliatorio extrajudicial en materia Contencioso Administrativa, no existe la necesidad de someter el estudio y decisión de conciliar por parte del respectivo Comité, al requisito previo de contar con un Certificado de Disponibilidad Presupuestal pues, se insiste, dicha decisión lo único que representa es la voluntad de buscar un acuerdo por parte de la entidad pública convocada, la cual tras haber analizado el asunto puede encontrar viable presentar fórmulas conciliatorias, en atención a que analizadas las pruebas obrantes llegue a la conclusión de que, siguiendo los lineamientos de la jurisprudencia, existe una alta probabilidad de condena. Sin embargo, dicha decisión tan sólo constituye el punto de partida, faltando, entonces, recorrer todo el trámite previsto para la conciliación extrajudicial, de donde se destaca que, desde luego, debe contarse con la voluntad del convocante expresada en la audiencia, verificarse las consideraciones del agente del Ministerio Público y, posteriormente, si se llega al acuerdo, éste ha de ser sometido a control judicial y si resulta aprobado en última instancia podrá decirse, sólo hasta entonces, que la conciliación afectaría el presupuesto.

En el mismo sentido y con el fin de reforzar y aclarar el asunto, el Procurador General de la Nación, en la Circular 005 del 3 de febrero de 2009, al pronunciarse acerca de la estricta diligencia con la que debe cumplirse el ejercicio de las funciones por parte de los Comités de Conciliación de las entidades públicas de los distintos ordenes y niveles y/o de los respectivos representantes legales, hizo énfasis en el deber que tienen dichos funcionarios de determinar, en cada caso concreto, la procedencia o improcedencia de la conciliación, siempre teniendo de presente que dicha decisión no constituye ordenación del gasto.

De igual forma, el Presidente de la República, a través de la Directiva Presidencial 05 del 22 de Mayo de 2009, mediante la cual se impartieron instrucciones para el adecuado cumplimiento de la Conciliación Extrajudicial como requisito de procedibilidad en materia Contencioso Administrativa, expresó, en cuanto a la decisión de conciliación, que *“los miembros de los Comités de Conciliación tendrán en cuenta que, de*

*conformidad con lo dispuesto en el párrafo del artículo 16 del Decreto No. 1716 de 2009, **las decisiones acerca de la viabilidad de conciliar no constituyen ordenación del gasto** y que los acuerdos que se lleguen a celebrar tienen control de legalidad previo al desembolso de los dineros públicos, lo que brinda seguridad y garantía al manejo fiscal. De lo anterior se desprende que la decisión de conciliar constituye la primera etapa de la consolidación jurídica del acuerdo, en la medida en que éste sólo hace tránsito a cosa juzgada una vez se lleve a cabo la revisión de legalidad por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.”*

Siendo este el panorama legal del asunto, se concluye que no existe disposición alguna en la Ley Orgánica del Presupuesto que exija, en el escenario de la conciliación judicial o extrajudicial, la expedición previa del Certificado de Disponibilidad Presupuestal como *conditio sine qua non* para que el Comité de Conciliación pueda decidir si concilia o no, permitiéndose con esto, proteger y estimular la utilización del mecanismo alternativo de solución de conflictos, especialmente en punto de su eficacia y celeridad, además de contribuir a la descongestión de los despachos judiciales, pues todos aquellos asuntos que logran ser conciliados no sólo se pueden contar como un conflicto solucionado, sino que también representan menos litigios por conocer en sede judicial. Si se sujetara la decisión del Comité de Conciliación a la expedición de un Certificado de Disponibilidad Presupuestal, se estarían sacrificando los fines señalados, por lo que, tal como acertadamente ha destacado la jurisprudencia, *“someter la iniciación de la conciliación a un certificado de disponibilidad previo, es instaurar un círculo vicioso, en perjuicio de los intereses públicos y de los particulares. No se puede iniciar una conciliación porque no existe certificado de disponibilidad y éste no podrá ser expedido porque previamente no se ha presupuestado la obligación respectiva, para permitir su pago.”*^[413]

4. RESPUESTA.

De lo anteriormente expuesto se concluye que no resulta jurídicamente necesaria la expedición previa de un Certificado de Disponibilidad Presupuestal como requisito para que el Comité de Conciliación o el respectivo representante legal, pueda avocar el estudio de una solicitud de conciliación y adoptar, de presentarse los respectivos supuestos, la decisión de conciliar o no determinado asunto.

3.2 CRITERIOS PARA ADOPTAR DECISIÓN DE CONCILIAR

PREGUNTA No. 35

TEMA(S): CRITERIOS PARA ADOPTAR DECISIÓN DE CONCILIAR

1. PREGUNTA.

¿Qué criterios debe tener en consideración el Comité de Conciliación para decidir acerca de si presenta propuesta de conciliación?

2. MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• Constitución Política, art. 90;• Ley 446 de 1998, arts. 65, 70, 73 y 81;• Ley 640 de 2001, arts. 19, 36 y 37;• Ley 1285 de 2009, art 13;• Código Contencioso Administrativo, art. 135;• Decreto 1716 de 2009, arts. 2º, 16 y 19;• <i>Directiva Presidencial 05, del 22 de mayo de 2009;</i>• <i>Circular 004, del Procurador General de la Nación, del 3 de febrero de 2009.</i>
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none">• <i>Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 5 de Diciembre de 2005, Expediente No. 12.158, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez;</i>• <i>Corte Constitucional, Sentencia C-574 de 1998.</i>
Marco Doctrinal	<ul style="list-style-type: none">• <i>BETANCUR JARAMILLO, Carlos. “Derecho Procesal Administrativo”, Señal Editora, Medellín, 2009.</i>

3. CONSIDERACIONES.

Para efectos de resolver el problema jurídico, se propone la verificación de lo que llamaremos el **TEST JURIDICO DE CONCILIABILIDAD**, como herramienta que permite el análisis completo y estandarizado de las solicitudes de conciliación extrajudicial, conformado por una parte general y una parte especial y, por tanto, se abordarán los siguientes temas i)Parte General del Test jurídico de Conciliabilidad: la procedencia de la

conciliación extrajudicial en asuntos Contencioso Administrativos y *ii*) Parte Especial del Test jurídico de Conciliabilidad: Análisis del caso concreto por parte del Comité de Conciliación o del representante legal de la entidad convocada.

3.1. Parte General del TEST JURIDICO DE CONCILIABILIDAD: la procedencia de la conciliación en asuntos Contencioso Administrativos.

Para que el Comité de Conciliación de la respectiva entidad pública convocada o, en su defecto, el Representante Legal, puedan adoptar de manera seria, fundada y diligente la decisión de conciliar en un caso concreto, se debe realizar previamente un detenido análisis jurídico respecto de la procedencia general de la conciliación extrajudicial, lo que constituye la Parte General del TEST DE CONCILIABILIDAD, en virtud de la cual han de estudiar con especial énfasis los siguientes aspectos: *i*) si el asunto es jurídicamente conciliable; *ii*) el estado del término de caducidad de la acción; *iii*) el agotamiento de la vía gubernativa.

3.1.1. Si el asunto es jurídicamente conciliable.

En este escenario, se debe analizar si el conflicto que se ha puesto de presente mediante la solicitud de conciliación puede, efectivamente, ser objeto de solución a través de la conciliación en sede extrajudicial.

Dicho análisis debe hacerse a la luz de lo dispuesto en diferentes disposiciones, tales como los artículos 70 de la Ley 446 de 1998^[414], 65 de la Ley 446 de 1998^[415]; 19 de la Ley 640 de 2001^[416]; 13 de la Ley 1285 de 2009^[417] y el artículo 2° del Decreto 1716 de 2009^[418], normas en virtud de las cuales sólo se pueden celebrar conciliaciones extrajudiciales, en materia Contencioso Administrativa, respecto de los asuntos que reúnan los siguientes requisitos:

- i) que sean susceptibles de transacción, desistimiento y conciliación;
- ii) que se trate de conflictos de carácter particular, no general y abstracto;
- iii) que el conflicto tenga un contenido económico, es decir, sea de índole estrictamente patrimonial;
- iv) que de este conflicto conozca la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo;

v) que el legislador no los haya excluido de la posibilidad de ser conciliados.^[419]

Con respecto a este último requisito, de conformidad con lo dispuesto en la normatividad vigente, no son susceptibles de conciliación: los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario^[420], los asuntos que deban tramitarse mediante el proceso ejecutivo regulado en el artículo 75 de la Ley 80 de 1993^[421] y los asuntos en los cuales la correspondiente acción haya caducado^[422].

Igualmente debe tenerse en cuenta que de manera *per se* quedan excluidos de la conciliación los asuntos de carácter general, impersonal y abstracto, aquellos que carezcan de contenido patrimonial, o aquellos de los cuales conozca la Jurisdicción Contenciosa mediante acciones diferentes a las anteriormente referidas, como el contencioso objetivo de nulidad, la nulidad de cartas de naturaleza, la acción electoral, o la acción de pérdida de investidura o los asuntos que deban tramitarse mediante el proceso ejecutivo de que trata el artículo 75 de la Ley 80 de 1993^[423]. Igualmente resultan excluidos los asuntos que deban tramitarse mediante el ejercicio de acciones constitucionales, aunque su conocimiento se encuentre atribuido -en forma exclusiva o no- a la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo, como la acción de nulidad por inconstitucionalidad, la acción popular, la acción de cumplimiento; tampoco resulta procedente la conciliación respecto de los asuntos que se tramitarían mediante la acción de tutela, cuyo conocimiento ha sido atribuido a la jurisdicción constitucional^[424].

3.1.2. El estado del término de caducidad de la acción.

Se trata de un estudio de suma importancia, pues cuando ha operado el fenómeno jurídico de la caducidad se extingue el derecho de acción, de donde surge que *“si el actor deja transcurrir los plazos fijados por la ley en forma objetiva, sin presentar la demanda, el mencionado derecho fenece inexorablemente, sin que pueda alegarse excusa alguna para revivirlos. Dichos plazos constituyen entonces, una garantía para la seguridad jurídica y el interés general. Y es que la caducidad representa el límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho; por ende, la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien, dentro de las oportunidades procesales fijadas por la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la concurrencia del fenómeno indicado”*^[425]

De acuerdo con lo anterior, resultaría un contrasentido pretender agotar un requisito de procedibilidad para ejercer una acción que se encuentra caducada y, por tanto, el legislador, con buen criterio, estableció en el

parágrafo 2° del artículo 81 de la Ley 446 de 1998 que “no habrá lugar a la conciliación cuando la correspondiente acción haya caducado”. En ese orden, si el Comité de Conciliación encuentra, con certeza, que ha operado el fenómeno de la caducidad, su decisión no podrá ser otra que la de no conciliar. Eso sí, corresponde al Comité la carga de motivar la decisión demostrando los fundamentos fácticos y jurídicos que soportan su posición.

3.1.3. El agotamiento de la vía gubernativa.

El artículo 135 del CCA establece el agotamiento de la vía gubernativa como requisito de procedibilidad, para aquellos casos en los cuales se pretenda que se declare la nulidad de un acto particular y, consecuentemente, se restablezca el respectivo derecho.

El mencionado requisito de procedibilidad, se entiende agotado en cualquiera de las siguientes hipótesis:

- a) Cuando contra el acto no proceda recurso alguno;*
- b) Cuando interpuestos los recursos se hayan decidido;*
- c) Cuando el acto administrativo quede en firme por no haber sido interpuestos los recursos de reposición y queja;*
- d) Cuando la administración no hubiere dado la oportunidad de imponer los recursos procedentes;*
- e) Cuando se produzca el fenómeno del silencio administrativo negativo, bien por la no resolución oportuna de los recursos (art. 60 del C.C.A.), o bien por la no respuesta de la petición original formulada por el administrado (art. 40 ibídem); tal como lo precisa el artículo 135 de la misma codificación.”^[426]*

Por su parte, el artículo 61 de la Ley 23 de 1991, modificado por el artículo 81 de la Ley 446 de 1998, establece en su inciso primero que “la conciliación administrativa prejudicial sólo tendrá lugar cuando no procediere la vía gubernativa o cuando ésta estuviere agotada”, de donde se desprende que existen acciones que requieren del cumplimiento de varios requisitos de procedibilidad para acceder a la Jurisdicción, como es el caso de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en donde para su ejercicio existe el necesario agotamiento de la vía gubernativa^[427] y de la conciliación extrajudicial^[428].

De conformidad con lo anterior, el parágrafo 3 del artículo 2° del Decreto 1716 de 2009, establece que “cuando la acción que eventualmente se llegare a interponer fuere la de nulidad y restablecimiento del derecho, la conciliación extrajudicial sólo tendrá lugar cuando no procedan recursos en la vía gubernativa o cuando esta estuviere debidamente agotada, lo cual deberá acreditarse, en legal forma, ante el conciliador”.

Por ende, corresponde al Comité de Conciliación prestar especial atención a los asuntos que requieran como requisito de procedibilidad, además de la conciliación extrajudicial, el agotamiento de la vía gubernativa, pues ante la ausencia de este último requisito, la conciliación extrajudicial no puede adelantarse, situación esta que resulta suficiente para fundamentar la posición de no conciliar y que, en el curso de la audiencia deberá ponerse en conocimiento del Agente del Ministerio Público, en caso de que éste no se haya percatado de dicha falencia.

3.2. Parte Especial del TEST JURIDICO DE CONCILIABILIDAD: Análisis del caso concreto por parte del Comité de Conciliación o del representante legal de la entidad pública convocada.

En esta Parte Especial del Test, el Comité de Conciliación o el representante legal de la entidad convocada, ha de verificar los siguientes asuntos: *i)* la debida acreditación de un daño antijurídico causado al convocante por la entidad pública convocada, y *ii)* la alta probabilidad de condena de conformidad con la jurisprudencia reiterada.

3.2.1. La debida acreditación de un daño antijurídico causado al convocante e imputable a la entidad pública convocada.

En este estadio, el Comité deberá tratar de extraer de los hechos y del material probatorio puestos en su conocimiento mediante la solicitud de conciliación, si efectivamente se encuentra acreditado un daño antijurídico causado en el patrimonio económico del convocante e imputable a la entidad convocada, toda vez que la decisión que se adopte deberá sujetarse estrictamente a las normas jurídicas sustantivas, procedimentales y de control vigentes, teniendo como punto de partida evitar que se lesione el patrimonio público^[429]. La observancia plena de lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política resulta cardinal en todos los eventos de responsabilidad patrimonial del Estado, en cuyo texto se lee que éste “*responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas*”.

Hoy resulta evidente que el elemento esencial de la responsabilidad del Estado gira en torno al concepto de *daño antijurídico*, elemento cuya verificación ha de abordarse en primer lugar, tanto para dictar sentencia como para conciliar, teniendo siempre presente que su definición no está consagrada en las reglas jurídicas por lo que la labor de brindarle contenido y alcance ha recaído en la jurisprudencia, principalmente en la del Consejo de Estado, que siguiendo parámetros propuestos por la doctrina extranjera, y dada la similitud que se presenta entre los artículos 106 de la Constitución Española y 90 de la Constitución Colombiana, ha definido el daño antijurídico como “*la lesión de un interés legítimo, patrimonial o*

extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho”; o también se ha entendido como el daño que se produce a una persona a pesar de que “el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de causales de justificación.”^[430]

De la anterior definición se pueden extraer las características del daño antijurídico, cuyo análisis permite precisar que no todos los daños que causa el Estado resultan ser jurídicamente indemnizables. Sobre el particular la jurisprudencia ha sostenido que *“solamente originan el deber de reparación patrimonial aquellos daños que exceden los límites jurídicos que garantizan los derechos e imponen obligaciones exigibles a todas las personas que viven en determinada sociedad. Se ve, entonces, como la concepción del daño antijurídico, desde esa perspectiva, no solamente resulta acorde con los principios de eficiencia de la función pública y efectividad de los derechos (artículos 228 y 2º de la Constitución), sino también confluye con los principios de igualdad frente a las cargas públicas y solidaridad, que constituyen las piezas angulares del Estado Social de Derecho (artículos 1º y 13 de la Carta). (...) esta característica del daño antijurídico resulta especialmente relevante en aquellas limitaciones impuestas por el Estado al ejercicio de los derechos reconocidos y garantizados por las normas jurídicas, en tanto que solamente pueden originar su responsabilidad patrimonial aquellas restricciones que “**superan** la normal tolerancia” o que impiden el goce normal y adecuado del derecho”.*^[431]

De otra parte, no resultan antijurídicas las lesiones causadas por el Estado a los administrados propiciadas por ellos mismos, al respecto se ha considerado que *“no se trata de identificar el concepto de daño antijurídico con la causal de exoneración de responsabilidad que rompe la imputación por el hecho o culpa exclusiva de la víctima; se trata de entender que el Estado no puede indemnizar los daños cuya fuente de indemnización no es objeto de protección jurídica, en tanto que su origen es inconstitucional, ilegal o contraria al principio de buena fe que debe regular todas las actuaciones de los particulares y del Estado (artículo 83 de la Constitución). En otras palabras, así el daño cuya reparación se pretende pudiese ser causado de manera directa y eficiente por el Estado, no puede ser indemnizado si fue propiciado, auspiciado, avalado u originado con la actuación u omisión de quien lo reclama, en tanto que el ordenamiento jurídico solamente protege las actuaciones leales y legítimas de los particulares.”*^[432]

En atención a lo anterior, los Comités de Conciliación deben ser sumamente diligentes al momento de analizar el caso concreto con miras a establecer si realmente aparece acreditado, mediante pruebas idóneas y necesarias – recuérdese que la Ley 446 de 1998, en el último inciso de su artículo 73, prescribe que el acuerdo conciliatorio debe fundarse en *“las pruebas necesarias”*-, que se causó un daño antijurídico al (a los) convocante(s), ya

que, sólo en presencia de esta clase de daño y siempre que resulte jurídicamente imputable a la entidad convocada, se tendrá que contemplar la posibilidad de presentar fórmulas de conciliación.

No se puede ser laxo en el análisis casuístico, toda vez que se trata de una conciliación en Derecho con un estricto control judicial de legalidad y, desde luego, la implementación de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad no comporta el patrocinio de conciliaciones fundadas en razones ajenas al bloque de legalidad y al interés general, en la simple conveniencia o capricho del servidor de turno, sino que se ha de utilizar con rigor jurídico, seriedad y responsabilidad, para poner fin a aquellos conflictos en los cuales se pueda determinar que evidentemente el daño antijurídico –con las características expuestas- lesionó el patrimonio del convocante, se presentó y es jurídicamente imputable por acción u omisión de la entidad convocada.

3.2.2. La alta probabilidad de condena de conformidad con la jurisprudencia reiterada.

Así mismo corresponde al Comité de Conciliación verificar, con fundamento en la normatividad vigente y en la jurisprudencia reiterada, especialmente del Consejo de Estado en cuanto Supremo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que las pruebas obrantes, las circunstancias fácticas y la normatividad jurídica aplicable al caso, permiten deducir que se estaría en presencia de una alta probabilidad de condena contra el Estado en el evento de que el interesado decidiese ejercer las acciones contenciosas pertinentes, por lo que, dadas tales circunstancias, un eventual acuerdo respecto de la fórmula conciliatoria que se decida, no resultaría lesivo para el patrimonio público ni violatorio de la ley.

Ha de destacarse que el Decreto 1716 de 2009 establece como función de los Comités de Conciliación, artículo 19-5, la relacionada con determinar, en cada caso concreto, *“la procedencia o improcedencia de la conciliación y señalar la posición institucional que fije los parámetros dentro de los cuales el representante legal o el apoderado actuarán en las audiencias de conciliación. Para tal efecto, el Comité de Conciliación deberá analizar las pautas jurisprudenciales consolidadas, de manera que se concilie en aquellos casos donde exista identidad de supuestos con la jurisprudencia reiterada”*.

Del mismo modo, en la Circular 004 de 2009 proferida por el Procurador General de la Nación, se señala que *“los Comités de Conciliación y los representantes legales de los entes públicos, deberán analizar con el mayor rigor el precedente jurisprudencial y deberán tener en cuenta las posiciones asumidas por el Consejo de Estado con el fin de visualizar la posible celebración de acuerdos conciliatorios en asuntos contenciosos administrativos, bajo la seguridad de cuál será el resultado del proceso para*

*las entidades públicas y el beneficio que reportará el uso del referido mecanismo alternativo de solución de conflictos, cada vez que aparezcan, luego de los análisis de los supuestos fácticos y jurídicos de las controversias, **altas probabilidades de condena** para la entidad de derecho público.”*

En este mismo sentido, en la Directiva Presidencial 05, del 22 de Mayo de 2009, se establece:

*“En los asuntos en los cuales exista **alta probabilidad de condena**, con fundamento en el acervo probatorio allegado al expediente y en la jurisprudencia reiterada y decantada de las altas Cortes, especialmente en asuntos relacionados con reconocimientos pensionales y eventos de responsabilidad objetiva, los miembros de los Comités de Conciliación deberán analizar las pautas jurisprudenciales consolidadas, de manera que se concilie en aquellos casos donde exista identidad de supuestos con la jurisprudencia reiterada.”*

En síntesis, el Comité de Conciliación al momento de decir si concilia o no un determinado asunto, debe fundar su decisión en la jurisprudencia reiterada, especialmente en los fallos recientes del Consejo de Estado y, en los eventos en que ello resulte posible, en los fallos de Importancia Jurídica^[433] emitidos por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, analizando la conformación y consolidación de líneas jurisprudenciales sobre el problema jurídico objeto de debate, y las pruebas allegadas a la conciliación.

Se trata pues, de que se tengan en cuenta las decisiones judiciales que se han venido repitiendo con respecto a determinado conflicto y con esto pueda el Comité de Conciliación concluir que la decisión que probablemente se adoptaría por parte del juez administrativo, si el asunto llegara a su conocimiento, comportaría una condena para la respectiva entidad, desde luego mas onerosa por el paso de los años, cuyo incremento tendría en cuenta los ajustes del IPC, intereses, salarios dejados de percibir, entre los aspectos más relevantes. Entonces, si del pertinente estudio jurisprudencial se evidencia que litigios fundados en hechos, condiciones probatorias y normatividad similares, han sido fallados repetidamente con condenas impuestas al Estado, resultaría benéfico tanto para la entidad pública, como para quien sufrió el perjuicio y para la misma Administración de Justicia, resolver la controversia mediante el instrumento de la conciliación extrajudicial.

Como garantía institucional, que a su vez *blinda* y ofrece tranquilidad a los miembros de los Comités que toman la decisión de conciliar, tener en cuenta que el acuerdo se celebra ante un tercero calificado, esto es, ante el

respectivo Agente del Ministerio Público, quien dadas su capacidades, conocimientos especializados y experiencia, ha de analizar el acuerdo detalladamente para plasmar en el acta sus importantes consideraciones al respecto y, de otro lado, el acuerdo contenido en el acta pasa a ser objeto de un estricto control judicial de legalidad, de manera que sólo una vez ejecutoriada la respectiva providencia aprobatoria, nace a la vida jurídica y cobra la plenitud de sus efectos.

Finalmente, resulta oportuno mencionar que los eventuales cambios jurisprudenciales que lleguen a presentarse con posterioridad a la aprobación judicial del acuerdo, desde luego, en nada afectan lo conciliado y lo ejecutado en virtud del acuerdo aprobado, toda vez que se éste se fundó tanto en la normatividad aplicable, como en los criterios jurisprudenciales vigentes al momento de su celebración y aprobación, sin que las eventuales alteraciones futuras –muchas veces motivadas por la nueva integración de las Corporaciones- puedan legítimamente comprometer en forma alguna la responsabilidad personal de los integrantes del Comité.

4. RESPUESTAS.

De lo anteriormente expuesto se concluye que el Comité de Conciliación o, en su defecto, el Representante Legal de la entidad pública convocada, según el caso, deberá, para efectos de decidir acerca de si se presenta, o no, fórmula de conciliación, verificar lo que hemos denominado el TEST JURÍDICO DE CONCILIABILIDAD, compuesto por una Parte General y una Parte Especial, así:

I. En la Parte General del Test Jurídico de Conciliabilidad, deberá tenerse en cuenta la procedencia genérica de la conciliación extrajudicial en asuntos Contencioso Administrativos, para lo cual ha de analizar: *i)* si el asunto es jurídicamente conciliable; *ii)* el estado de la caducidad de la acción y *iii)* el agotamiento de la vía gubernativa, cuando fuere pertinente.

II. Una vez se haya agotado el análisis íntegro de los anteriores aspectos, se abordará la Parte Especial del test Jurídico de Conciliabilidad, para lo cual se deberá entrar a considerar el caso en concreto, prestando especial atención a los siguientes elementos: *i)* la debida acreditación de un daño antijurídico causado al patrimonio del convocante e imputable a la entidad pública convocada; y *ii)* la alta probabilidad de condena de conformidad con la jurisprudencia reiterada.

2.4.6 Solicitud de reconsideracion

PREGUNTA No. 36**TEMA(S): SOLICITUD DE RECONSIDERACION****1. PREGUNTA.**

¿Puede el agente del Ministerio Público solicitar al Comité de Conciliación de la entidad pública convocada que reconsidere su decisión? En caso afirmativo ¿cómo y en qué casos debe solicitarse?

2. MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• Ley 1367 de 2009, artículo 5°;• Ley 640 de 2001, artículo 23;• Decreto 1716 de 2009, artículo 9-2.
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none">• Corte Constitucional, Sentencia C-1195 de 2001.

3. CONSIDERACIONES.

Para resolver el problema jurídico se abordarán los siguientes temas, *i)* los espacios de intervención activa del Agente del Ministerio Público para el cabal ejercicio de su labor conciliatoria; *ii)* importancia y alcance de la solicitud de reconsideración y *iii)* casos y contexto en que se puede presentar la solicitud de reconsideración.

3.1. Espacios de intervención activa del Agente del Ministerio Público para el cabal ejercicio de su labor conciliatoria.

De conformidad con lo previsto en el artículo 23 de la Ley 640 de 2001, las conciliaciones extrajudiciales en materia Contencioso Administrativa sólo pueden adelantarse ante los Agentes del Ministerio Público destacados ante dicha jurisdicción.

La atribución exclusiva de los Agentes del Ministerio Público, en tanto terceros neutrales y calificados, implica que en esta materia se ha contemplado “una intervención mayor del conciliador con el fin de proteger el interés general, la legalidad del proceso y los derechos fundamentales”¹⁴³⁴. Consecuente con lo anterior, el procurador judicial o delegado ante quien se adelante la conciliación, no sólo ha de atender y dirigir el asunto en forma personal e indelegable, sino que, además y especialmente, ha de desempeñar un papel muy activo, tal como lo ha puesto de presente el Procurador General de la Nación, al señalar que la intervención del Agente del Ministerio Público en las conciliaciones

extrajudiciales en asuntos Contencioso Administrativos “*le obliga incluso a proponer fórmulas de acuerdo así como a solicitar al Comité de Conciliación que reconsidere sus decisiones cuando a ello haya lugar*”.^[435]

El Decreto 1716 de 2009 previó que, para el cabal cumplimiento de sus funciones como conciliador, el Agente del Ministerio Público puede convocar a la audiencia de conciliación a los integrantes del Comité de Conciliación de la respectiva entidad pública^[436], por lo que el abanico de los espacios de intervención activa del conciliador en asuntos contenciosos permite al Agente del Ministerio Público, entre otras actividades:

- Solicitar la complementación de la solicitud de conciliación;
- Solicitar que se aporten nuevas pruebas o se complementen las aportadas;
- Citar a audiencia de conciliación por el medio más expedito;
- Solicitar el apoyo técnico de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales;
- Solicitar a las autoridades que se lleguen documentos de carácter reservado;
- Proponer fórmulas de acuerdo;
- Citar a la audiencia de conciliación a los integrantes del Comité de Conciliación;
- Solicitar al Comité de Conciliación que reconsidere su decisión;
- Suspender la audiencia de conciliación;
- Incorporar en el acta sus consideraciones –favorables o no- respecto del acuerdo al que lleguen las partes;

3.2. Importancia y alcance de la solicitud de reconsideración.

De conformidad con lo previsto en la Ley 1367 de 2009^[437], cuyo objeto es “*implementar y fortalecer la institución de la conciliación en la jurisdicción de lo contencioso administrativo; promoviendo así la cultura de la conciliación con la oportuna solución de los conflictos entre el Estado y los ciudadanos*”^[438], corresponde a los procuradores judiciales la trascendental atribución de:

*“[P]ropender por la **reconsideración** de los Comités de Conciliación si fuere necesario”.*^[439]

La solicitud de reconsideración es una de las más valiosas herramientas con las que cuenta el Agente del Ministerio Público para efectos de cumplir cabalmente sus funciones como conciliador –es por ello, una de las actividades que es objeto de una importante calificación al interior de la Procuraduría- y mediante ella le propone al respectivo Comité de Conciliación, de manera respetuosa, enfática y sustentada, que estudie nuevamente el asunto, toda vez que dada la decisión a la que llegó, pareciera no haber tenido en cuenta trascendentales pruebas o argumentos jurídicos que ahora el procurador le pone de presente.

La solicitud de reconsideración debe ser seria, motivada en argumentos jurídicos claros, precisos, con sustento normativo, doctrinal y ante todo jurisprudencial, de manera que se permita al Comité conocer que los supuestos fácticos que aparecen acreditados en el asunto a conciliar han sido objeto de decisión judicial en sentido diferente.

Usualmente, la solicitud de reconsideración se formula en el curso de la audiencia de conciliación –de lo cual ha de quedar constancia expresa y detallada para memoria futura- y, por tanto, implica la suspensión de la diligencia y la determinación de la fecha en la que continuará, en la cual el respectivo apoderado comunicará la decisión a la que llegue el Comité luego de re-estudiar el tema.

Ha de precisarse que el Comité puede acoger las consideraciones del procurador o, por el contrario, luego de analizarlas, puede insistir en su posición inicial, caso en el cual cuenta con una carga argumentativa especial que le impone explicar y fundamentar de manera explícita y profunda las razones jurídicas por las cuales se aparta de aquellas.

3.3. Casos y contexto en que se puede presentar la solicitud de Reconsideración.

Debe tenerse en cuenta que la solicitud de reconsideración puede tener lugar en dos diferentes contextos, esto es, *i)* ante la decisión del Comité en el sentido de conciliar o *ii)* ante la decisión del Comité en el sentido de no conciliar.

3.3.1. Solicitud de Reconsideración ante la decisión del Comité en el sentido de conciliar.

El primer caso supone que el Comité decidió conciliar y el Agente del Ministerio Público considera que tal determinación no resulta jurídicamente viable, por ejemplo, porque en su criterio operó el fenómeno de la caducidad de la acción, porque no existe sustento probatorio adecuado para un eventual acuerdo, porque no se agotó previamente la vía gubernativa o porque considera que el eventual acuerdo resultaría lesivo del patrimonio público.

Analizado el asunto nuevamente por parte del Comité es posible que encuentre fundadas las consideraciones del procurador y, por tanto, decida no conciliar y así lo manifieste el apoderado al reanudarse la audiencia, evento en el cual se da por concluido el trámite conciliatorio y se expide la correspondiente constancia^[440].

En caso contrario, esto es, si el Comité insiste en su posición inicial y las partes llegan a celebrar acuerdo conciliatorio, el procurador ha de dejar en el cuerpo del acta la respectiva constancia de inconformidad con el acuerdo, siguiendo los parámetros previstos en el inciso segundo del artículo 9-5 del Decreto 1716 de 2009, norma según la cual, “[s]i el agente del Ministerio Público no está de acuerdo con la conciliación realizada por los interesados, por considerarla lesiva para el patrimonio público, contraria al ordenamiento jurídico o porque no existen las pruebas en que se fundamenta, así lo observará durante la audiencia y dejará expresa constancia de ello en el acta.” En todo caso el asunto habrá de ser remitido al juez o tribunal correspondiente a fin de que se pronuncie al realizar el control judicial de legalidad del acuerdo.

3.3.2. Solicitud de Reconsideración ante la decisión del Comité en el sentido de no conciliar.

El segundo caso supone que el Comité decidió no conciliar y el Agente del Ministerio Público considera que tal determinación no resulta ajustada a Derecho, por cuanto encontrándose debidamente acreditados los aspectos fácticos, se configura uno de los eventos de alta probabilidad de condena de acuerdo con la jurisprudencia reiterada, lo que conduce a pensar que la decisión en el sentido de no conciliar no solo contribuiría innecesariamente a la congestión de los despachos judiciales sino que, a futuro, podría comportar detrimento patrimonial para el Estado.

Si el Comité efectivamente reconsidera su decisión se deja constancia en el acta de las consideraciones favorables del procurador; en caso contrario, concluye el trámite conciliatorio y corresponde al Agente del Ministerio Público determinar si la negativa a conciliar amerita, o no, compulsar copias para que se realicen las investigaciones a que haya lugar.

4. RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que para el cabal ejercicio de sus funciones como conciliador, el Agente del Ministerio Público puede solicitar, en los casos referidos, al Comité de Conciliación de la entidad pública convocada que reconsidere su decisión, lo que usualmente ocurre en el curso de la audiencia de conciliación y de lo cual ha de quedar constancia expresa y detallada en el acta respectiva, destacando que la mencionada solicitud de reconsideración ha de ser debidamente motivada en la normatividad aplicable y en la jurisprudencia reiterada.

2.4.4 Asistencia con acta del Comité de Conciliación

PREGUNTA No. 37

TEMA(S): COMITÉ DE CONCILIACION/FUNCIONES
--

1. PREGUNTA.

<i>¿Qué debe hacer el Agente del Ministerio Público si el apoderado de la entidad pública convocada se presenta aduciendo un acta general del Comité de Conciliación en la cual manifiesta que no se conciliarán en forma genérica determinados asuntos?</i>

2. MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Constitución Política</i>, artículo 23; • <i>Decreto 1716 de 2009</i>, artículos 5°, 16, 17, 18, 19 y 22. • <i>Directiva Presidencial 05 de 2009</i>; • <i>Circular 05 de 2009 expedida por el Procurador General de la Nación.</i>
------------------------	---

3. CONSIDERACIONES.

Para resolver el problema jurídico se abordarán los siguientes temas *i)* funciones del Comité de Conciliación referentes a la conciliación extrajudicial en asuntos contencioso administrativos; *ii)* las normas vigentes que imponen al Comité de Conciliación la atribución exclusiva de decidir en cada caso sobre las solicitudes de conciliación; *iii)* la Directiva Presidencial 05 de 2009 y la Circular 05 de 2009 expedida por el Procurador General de la Nación; y *iv)* las funciones de Dirección de la Audiencia conferidas al Agente del Ministerio Público.

3.1. Funciones de los Comités de Conciliación referentes a la Conciliación Extrajudicial en asuntos Contencioso Administrativos.

Ante la entrada en vigencia de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en asuntos Contencioso Administrativos, los Comités de Conciliación se han convertido en instancias administrativas de la mayor importancia institucional, lo cual ha comportado, en muchos casos, la necesidad de reestructurarlos con el fin de adaptarlos a la nueva realidad jurídica que impone reuniones cada vez más frecuentes –mínimo dos veces al mes^[441]-, así como el crecimiento exponencial de los casos objeto de estudio por tales organismos.

Como organismo rector de la Gerencia Jurídica al interior de cada entidad pública, el Comité de Conciliación desempeña trascendentales funciones relacionadas con la prevención del daño antijurídico, la defensa de los intereses de la entidad, la aplicación de mecanismos de arreglo directo, el ejercicio de la acción de repetición, el llamamiento en garantía con fines de repetición y la selección de abogados externos.

Además de lo anterior, ejerce una trascendental atribución, relacionada con la conciliación extrajudicial en asuntos Contencioso Administrativos, la cual, a voces del artículo 19-5 del Decreto 1716 de 2009, consiste en “[d]eterminar, **en cada caso**, la procedencia o improcedencia de la conciliación y señalar la posición institucional que fije los parámetros dentro de los cuales el representante legal o el apoderado actuará en las audiencias de conciliación.”

Sobre este punto merece especial énfasis precisar que aunque, igualmente, corresponde al Comité de Conciliación la fijación de directrices institucionales “para la aplicación de los mecanismos de arreglo directo, tales como la transacción y la conciliación”^[442], esta importante función, relacionada con la formulación de pautas y criterios generales respecto de, en cuanto interesa para efectos de la presente respuesta, la conciliación, debe entenderse siempre, tal como expresamente se consagra a renglón seguido, “sin perjuicio de su estudio y decisión en cada caso concreto”^[443].

Resulta pertinente reiterar que, en aquellas entidades en las cuales se encuentre constituido, el Comité de Conciliación resulta ser la única instancia administrativa a la que le ha sido asignada la función de analizar y decidir, en cada caso concreto, las peticiones de conciliación formuladas por los interesados, impartiendo órdenes precisas a los respectivos apoderados para que las cumplan, de manera estricta e imperativa, en el curso de la audiencia de conciliación, resaltando que tan importante atribución no puede ser válidamente usurpada por los apoderados, quienes, en tal caso, comprometerían su responsabilidad personal, civil, disciplinaria y fiscal. Adviértase, en ese sentido, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 del Decreto 1716 de 2009, las decisiones adoptadas por el

Comité de Conciliación son de obligatorio cumplimiento para los apoderados de la respectiva entidad.

Asunto por entero diferente es el relacionado con la facultad del Comité para fijar directrices generales, las cuales, desde luego, no hacen referencia a casos concretos ni deciden específicamente sobre cada uno de ellos. En efecto, se trata de dos (2) funciones independientes, plenamente diferenciables en cuanto a su contenido, presupuestos y alcance de las respectivas decisiones, pues una consiste en fijar oficiosamente pautas generales y abstractas, y la otra, en decidir si se concilia o no con un determinado interesado quien previamente formuló la solicitud correspondiente, en interés particular, relacionada con unos específicos aspectos fácticos, decisión ésta que involucra un análisis jurídico y probatorio del caso concreto a fin de tomar una determinación oportuna y de fondo respecto de la solicitud presentada.

3.2. Las normas vigentes imponen al Comité de Conciliación la atribución exclusiva de decidir en cada caso sobre las solicitudes de conciliación.

Para abundar en razones, se destaca que la exigencia de que el Comité decida, en concreto, respecto de cada solicitud de conciliación formulada a la respectiva entidad, se encuentra prevista, entre otras, en las siguientes disposiciones:

- En el artículo 23 de la Constitución Política, que consagra el Derecho Constitucional Fundamental de Petición;
- En el artículo 16 del Decreto 1716 de 2009, norma que prevé que el Comité de Conciliación “*decidirá, en cada caso específico, sobre la procedencia de la conciliación o cualquier otro medio alternativo de solución de conflictos*”;
- En el párrafo 1º del artículo 17 del Decreto 1716 de 2009, norma que permite la asistencia a las sesiones del Comité de los funcionarios que se requieran, “*según el caso concreto*”;
- En el artículo 18 del mencionado decreto, en cuanto establece que presentada la solicitud de conciliación ante la entidad, el Comité de Conciliación cuenta con quince (15) días “*para tomar la correspondiente decisión*”, la cual comunica en el curso de la audiencia aportando copia auténtica del acta o certificación en la que consten sus fundamentos;

- En el artículo 19 del Decreto 1716, en el cual se establece como función del Comité la de determinar “*en cada caso, la procedencia o improcedencia de la conciliación*”;
- En el mismo artículo en cuanto señala, tal como se dijo, que corresponde al Comité fijar directrices generales respecto de los mecanismos de arreglo directo, “*sin perjuicio de su estudio y decisión en cada caso concreto*”;
- En el artículo 22 que dispone la obligatoriedad, para los apoderados de la entidad, de dar cumplimiento estricto a las decisiones específicas adoptadas por el Comité.

El marco normativo anterior lleva a concluir, de manera contundente, que el Comité de Conciliación tiene que analizar y decidir respecto de cada caso concreto, esto es, respecto de cada una de las solicitudes de conciliación que se le formulan a la respectiva entidad y dará a conocer su decisión en la audiencia de conciliación.

Debe destacarse que no sólo se encuentra de por medio la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos, sino, específicamente la protección de dos (2) derechos Constitucionales Fundamentales, como son el Derecho de Petición, en cuya virtud se presenta la solicitud de conciliación e implica el derecho a obtener respuesta específica de fondo, y el Acceso a la Administración de Justicia, este último por cuanto la conciliación extrajudicial constituye un requisito de procedibilidad para el ejercicio de las respectivas acciones.

3.3. La Directiva Presidencial 05 de 2009 y la Circular 05 de 2009 expedida por el Procurador General de la Nación.

La exigencia de que el Comité de Conciliación estudie y decida cada caso concreto, ha sido puesta de presente por el Presidente de la República, en su calidad de Suprema autoridad administrativa y por el Procurador General de la Nación, en tanto Supremo director del Ministerio Público.

En efecto, en la Directiva Presidencial 05 del 22 de mayo de 2009, dirigida, entre otros, a los representantes legales de las entidades del orden nacional y a los miembros de los Comités de Conciliación de tales entidades, el Presidente de la República pone de presente que la conciliación extrajudicial en materia Contencioso Administrativa es un mecanismo para solucionar conflictos concretos en forma ágil, efectiva y gratuita, destacando la necesidad de tomar acciones tendientes a su fortalecimiento y, en consecuencia, imparte precisas instrucciones en el sentido de que los Comités han de aplicar rigurosamente los principios de la Función Administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política,

por tanto, **cada solicitud de conciliación** ha de ser estudiada y decidida de manera oportuna, argumentada y respetando el respectivo orden de ingreso.

Así mismo, en la Circular número 005 del 3 de febrero de 2009, el Procurador General de la Nación advierte a los miembros de los Comités de Conciliación, a los representantes legales de la entidades públicas, a los apoderados de éstas y a los Procuradores Delegados y Administrativos, acerca del efectivo cumplimiento por parte de los Comités de las funciones orientadas a garantizar la eficiente y oportuna atención de las solicitudes de conciliación extrajudicial, en concreto, de aquella relacionada con la determinación de “*la procedencia o improcedencia de la conciliación en cada caso específico*”.

3.4. Las atribuciones de dirección de la audiencia conferidas al Agente del Ministerio Público.

En ejercicio de sus atribuciones de dirección de la audiencia^[444], el Agente del Ministerio Público ha de velar por el estricto cumplimiento de las funciones, asignadas, se reitera, en forma exclusiva a los Comités de Conciliación y a los representantes legales de aquellas entidades que no lo tengan constituido, y, en consecuencia, si en un asunto concreto se presenta el apoderado de la entidad pública, manifestando que no conciliará con fundamento en un acta del Comité – que en ocasiones correspondiente a sesión celebrada con anterioridad a la presentación de la solicitud de conciliación- contentiva de una directriz genérica, pero sin que esta importante instancia administrativa haya estudiado y decidido específicamente sobre el caso concreto, el Procurador Delegado o Judicial, en ejercicio de sus atribuciones de dirección de la audiencia, puede suspender la diligencia, advirtiendo expresamente en el acta que solicita, respetuosamente, a cada uno de los integrantes del Comité de Conciliación, a través del apoderado presente en la audiencia, el cabal cumplimiento de sus deberes funcionales, lo que le impone estudiar y decidir, de manera concreta y específica, la petición de conciliación que el convocante le ha formulado, procediendo a fijar nueva fecha para la continuación de la diligencia.

En caso de renuencia por parte de los miembros del Comité, resulta procedente compulsar copias con el fin de que se surtan las investigaciones disciplinarias a que haya lugar por la violación de los Derechos Constitucionales Fundamentales de Petición y de Acceso a la Administración de Justicia.^[445]

4. RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que ante la falta de decisión específica por parte del Comité de Conciliación, respecto de la solicitud que

se le ha formulado por parte del convocante, el Agente del Ministerio Público, en ejercicio de sus funciones de Dirección de la Audiencia de Conciliación, puede suspender la diligencia y solicitar a los miembros del Comité el cabal cumplimiento de sus deberes funcionales, advirtiéndole que la renuencia puede comprometer la responsabilidad disciplinaria de tales servidores.

3.4 COMPETENCIA TERRITORIAL

PREGUNTA No. 38

TEMA(S): COMPETENCIA TERRITORIAL

1. PREGUNTA.

¿Es jurídicamente viable que la entidad pública convocada se niegue a asistir a las audiencias de conciliación alegando que en la ciudad en donde se llevará a cabo la diligencia no tiene sucursal y que su sede está ubicada en la Capital de la República?.

2. MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none"> • C.C.A., arts. 134, 134D; • Ley 640 de 2001, artículo 23;
Marco Doctrinal	<ul style="list-style-type: none"> • López Blanco, Hernán Fabio. <i>Instituciones de Derecho Procesal Civil colombiano</i>, Tomo I, Ed. Dupré, séptima edición, Bogota, 1997. • Galindo Vacha, Juan Carlos. <i>Lecciones de Derecho Procesal Administrativo, Volumen II</i>, segunda edición, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2006. • González Rodríguez, Miguel. <i>Derecho Procesal Administrativo</i>, Ed. Ibañez, décima segunda edición, Bogotá, 2006.

3. CONSIDERACIONES.

Para resolver el problema jurídico se abordarán los siguientes temas i) competencia por el factor territorial en asuntos Contencioso Administrativos y su reflejo en la distribución de competencias de los

Agentes del Ministerio Público; y *ii*) inasistencia injustificada a la audiencia de conciliación por parte de la entidad pública convocada.

3.1. Competencia por el factor territorial en asuntos Contencioso Administrativos y su reflejo en la distribución de competencias de los agentes del Ministerio Público.

Uno de los factores que el legislador ha tenido en cuenta para determinar cuál es el órgano judicial competente para conocer de un determinado proceso Contencioso Administrativo, es el relacionado con el territorio.

La importancia práctica del factor territorial ha sido destacada por la doctrina al señalar que *“existen jueces con idénticas funciones, que se distinguen en cuanto a la competencia únicamente por el ámbito territorial en el cual pueden desarrollar sus labores. Es, por lo tanto, el factor territorial el que señala cual de los distintos jueces de la República con idéntica competencia está llamado a conocer de un asunto determinado.”*^[446]

La división de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en distritos y circuitos, obedece a diversos fines como facilitar el acceso a la Administración de Justicia, la eficiente utilización de los recursos y, especialmente, la inmediatez del juez con la causa y con las pruebas^[447]. En desarrollo de los anterior, para efectos de determinar el lugar donde debe adelantarse el proceso, el Código Contencioso Administrativo acude a diferentes criterios como el domicilio del demandante o del demandado, el lugar donde se prestó el servicio, donde se ejecutó el contrato, donde se expidió el acto administrativo, donde se produjo el hecho o la omisión.^[448]

De conformidad con la normatividad vigente, la regla general para determinar la competencia en razón del territorio esta referida al *“lugar de ubicación de la sede de la entidad demandada”* o *“el domicilio del particular demandado”*^[449].

Sin embargo, esta regla general encuentra diversas excepciones referidas a los asuntos del orden nacional, las cuales prevalecen en su aplicación, en virtud del principio hermenéutico de especialidad. Para efectos del presente estudio, importa resaltar las siguientes:

- En los asuntos en los cuales sea parte demandante la Nación o una entidad del orden nacional, la competencia por razón del territorio se determina por el domicilio del demandado.^[450]
- En los asuntos de nulidad y restablecimiento del derecho, la competencia territorial se determina *i*) por el lugar donde se expidió el acto o *ii*) por el lugar de domicilio de demandante siempre que la entidad pública demandada tenga oficina en dicho lugar.^[451]

- En los asuntos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, la competencia en razón del territorio se fija exclusivamente por el último lugar donde se prestaron o debieron prestarse los servicios.^[452]
- En los casos de imposición de sanciones, la competencia territorial se fija por el lugar donde se realizó el acto o el hecho que dio origen a la sanción.^[453]
- En los asuntos de reparación directa la competencia por el factor territorial se determina por el lugar donde se produjeron los hechos, las omisiones o las operaciones administrativas.^[454]
- En los asuntos de controversias contractuales, la competencia territorial se determina por el lugar donde se ejecutó o debió ejecutarse el contrato. *Si éste comprendiere varios departamentos será tribunal competente a prevención el que elija el demandante.*^[455]

Debe reiterarse que las normas que establecen competencias son de orden público e indisponibles por las partes y que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 del C. P. C., la competencia es de carácter improrrogable, cualquiera que sea el factor que la determine.

En este contexto, puesto que el Agente del Ministerio Público competente para adelantar una determinada conciliación extrajudicial no es otro que el destacado ante el juez o tribunal que conocería el respectivo asunto, se tiene que las competencias territoriales atribuidas a los órganos de la Jurisdicción Contenciosa, se reflejan, necesariamente a los Agentes del Ministerio Público destacados ante dicha Jurisdicción, toda vez que respecto de ellos existe, igualmente, una distribución territorial^[456] determinada de manera expresa por el Procurador General de la Nación.

3.2. Inasistencia injustificada a la audiencia de conciliación por parte de la entidad pública convocada.

Tal como se ha expuesto, los procuradores judiciales tienen una competencia territorial determinada por el Procurador General de la Nación –Supremo director del Ministerio Público^[457]–, la cual guarda estrecha relación con la competencia que por ese mismo factor ha sido fijada en el Código Contencioso Administrativo para los jueces y tribunales ante los cuales se encuentran destacados.

Precisado lo anterior, ha de reiterarse que la competencia resulta ser de aquellos asuntos que, por ser de orden público, no son disponibles por los interesados, de manera que los diferentes criterios que han servido al

legislador para establecer y regular los múltiples factores que la determinan, han de ser acatados tanto por los jueces y magistrados como por los interesados y, desde luego los Agentes del Ministerio Público.

Por tanto, corresponde al respectivo procurador competente para tramitar una determinada solicitud de conciliación extrajudicial, citar a las partes para celebrar la respectiva audiencia de conciliación y comunicar debidamente tal citación, advirtiendo, en forma expresa las consecuencias negativas que la inasistencia injustificada comporta, toda vez que, se insiste, las normas que determinan la competencia no son disponibles a capricho de las partes.

Los planteamientos referidos permiten deducir que el supuesto contenido en la pregunta parte de la base de la negativa jurídicamente injustificada de una entidad pública convocada, a asistir a la audiencia de conciliación, alegando, de manera infundada, *que en la ciudad donde se llevará a cabo la audiencia no tiene sucursales y que en cambio su sede está ubicada en la Capital de la República*, dejando de lado, sin tener en cuenta que de conformidad con las normas referidas en el numeral anterior, que la sede de la entidad accionada para efectos de determinar la competencia por el factor territorial, si bien constituye la regla general, encuentra diversas excepciones, contenidas, respecto de los asuntos del orden nacional, en el numeral 2º del artículo 134D del C.C.A., la cuales, en virtud de l principio de especialidad son de aplicación preferente.

En efecto, el caso concreto que inspiró la pregunta, hacía referencia a un asunto de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, caso en el cual la regla aplicable la constituye la excepción contenida en el literal c del mencionado numeral 2º, por lo que la competencia territorial se determina por el último lugar donde se prestaron –o debieron prestarse- los servicios y, desde luego, no por el lugar de la sede de la entidad convocada, sin que para ello importe en absoluto si en el lugar correspondiente tiene, o no, sucursal.

En consecuencia, llegada las correspondientes fecha y hora, se ha de adelantar la respectiva diligencia, dejando constancia, si así sucede, de la inasistencia injustificada de la entidad convocada y, si lo considera pertinente, dispondrá que se compulsen copias para que se realicen las correspondientes investigaciones disciplinarias.

4. RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que puesto que la posición de la entidad pública convocada resulta jurídicamente improcedente, corresponde al procurador citar, de manera motivada, a la audiencia de conciliación, advirtiendo acerca de las consecuencias adversas que

comporta la inasistencia injustificada y, en su momento, se ha de llevar a cabo la audiencia de conciliación, declarando terminado el trámite conciliatorio en el evento de que no se presente el apoderado de la convocada y verificando la posibilidad de compulsar copias si encuentra que la conducta de los respectivos funcionarios ha de ser disciplinariamente investigada.

3.5 RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA

PREGUNTA No. 39

TEMA(S): RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA Y FISCAL DE LOS MIEMBROS DEL COMITÉ DE CONCILIACIÓN.

1. PREGUNTA.

¿Qué consecuencias puede acarrear para los miembros del Comité de Conciliación no conciliar pese a que se presenten todos los supuestos para el efecto?

2. MARCO JURIDICO.

<p>Marco Normativo</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Constitución Política, arts. 6, 90 y 267; • Ley 23 de 1991, art. 59; • <i>Ley 610 de 2000</i>, arts. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 6º; • Ley 678 de 2001, art. 2º; • Ley 734 de 2002, arts. 23 y 34; • Código Contencioso Administrativo, art. 86; • Decreto 1716 de 2009, arts. 16 y 19. • <i>Directiva Presidencial 05, del 22 de mayo de 2009;</i> • <i>Circular 004, del Procurador General de la Nación, del 3 de febrero de 2009.</i>
<p>Marco Jurisprudencial</p>	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 4 de Diciembre de 2006, Radicación No. 18270, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez;</i> • <i>Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del</i>

	<p>13 de Noviembre de 2008, Radicación No. 16335, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero;</p> <ul style="list-style-type: none"> • Corte Constitucional, Sentencia C-529 de 1993; • Corte Constitucional, Sentencia C-214 de 1994; • Corte Constitucional, Sentencia C-597 de 1996; • Corte Constitucional, Sentencia T-525 de 1997; • Corte Constitucional, Sentencia C-840 de 2001;
Marco Doctrinal	<ul style="list-style-type: none"> • AMAYA OLAYA, Uriel Alberto. <i>Teoría de la Responsabilidad Fiscal</i>, Primera Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002; • OSTAU DE LAFONT PIANETA, Rafael. <i>Naturaleza Jurídica del Derecho Disciplinario</i>, Instituto de Estudios del Ministerio Público, Bogotá, 1998.

3. CONSIDERACIONES.

Para resolver el problema jurídico se abordarán los siguientes temas *i)* la imposibilidad jurídica de ejercer la acción de repetición en contra de los miembros del Comité de Conciliación con motivo de la decisión de la solicitud de conciliación *ii)* la responsabilidad disciplinaria de los miembros del Comité de Conciliación como consecuencia del incumplimiento del deber de conciliar, y *iii)* la responsabilidad fiscal como consecuencia del incumplimiento del deber de conciliar.

3.1. La imposibilidad jurídica de ejercer la acción de repetición en contra de los miembros del Comité de Conciliación con motivo de la decisión de la solicitud de conciliación.

El artículo 90 de la Constitución Política resulta ser el fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado, así como de la que se predica de los servidores y ex-servidores públicos, de los particulares que cumplen funciones públicas y de los contratistas de la administración, que con su actuar calificado como doloso o gravemente culposo, hayan causado un daño antijurídico imputable al Estado.

En cuanto a la acción de repetición, el inciso segundo del artículo 90, dispone:

“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.”

En el mismo sentido, el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, en su inciso segundo, hace referencia a la acción de repetición en los siguientes términos:

“Las entidades públicas deberán promover la misma acción cuando resulten condenadas o hubieren conciliado por una actuación administrativa originada en culpa grave o dolo de un servidor o ex servidor público que no estuvo vinculado al proceso respectivo, o cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública”.

Así mismo, en desarrollo del mandato Constitucional contenido en el referido artículo 90 superior, se expidió la Ley 678 de 2001, *“Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición.”* En esta ley se introdujeron normas tanto sustanciales como de carácter procesal, con el fin de regular íntegramente la figura, en su artículo 2º, se determina la configuración de la Acción de Repetición en los siguientes términos:

“La acción de repetición 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 las citadas disposiciones se puede inferir que la acción de repetición se erige como un trascendental mecanismo procesal *“con que cuenta el Estado para proteger el patrimonio público, pues, sustentado en la responsabilidad patrimonial de los servidores y ex-servidores públicos, tiene el derecho-deber de acudir ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para que se declare responsable al sujeto, que con su actuar doloso o gravemente culposo, ha causado un daño antijurídico por el cual -el Estado- ha respondido.”*^[458]

La jurisprudencia del Consejo de Estado, con fundamento en el artículo 90 de la Carta, en las Leyes 446 de 1998 y 678 de 2001 y en las normas del Código Contencioso Administrativo que regulan la materia, especialmente

los artículos 77 y 78, ha señalado como requisitos para la procedencia y prosperidad de la acción de repetición los siguientes:

- “i) Que surgió para el Estado la obligación^[459] de reparar un daño antijurídico, bien sea por condena judicial, por conciliación o por otra forma de terminación de un conflicto;*
- ii) Que el Estado pagó totalmente dicha obligación, lo que, desde luego, le causó un detrimento patrimonial;*
- iii) La magnitud del detrimento patrimonial que se reclama del demandado y su fundamento, puesto que no en todos los casos coincide con el valor anterior;*
- iv) Que el demandado, a quien debe identificar de manera precisa, es o fue agente del Estado, acreditando la calidad o cargo que tuvo;*
- v) Que el demandado actuó con dolo o con culpa grave;*
- vi) Que el daño antijurídico -referido en el primer numeral-, fue consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del demandado.”^[460]*

Por lo tanto, con fundamento en las normas constitucionales y legales que regulan la acción de repetición, resulta evidente que no es ésta la acción jurídicamente procedente contra de los miembros de los Comités de Conciliación, ya sea que hayan decidido conciliar o que pese a concretarse los supuestos para conciliar un determinado asunto, decidan no hacerlo, pues desde ningún punto de vista se consolidan los elementos que expuestos que justifican y permiten su iniciación.

En efecto, debe resaltarse que la decisión del Comité de Conciliación, en cuanto a si se concilia o no cierto asunto, se adopta en atención a la verificación, desde luego anterior, de un daño antijurídico por parte de la entidad pública, siendo entonces, única y exclusivamente posible impetrar la referida acción de repetición, respecto del servidor, ex servidor, particular que ejerza funciones públicas o contratista, quien con su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado lugar al daño que se busca resarcir mediante la conciliación.

En razón a tales apreciaciones, el artículo 16 del Decreto 1716 de 2009, establece que la decisión de conciliar o no, “*por sí sola, no dará lugar (...) al ejercicio de acciones de repetición contra los miembros del Comité de Conciliación*”.

Con lo anterior, ha de precisarse, no se quiere significar que los miembros del Comité de Conciliación actúen bajo un manto de irresponsabilidad, pues no se puede perder de vista que, en ocasiones, las decisiones adoptadas por sus miembros podrían causar a la respectiva entidad pública un daño antijurídico, concretamente un detrimento patrimonial, ya sea porque el

acuerdo conciliatorio establezca un monto groseramente desproporcionado respecto del daño efectivamente causado o porque al decidir no conciliar un conflicto que presenta una alta probabilidad de condena, el monto de la decisión judicial resulta ciertamente mayor al que se hubiera podido reconocer en sede de la conciliación extrajudicial. Deberá entonces, acudir a los mecanismos jurídicamente idóneos para hacer efectiva dicha responsabilidad, de entrada, se insiste, excluyendo por resultar jurídicamente improcedente, la acción de repetición.

3.2. La responsabilidad disciplinaria como consecuencia del incumplimiento del deber de conciliar.

El control disciplinario es un elemento indispensable de la Administración Pública^[461], en la medida en que, como ha sostenido la jurisprudencia constitucional, resulta derivarse de una potestad *“necesaria para el adecuado cumplimiento de sus funciones y la realización de sus fines, pues (...) permite realizar los valores del orden jurídico institucional, mediante la asignación de competencias a la Administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia contribuye indudablemente a la realización de sus cometidos”*.^[462] De esta manera, puede afirmarse que el derecho disciplinario se encuentra *“integrado por todas aquellas normas mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones, ya que los servidores públicos no sólo responden por la infracción a la Constitución y a las leyes sino también por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (CP Art. 6°)”*^[463].

En este contexto, las actuaciones realizadas o decisiones adoptadas por los miembros del Comité de Conciliación respecto de la procedencia de la conciliación extrajudicial, que no se sujeten estrictamente a las normas jurídicas sustantivas, procedimentales y de control vigentes o que comporten lesión para el patrimonio público^[464] -en concreto, cuando no tengan en cuenta las pautas jurisprudenciales consolidadas, de manera que se concilie en aquellos casos donde exista identidad de supuestos con la jurisprudencia reiterada^[465]-, traerá como consecuencia el inicio de investigaciones disciplinarias y la eventual sanción del mismo tipo. Por lo anterior, en la Circular 004 de 2009, el Procurador General de la Nación determinó:

“El Ministerio Público estará atento y aplicará los correctivos disciplinarios u ordenará la compulsación de copias para las investigaciones penales y fiscales que resulten pertinentes, cada vez que se encuentre que los comités de conciliación o los representantes legales de las entidades públicas, se abstienen de

dar viabilidad a acuerdos conciliatorios que resulten beneficiosos para el patrimonio público y sean respetuosos del ordenamiento jurídico, apoyados en razones ajenas al interés general, por ejemplo cuando busquen evitar que se inicien acciones de repetición o investigaciones disciplinarias contra los jefes, directores, representantes legales o superiores jerárquicos de las respectivas entidades, o cuando pretendan impedir que se afecten rubros presupuestales de la administración de turno, sin consideración a la existencia real de la obligación indemnizatoria.”

En dichos eventos, se estaría incumpliendo por parte de los miembros del Comité una de sus funciones principales^[466], lo que a la luz del artículo 23 de la Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único)^[467], constituye falta disciplinara, toda vez que, en general, cualquier incumplimiento de un deber o extralimitación en el ejercicio de los derechos y funciones por parte de un servidor público se cataloga como falta disciplinaria. Precisamente, el artículo 34 de Código Disciplinario Único establece como deberes de todo servidor público, en otros, *“cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y la órdenes superiores emitidas por funcionario competente”*^[468].

Por lo tanto, salta a la vista, que los miembros del Comité de Conciliación, al decidir no conciliar un conflicto respecto del cual aparecen debidamente acreditados los supuesto fácticos y respecto del cual se presente una alta probabilidad de condena, eventualmente estarían incumpliendo una de las funciones que les fue asignada por el Decreto 1716 de 2009, lo cual, implica el adelantamiento de un proceso disciplinario en su contra.

3.3. La responsabilidad fiscal como consecuencia del incumplimiento del deber de conciliar.

La responsabilidad fiscal, pretende *“el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal”*.^[469]

A dicha responsabilidad, se puede llegar, únicamente, mediante el ejercicio del denominado control fiscal, que de conformidad con el artículo 267 de la Constitución Política es una función pública ejercida, en general, por la Contraloría General de la República, en tanto entidad encargada de vigilar *“la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades*

que manejen fondos o bienes de la Nación”. Se tiene así que la vigilancia fiscal se orienta a establecer “si las diferentes operaciones, transacciones y acciones jurídicas, financieras y materiales a las que se traduce la gestión fiscal se cumplieron de acuerdo con las normas prescritas por las autoridades competentes, los principios de contabilidad universalmente aceptados o señalados por el Contralor General, recursos, públicos y, finalmente los objetivos, planes, programas y proyectos que constituyen en un período determinado la meta y proyectos de la administración.”^[470]

Las mencionadas funciones de control fiscal se concretan en la ejecución y desarrollo de un procedimiento especial regulado en la Ley 610 de 2000, norma en cuyo artículo 1º se determina que el proceso de responsabilidad fiscal es *“el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.”* Respecto de dicha actuación administrativa^[471], la Corte Constitucional ha señalado que *“permite establecer la responsabilidad de quien tiene a su cargo bienes o recursos sobre los cuales recae la vigilancia de los entes de control, con miras a lograr el resarcimiento de los daños causados al erario público. De esta forma, el proceso de responsabilidad fiscal está encaminado a obtener una declaración jurídica en el sentido de que un determinado servidor público, o particular que tenga a su cargo fondos o bienes del Estado, debe asumir las consecuencias derivadas de las actuaciones irregulares en que haya podido incurrir, de manera dolosa o culposa, en la administración de los dineros públicos”^[472]*

De otro lado, esta forma especial de responsabilidad, se caracteriza por su estricto y exclusivo contenido patrimonial, pues con ella se busca tutelar el bien jurídico del patrimonio público, pretendiendo *“reparar los daños que se le causen a éste por conductas desplegadas en el ejercicio de la gestión fiscal por parte de agente públicos o privados. Su finalidad, entonces, es enteramente patrimonial-resarcitoria, respecto de aquel bien jurídico primario.”^[473]* En este mismo sentido, se ha pronunciado la Corte Constitucional, al señalar que dicha responsabilidad *“no tiene un carácter sancionatorio, ni penal ni administrativo”* toda vez que la declaración de responsabilidad *“tiene una finalidad meramente resarcitoria, pues busca obtener la indemnización por el detrimento patrimonial ocasionado a la entidad estatal.”^[474]*

Tal como se ha señalado, el objeto de control de la responsabilidad fiscal, de conformidad con las normas constitucionales y legales pertinentes, se circunscribe a las actividades derivadas de la **gestión fiscal**, concepto éste que se encuentra definido en el artículo 3º de la Ley 610 de 2000, en los siguientes términos:

“Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales.”

Esta definición legal, pese a ser un noble esfuerzo legislativo por dotar de contenido un concepto jurídico indeterminado como resulta ser el de gestión fiscal, para un sector de la doctrina no resulta ser más que *“una enunciación simplista de actividades y verbos rectores mediante los cuales se expresa la referida gestión fiscal”*^[475].

Delimitado el concepto de gestión fiscal, resulta imperativo determinar quiénes podrán ser sujetos pasivos del control fiscal, asunto respecto del cual el artículo 1º de la Ley 610 de 2000, determina, como se indicó, que el proceso de responsabilidad fiscal se adelanta con el fin de establecer la responsabilidad *“de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado”*. Cabe precisar, que no se trata de cualquier servidor público o particular, sino que su destinatario cualificado hace referencia específica y exclusivamente a aquellos a quienes se ha concedido, en virtud de sus funciones o de contrato, la posibilidad de disponer material y jurídicamente del patrimonio público, es decir, que cuentan con la capacidad jurídica para disponer válida y legítimamente del mencionado patrimonio.^[476]

En el contexto normativo y jurisprudencial anteriormente reseñado, salta a la vista, que el jefe, director, gerente, presidente o representante legal del ente o su respectivo delegado, el ordenador del gasto o quien haga sus veces, el jefe de la Oficina Jurídica o de la dependencia que tiene a su cargo la defensa de los intereses litigioso de una entidad pública, y los funcionarios de dirección o de confianza que se designen para el efecto, una vez reunidos para integrar el respectivo Comité de Conciliación, entran a ejercer funciones que, en sí mismas implican el ejercicio de Gestión Fiscal, pese a que, en algunos eventos, el catálogo de las funciones propias del cargo que desempeñan habitualmente no resulte serlo.

Concretamente, cuando se adoptan decisiones referidas a la conciliación extrajudicial en asuntos Contencioso Administrativos, se está ejerciendo

Gestión Fiscal, pues dicho mecanismo alternativo se circunscribe únicamente a los conflictos de carácter económico y contenido patrimonial por lo que los efectos de la respectiva decisión, recaen directamente sobre el patrimonio de la entidad pública^[477], siendo, en consecuencia, objeto de control fiscal^[478].

Por tanto, en el evento en que el Comité de Conciliación decida no conciliar un determinado asunto pese a que la jurisprudencia reiterada haga verosímil una condena contra el Estado^[479], sería posible, por parte del organismo competente, dar inicio al proceso de responsabilidad fiscal en contra de sus miembros, toda vez que, se insiste, con su determinación habrían causado un daño al patrimonial al Estado^[480], que se concreta en el hecho de someter a la entidad pública a pagar un monto mayor respecto del que se hubiera podido obtener en el escenario de la conciliación extrajudicial, pues se podría haber evitando que el Estado hubiese sufragado los costos de la atención profesional del litigio, así como el reconocimiento de valores relacionados, por ejemplo, con intereses moratorios, salarios dejados de percibir, todo ello en el marco del denominado ‘detrimento patrimonial’.

En ese caso, será el mismo Agente del Ministerio Público ante el que se esté adelantado la conciliación extrajudicial, quien podrá compulsar copias al respectivo órgano de control fiscal^[481], precisando que para que se pueda declarar la responsabilidad fiscal, se tendrán que probar en el transcurso del proceso, “1. *La conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a la persona que realiza gestión fiscal*; 2. *Un daño patrimonial al Estado*; 3. *Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.*”^[482]

Lo anterior, en el marco de lo dispuesto en el artículo 5-6 de la Ley 1367 de 2009, norma en virtud de la cual corresponde a los procuradores judiciales compulsar las copias pertinentes y conducentes “**si hubiere lugar a determinar conductas disciplinables o responsabilidades fiscales**” de los servidores públicos o de particulares.

4. RESPUESTA.

De lo anteriormente expuesto se concluye que la decisión de no conciliar un asunto debiendo hacerlo al verificarse los supuestos fácticos y jurídicos correspondientes, podría acarrear para los miembros del Comité de Conciliación que tomaron dicha determinación, el inició una investigación disciplinaria y/o de un proceso de responsabilidad fiscal, destacando que de conformidad con lo dispuesto en Ley 1367 de 2009^[483], cuyo objeto es “*implementar y fortalecer la institución de la conciliación en la jurisdicción de lo contencioso administrativo; promoviendo así la cultura de la conciliación*”

con la oportuna solución de los conflictos entre el Estado y los ciudadanos”^[484], corresponde al respectivo Procurador Judicial:

“compulsar las copias pertinentes y conducentes si hubiere lugar a determinar **conductas disciplinables o responsabilidades fiscales** o penales de los servidores públicos o de particulares”.

3.5.2 Ausencia de responsabilidad

PREGUNTA No. 40

TEMA(S): COMITÉ DE CONCILIACION/AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD POR LA DECISIÓN DE CONCILIAR.

1. PREGUNTA.

¿Acarrea alguna consecuencia para los miembros del Comité de Conciliación la decisión de no conciliar?

2. MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none"> • Ley 23 de 1991, art.65-A; • Ley 610 de 2000, art. 4; • Ley 678 de 2001, art. 2; • Ley 734 de 2002, art. 23 ; • Ley 446 de 1998, arts. 64 • Decreto 1716 de 2009, arts. 9, 12, 13, 16, 18 y 19;
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none"> • Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 4 de Diciembre de 2006, Radicación No. 18270, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

3. CONSIDERACIONES.

Para resolver el problema jurídico se abordarán los siguientes temas *i)* la decisión de conciliar y sus efectos y *ii)* la ausencia de responsabilidad como consecuencia de la decisión de conciliar.

3.1. La decisión de conciliar y sus efectos.

De conformidad con lo previsto en el artículo 16 del Decreto 1716 de 2009, el Comité de Conciliación es una *“instancia administrativa que actúa como sede de estudio, análisis y formulación de políticas sobre prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la entidad.”* En razón a ello, le fueron asignadas una serie de funciones, entre las cuales se destaca, para efectos de la presente respuesta, la de decidir, en cada caso específico, sobre la procedencia de la conciliación o cualquier otro medio alternativo de solución de conflictos, con sujeción a las normas jurídicas sustantivas, procedimentales y de control vigentes, teniendo como horizonte evitar la lesión del patrimonio público.^[485]

Específicamente, el artículo 19 del Decreto 1716 de 2009, señala el catálogo de funciones que debe cumplir el Comité de Conciliación, entre otras, la de *“Determinar, en cada caso, la procedencia o improcedencia de la conciliación y señalar la posición institucional que fije los parámetros dentro de los cuales el representante legal o el apoderado actuará en las audiencias de conciliación. Para tal efecto, el Comité de Conciliación deberá analizar las pautas jurisprudenciales consolidadas, de manera que se concilie en aquellos casos donde exista identidad de supuestos con la jurisprudencia reiterada.”*^[486]

Para poder adoptar tales decisiones, el Comité de Conciliación debe reunirse siempre que las circunstancias lo exijan y por lo menos dos (2) veces al mes. Al final de cada sesión se dejan consignadas en el acta respectiva los fundamentos de la decisión de conciliar o no determinando conflicto, decisión que debe comunicarse en el curso de la audiencia de conciliación y acreditarse, junto con los fundamentos, a través de copia auténtica de la respectiva acta o certificación expedida al efecto.^[487]

Esta exigencia permite que el Comité de Conciliación adopte una decisión motivada en forma expresa, seria y cierta y de esta forma, tanto el convocante, como el Procurador y el Juez puedan tener claridad y certeza suficientes acerca de cuáles fueron los fundamentos fácticos y jurídicos que le asistieron al Comité de Conciliación para decidir en cierto sentido su posición con respecto a la solicitud de conciliación; éste no resulta ser un aspecto menor, al contrario, es sumamente importante que los miembros del Comité justifiquen con la mayor claridad, precisión y suficiencia el sentido de su decisión, tanto de conciliar como de abstenerse de ello; basta recordar que es con base en dicha motivación que actúan quienes desarrollan el análisis de legalidad.

Jurídicamente la determinación del Comité se concreta en reconocer su ánimo conciliatorio, es decir, poner en conocimiento del convocante su voluntad de solucionar a través de este mecanismo el conflicto surgido, para

lo cual procede a ofrecer al convocante una fórmula que facilite el acuerdo. Se desprende de lo anterior que la mera decisión de conciliar no concreta en sí misma la solución del conflicto, pues para alcanzar este resultado componedor se requiere además:

i) El ánimo de conciliar de quien eleva la solicitud de conciliación extrajudicial, pues tratándose de un mecanismo de carácter estrictamente autocompositivo, se requiere el concurso de la voluntad expresa de las personas cuyos intereses se encuentran en contraposición.

ii) Que el acuerdo conciliatorio se celebre ante el respectivo Agente del Ministerio Público competente, funcionario que tiene a su cargo velar porque el acuerdo conciliatorio al que lleguen las partes no lesione el patrimonio público, ni sea contrario al orden jurídico para lo cual es fundamental que existan las pruebas en que se apoya. En cualquiera de estos eventos, tendrá que hacer el procurador las consideraciones pertinentes en el transcurso de la audiencia y dejará constancia expresa en el acta^[488].

iii) Que el acuerdo conciliatorio sea aprobado por el juez o tribunal competente. Para tal efecto, el acta de conciliación, junto con el correspondiente expediente, debe remitirlo el Procurador Judicial al juez competente para el respectivo control de legalidad, caso en el cual cobran plena vigencia las pruebas aducidas de las cuales se pueda concluir que el acuerdo no es violatorio de la ley ni lesivo para el patrimonio público, caso contrario se deberá preceder a su improbación.^[489] El Agente del Ministerio Público puede interponer recurso de apelación contra el auto que profiera el Juez o Tribunal Administrativo aprobando o improbando, el acuerdo.

Sólo a partir del momento en que cobre ejecutoria la providencia que aprueba el acuerdo conciliatorio se entiende perfeccionada la conciliación, agotándose el mecanismo prejudicial y poniendo fin al conflicto, pues el acuerdo conciliatorio debidamente celebrado y aprobado tiene efectos de cosa juzgada^[490] y junto con el acta contentiva del acuerdo conciliatorio prestará mérito ejecutivo^[491].

En virtud de lo anterior, se puede concluir que la decisión de conciliar es sólo un escalón más en el proceso conciliatorio, que aunque resulta necesaria no es suficiente para componer el conflicto, decisión ésta que como mera manifestación que es del *animus*, no constituye ordenación del gasto^[492] y mucho menos da lugar a investigaciones disciplinarias, fiscales, o al ejercicio de acciones de repetición contra los miembros del comité, siempre que se adopte con sujeción al ordenamiento jurídico y se evite con ella lesionar el patrimonio público^[493]. Y no podría ser de otro modo, pues la decisión de conciliar, en la medida en que esté ajustada a derecho y pueda servir para la celebración de un acuerdo conciliatorio, tiene respaldo del Procurador y revisión del Juez Administrativo, liberando de responsabilidad

a los miembros del Comité de Conciliación como consecuencia de la decisión de conciliar.

3.2. La ausencia de responsabilidad como consecuencia de la decisión de conciliar.

Como ya se señaló, el hecho de que el Comité de Conciliación decida conciliar determinado conflicto, con sujeción a las normas jurídicas sustantivas, procedimentales y de control vigentes, teniendo como horizonte el evitar lesionar el patrimonio público, no podrá comportar para sus miembros ningún tipo de responsabilidad, por ende, resulta apropiado analizar los motivos por los cuales se excluye cada tipo de responsabilidad en particular:

i) Aunque no sea más que un *mito*, se ha venido generalizando y arraigando entre los servidores públicos la idea de que conciliar implica, automáticamente, el inicio una acción de repetición en su contra. Nada resulta ser más falso y alejado del ordenamiento jurídico, pues, de conformidad con lo previsto en el artículo 2º de la Ley 678 de 2001, la acción de repetición es una acción civil de carácter patrimonial que debe 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 conformidad con lo anterior, al realizar igualmente, un estudio concienzudo de las normas y la jurisprudencia referidas a la acción de repetición, salta a la vista que no habrá lugar al inicio de la misma en contra de los miembros del Comité de Conciliación con motivo de la decisión de conciliar, puesto que la obligación que surge para el Estado no encuentra su verdadera causa jurídica en la decisión de conciliar sino, en los hechos u omisiones que causaron daño antijurídico al convocante, siendo entonces, única y exclusivamente posible impetrar la acción de repetición pero respecto del servidor o ex servidor que, con su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado lugar al deber jurídico de indemnizar.

En consecuencia, el mismo Decreto 1716 de 2009, en su artículo 16, excluye la posibilidad de ejercer la acción de repetición en contra de los miembros del Comité de Conciliación en los siguientes términos: *“La decisión de conciliar tomada en los términos anteriores, por sí sola, no dará lugar a investigaciones disciplinarias, ni fiscales, ni al ejercicio de acciones de repetición contra los miembros del Comité”*.

ii) Del mismo modo, se encuentra excluida la posibilidad de dar inicio a una investigación disciplinaria en contra de los miembros del Comité por el hecho de que hayan decidido conciliar un asunto, sujetándose al ordenamiento jurídico y salvaguardando el patrimonio público, pues esta determinación obedece, sin duda, al estricto cumplimiento de sus funciones^[494], lo cual bajo ninguna óptica tiene la virtualidad de configurar falta disciplinaria^[495].

iii) La responsabilidad fiscal también resulta improcedente, toda vez que con ésta se pretende “*el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal...*”^[496] y ninguno de estos elementos se encuentran presentes en la decisión de conciliar, toda vez, que dicha de decisión, por sí misma, carece de la virtualidad de generar un detrimento patrimonial, pues como se señaló anteriormente, se trata de la mera expresión del ánimo de conciliar, faltando entonces, el ánimo conciliatorio de la otra parte, las consideraciones del Agente del Ministerio Público y la correspondiente aprobación judicial, siendo el auto aprobatorio del juez, debidamente ejecutoriado, el que da lugar al pago y no la sola decisión de conciliar del Comité de Conciliación.

Por lo tanto, al no existir ni detrimento ni potencialidad del mismo a causa de la decisión de conciliar, no existe motivo jurídico para iniciar en contra de los miembros del Comité de Conciliación un proceso de responsabilidad fiscal.

Finalmente, cabe advertir que los anteriores planteamientos, apuntan a develar las consecuencias que puede acarrear para lo miembros del Comité de Conciliación la decisión de conciliar, cuando estos la toman atendiendo al ordenamiento. Sin embargo, cuando dichos miembros pierden el norte y se desvían del estricto cumplimiento de sus funciones y del bloque de legalidad, para incurrir en actos que de manera grosera atentan contra la moralidad administrativa, no podrán interpretarse las normas en pro de la impunidad, sino que, por el contrario, con toda la severidad, habrán de incoarse las investigaciones disciplinarias, los procesos de responsabilidad fiscal y las acciones penales a que haya lugar.

4. RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que siempre que los miembros del Comité de Conciliación decidan conciliar, sujetándose al ordenamiento jurídico y procurando la salvaguarda del patrimonio público, tal determinación no ha de acarrear para ellos investigaciones disciplinarias, procesos de responsabilidad fiscal o acciones de repetición en su contra.

2.1.9 Suspensión de la caducidad

PREGUNTA No. 41

TEMA(S): CADUCIDAD/SUSPENSION.

SOLICITUD DE CONCILIACION/EFFECTOS.
--

1. PREGUNTA.

<p><i>¿La sola presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en asuntos de lo contencioso administrativo suspende en todos los casos (asuntos conciliables y no conciliables) la caducidad de la acción?</i></p>

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• Ley 640 de 2001, artículos 20, 21, 35, 37;• Decreto 1716 de 2009, artículo 3°;
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none">• Corte Constitucional, Sentencia C-1195 de 2001;

3.- CONSIDERACIONES.

Para resolver el problema jurídico contenido en la pregunta anterior, se abordarán los siguientes temas *i)* la suspensión del término de caducidad como efecto de la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial; *ii)* límite legal de suspensión del término de caducidad y *iii)* suspensión del término de caducidad aunque el asunto no sea conciliable.

3.1. La suspensión del término de caducidad como efecto de la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial.

Uno de los principales efectos que comporta la presentación de la solicitud de conciliación ante el respectivo agente del Ministerio Público, es el relacionado con la suspensión del término de caducidad de la acción que, eventualmente, ejercería el convocante en caso de que no se logre alcanzar acuerdo conciliatorio.

Sobre el particular, el inciso segundo del artículo 80 de la Ley 446 de 1998 disponía lo siguiente:

“El término de caducidad no correrá desde el recibo de la solicitud en el despacho del agente del Ministerio Público, hasta por un plazo que no exceda de sesenta (60) días. Para el efecto, el plazo de caducidad se entenderá adicionado por el de duración de la etapa conciliatoria.”

La norma transcrita fue derogada por la Ley 640 de 2001^[497], la cual, en su artículo 21, reguló el tema en los siguientes términos:

“La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2º de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable.”

La relevancia constitucional de esta norma fue puesta de presente por la jurisprudencia constitucional, al señalar que *“de conformidad con lo señalado por la Corte en la sentencia C-160 de 1999, con el fin de evitar que la conciliación prejudicial obligatoria impusiera una carga excesiva a las partes, que pudiera impedir de manera definitiva el acceso a la justicia formal estatal, la Corte exigió que se estableciera “que la petición de conciliación, interrumpe la prescripción de la acción” (...) Esta disposición, sobre la cual la Corte no emite juicio constitucional alguno, autoriza, por una sola vez y de manera perentoria, la suspensión del término de prescripción o de caducidad, no prorrogable ni siquiera en el evento en que las partes decidan por mutuo acuerdo posponer la celebración de la audiencia en un período superior a tres meses, con lo cual se elimina la posibilidad de que las partes se aprovechen de este mecanismo para impedir la prescripción o la caducidad de la acción. Con esta disposición se cumple el otro de los requisitos señalados por la Corte, para la constitucionalidad del requisito de procedibilidad.”*^[498]

3.2. Límite legal de suspensión del término de caducidad.

Del análisis de la norma contenida en el artículo 21 de la Ley 640, se tiene que presentada la solicitud de conciliación ante la Procuraduría General de la Nación –bien directamente ante el respectivo agente del Ministerio Público o bien ante la oficina o funcionario encargado del recibir y repartir las solicitudes- se suspende, en cuanto interesa para el asunto

bajo estudio, el término de caducidad de la respectiva acción, por una sola vez y en forma improrrogable, hasta que ocurra primero alguna de las siguientes hipótesis:

i) Que se logre el acuerdo conciliatorio.

La primera de las posibles hipótesis se refiere al evento en que las partes lleguen a celebrar acuerdo conciliatorio, caso en el cual, el agente del Ministerio Público ha de remitir el asunto a la autoridad judicial correspondiente para que decida si i) lo aprueba o, por el contrario, ii) lo imprueba.

En el primer caso no se presentaría problema alguno, se consolidaría el acuerdo y cobraría la plenitud de sus efectos jurídicos. Sin embargo, en el segundo evento podrían presentarse problemas relativos al término de caducidad de la acción que, ante la improbación judicial del acuerdo, habría de ejercerse. Es por ello que en el parágrafo 2° del artículo 37 de la Ley 640 de 2001, se determinó que “[c]uando se exija cumplir el requisito de procedibilidad en materia de lo contencioso administrativo, si el acuerdo conciliatorio es improbado 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.”^[499]

ii) Que se expida alguna de las constancias a que se refiere el artículo 2° de la Ley 640 de 2001.

Esta norma contempla la facultad del conciliador para expedir las siguientes constancias:

- Constancia de imposibilidad de acuerdo: cuando se realice la audiencia de conciliación sin que las partes, pese a los esfuerzos del conciliador, hubiesen podido lograr acuerdo conciliatorio;
- Constancia de no comparecencia: cuando las partes o una de ellas no comparezca a la audiencia de conciliación. Esta constancia ha de expedirse pasados los tres (3) días hábiles con que se cuenta para la presentación de excusas por inasistencia;
- Constancia de no conciliabilidad: cuando el asunto no sea conciliable de conformidad con la ley. Esta constancia ha de expedirse dentro de los diez (10) días calendario siguientes a la presentación de la solicitud.^[500]

iii) Que se venza el término previsto en el artículo 20 de la Ley 640 de 2001.

De conformidad con lo dispuesto en el inciso primero del referido artículo, si el asunto es conciliable, la respectiva audiencia ha de realizarse *“en el menor tiempo posible, y, en todo caso, tendrá que surtirse dentro de los tres (3) meses siguientes a la presentación de la solicitud.”*

En relación con la norma aludida, la Corte Constitucional al resaltar la trascendencia que respecto del derecho fundamental de acceso a la Administración de Justicia comporta la determinación legal de un tiempo preciso para tramitar la conciliación extrajudicial, sostuvo:

“Para dar cumplimiento a otro de los requisitos señalados por la Corte en la sentencia C-160 de 1999 sobre la necesidad de “determinar un tiempo preciso durante el cual se deba intentar la conciliación...”, como medio para evitar que “el acceso a la tutela judicial efectiva quede en suspenso, en la incertidumbre, al arbitrio de la voluntad de los conciliadores y a las maniobras dilatorias de la parte no interesada en buscar el arreglo amistoso del conflicto por la vía de la conciliación”, la Ley 640 de 2001 estableció en su artículo 20 que el plazo para la celebración de la audiencia es de tres meses.

Los términos de esta disposición, junto con la previsión sobre improrrogabilidad de la suspensión de la prescripción del artículo 21, contribuye a garantizar que la obligatoriedad de la conciliación prejudicial, no se convierta en un obstáculo para el acceso a la justicia formal estatal. Por ello, si la celebración de la audiencia es programada, por razones distintas a la voluntad de las partes –por ejemplo, por posible congestión de los centros de conciliación– para una fecha posterior a los tres meses previstos en la norma, la obligación de asistir a la audiencia desaparece y, por lo tanto, la limitación para acudir a la jurisdicción respectiva no es oponible a quien transcurrido dicho plazo acuda directamente a la jurisdicción estatal. De lo contrario, es decir, si dicho término de tres meses no fuera perentorio, se colocaría una barrera indefinida insuperable para acceder a la justicia.”^[501]

Debe reiterarse que las partes de mutuo acuerdo pueden prorrogar el término del trámite de la conciliación, pero no el término de suspensión de la caducidad de la respectiva acción, toda vez que éste, como se dijo, es de carácter improrrogable^[502]. De otra parte, es importante destacar que vencido el término de tres meses, previsto en el mencionado inciso primero del artículo 20 de la Ley 640, sin que la audiencia de conciliación se hubiere celebrado, sin importar la causa, se entiende cumplido el requisito de procedibilidad, según se establece en el inciso tercero del artículo 35 de la referida ley, lo que le da plena coherencia la esquema y garantiza por completo el acceso a la Administración de Justicia.

3.3. Suspensión del término de caducidad aunque el asunto no sea conciliable.

Aunque el asunto objeto de la solicitud de conciliación no resulte ser de carácter conciliable, el término de caducidad de la respectiva acción se suspende, de conformidad con lo anteriormente dicho, con la presentación de la solicitud ante el agente del Ministerio Público.

En efecto, en primer término debe tenerse en consideración que la norma que regula la suspensión del término de caducidad como efecto de la presentación de la correspondiente solicitud, no contiene ninguna clase de distinción entre asuntos conciliables y no conciliables, sino que, por el contrario, determina, de manera general, que *“la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso”*. En consecuencia, puesto que donde el legislador no distingue el intérprete no puede distinguir, ha de entenderse, en rectitud, que la suspensión del término de caducidad tiene lugar así el asunto objeto de la solicitud no resulte ser jurídicamente conciliable.

No debe olvidarse que *“si de conformidad con la ley el asunto es conciliable, la audiencia de conciliación en derecho deberá intentarse en el menor tiempo posible”*^[503], mientras que si claramente el asunto no es conciliable, el agente del Ministerio Público ha de expedir, dentro de los diez (10) días calendario siguientes a la presentación de la solicitud, la correspondiente constancia^[504], y que, de acuerdo con el mandato contenido en el artículo 21 de la Ley 640, en este evento la suspensión del término de caducidad opera, precisamente, hasta la expedición de la respectiva constancia.

De otra parte, se presentan con frecuencia casos en los cuales no resulta evidente que se trate de un asunto no conciliable, por ejemplo porque con la solicitud no se aportaron las pruebas que permiten, posteriormente, determinar que operó la caducidad, o porque sencillamente existe discusión jurídica respecto de si se trata o no de asunto conciliable. En estos casos, el agente del Ministerio Público no cuenta con suficientes elementos de juicio para proceder a expedir la constancia de no conciliabilidad en el corto término previsto en la ley y, por tanto, ha de convocar a la audiencia y sólo una vez escuchadas las partes o aportadas en su curso las pruebas idóneas, podría determinar que, ciertamente, se trata de asunto no conciliable y así lo ha de dejar sentado en el acta. Sostener que en estos eventos la presentación de la solicitud de conciliación no comporta, como efecto propio,

la suspensión del término de caducidad, equivaldría, en muchos casos, a vulnerar el derecho constitucional de Acceso a la Administración de Justicia, por haber, precisamente, operado la caducidad durante el cumplimiento de un requisito de procedibilidad legalmente previsto para interponer demandas contra el Estado. Por el contrario, en aplicación no sólo de la norma legal que, como se dijo, no contiene distinción alguna al respecto, sino, ante todo del mandato constitucional referente prevalencia de los derechos fundamentales y del trascendental principio *pro actione*^[505], habrá de concluirse, sin lugar a hesitación alguna, que aún tratándose de asuntos respecto de los cuales finalmente se determinó que no eran conciliables, opera la garantía de suspensión de la caducidad, cuya relevancia constitucional fue, en su oportunidad, puesta de presente por la jurisprudencia constitucional.

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que la suspensión del término de caducidad opera, en todos los casos, desde la presentación de la solicitud de conciliación ante el agente del Ministerio Público aunque, posteriormente, se determine que el asunto no es jurídicamente susceptible de conciliación, precisando que el lapso durante el cual opera tal suspensión puede variar según suceda que el conciliador expidió la constancia de que trata el artículo 2-3 de la Ley 640 o, por el contrario, citó a audiencia en la que, aclarado el tema, determinó que el asunto no era susceptible de conciliación extrajudicial.

2.9.1.1 Fechas a considerar

PREGUNTA No. 42
TEMA(S): CADUCIDAD/SUSPENSION

1.- PREGUNTA.

<p><i>¿Qué fecha se debe tener en cuenta para efectos de la suspensión del término de caducidad si llega una solicitud de conciliación remitida por razones de competencia? ¿la fecha en que se radica la solicitud en la Procuraduría? ¿la fecha en la que la que llega para reparto la solicitud enviada por razones de competencia? ¿la fecha en la que llega la solicitud al Agente del Ministerio Público competente?</i></p>

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• Ley 640 de 2001, artículo 23;• C.C.A., arts. 1º y 33;• Decreto 1716 de 2009, artículo 6º, párrafo 2º.
------------------------	---

3.- CONSIDERACIONES.

Para resolver el problema jurídico contenido en la pregunta anterior, se abordarán los siguientes temas: *i)* incompetencia del agente del Ministerio Público para tramitar una solicitud de conciliación y *ii)* suspensión del término de caducidad de la respectiva acción Contencioso Administrativa.

3.1. Incompetencia del agente del Ministerio Público para tramitar una solicitud de conciliación.

La competencia para adelantar las conciliaciones extrajudiciales en asuntos contencioso administrativos, radica, de manera exclusiva, en los agentes del Ministerio Público^[506] asignados a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, esto es, procuradores delegados ante el Consejo de Estado, procuradores judiciales administrativos II, destacados ante los tribunales administrativos y procuradores judiciales I, quienes intervienen ante los juzgados administrativos.

Siendo la regla general, aquella según la cual el agente del Ministerio Público competente para adelantar la conciliación extrajudicial es el destacado ante la Corporación o Juzgado que conocería del eventual proceso judicial, puede suceder que presentada la solicitud de conciliación, un determinado asunto sea repartido a un agente del Ministerio Público que no resulte ser competente por razones de la naturaleza del asunto, de su cuantía, de los sujetos que intervienen o en razón del territorio. Sobre este último factor, ha de reiterarse que los procuradores judiciales administrativos I y II se encuentran asignados a determinados juzgados y tribunales a lo largo del territorio nacional y tienen, como se dijo, la misma competencia territorial atribuida a los órganos judiciales ante los cuales se encuentran destacados.

En cualquiera de los eventos anteriores, siempre que el agente del Ministerio Público encuentre que no es competente para conocer de una determinada solicitud de conciliación extrajudicial, ha de remitir *“la solicitud y el expediente al funcionario que tenga atribuciones para conocer de la*

misma^[507], desde luego sin admitirla ni inadmitirla, puesto que carece de competencia para conocerla y emitir pronunciamiento alguno.

Sobre el particular resulta plenamente aplicable lo dispuesto en el artículo 33 del C.C.A., respecto del funcionario incompetente, norma del siguiente tenor:

“Si el funcionario a quien se dirige la petición, o ante quien se cumple el deber legal de solicitar que inicie la actuación administrativa, no es el competente, deberá informarlo en el acto al interesado, si éste actúa verbalmente; o dentro del término de diez (10) días, a partir de la recepción si obró por escrito; en este último caso el funcionario a quien se hizo la petición deberá enviar el escrito, dentro del mismo término, al competente, y los términos establecidos para decidir se ampliarán en diez (10) días.”

Debe recordarse que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° de dicho cuerpo normativo, las normas de su primera parte, dentro de las cuales se encuentra el artículo 33 transcrito, son aplicables a la Procuraduría General de la Nación y Ministerio Público y que, por su expreso mandato, en lo no previsto en las leyes especiales “*se aplicarán las normas de esta primera parte que sean compatibles*”.

3.2. Suspensión del término de caducidad de la respectiva acción contenciosa.

La pregunta que se responde hace referencia a los casos de falta de competencia referidos en el numeral anterior y plantea el interrogante acerca de la fecha que debe tomarse para el inicio del cómputo de la suspensión del término de caducidad, presentando como alternativas: la fecha en que se radicó la solicitud en la Procuraduría; la fecha en la que llegó para reparto la solicitud enviada por el procurador –delegado o judicial-incompetente; o la fecha en la que llegó la solicitud al Agente del Ministerio Público competente.

Sobre el particular ha de destacarse que la Ley 640 de 2001, en su artículo 21, señala que “*[l]a presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2° de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable.*”

Se desprende de lo anterior que el inicio del cómputo del término de suspensión de la caducidad de la acción que se ejercería ante la Jurisdicción Contenciosa, se encuentra legalmente determinado por la fecha de presentación de la solicitud, no ante la entidad convocada sino ante el conciliador, es decir, ante el agente del Ministerio Público.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, dependiendo del lugar de que se trate y del número de procuradores judiciales administrativos allí destacados, la solicitud se presenta en el despacho del conciliador, en el despacho del agente del Ministerio Público encargado, en ese momento, de efectuar el reparto o ante una oficina administrativa especialmente establecida para el efecto^[508]. En cualquiera de estos eventos, puede suceder, como se advirtió, que el agente del Ministerio Público que recibe la solicitud o a quien se le asigna por reparto, no resulte ser el competente, caso en el cual, se insiste, carece de facultades para admitirla o inadmitirla y debe limitarse a remitir la solicitud y el expediente al agente competente para adelantar la conciliación.

Para todos los efectos legales, incluido el relacionado con la suspensión de la caducidad, habrá de tomarse como punto de referencia la presentación ante el agente del Ministerio Público o el agente u oficina encargados de las labores de recepción y reparto, y el procurador que recibe una solicitud de conciliación ha de ser sumamente diligente en el trámite respectivo, toda vez que cuenta con los siguientes términos:

- i. Diez (10) días calendario para expedir la constancia de no conciliabilidad de que trata el artículo 2-3 de la Ley 640;
- ii. Diez (10) días hábiles para informar al convocante que no es competente y remitir el expediente al competente, tal como lo prevé el artículo 33 del C.C.A., en concordancia con el párrafo 2° del artículo 6° del Decreto 1716 de 2009;
- iii. Diez (10) días hábiles para, en caso de encontrarlo procedente, admitir la solicitud y, en consecuencia, fijar fecha y hora para la celebración de la audiencia de conciliación, tal como prevé el artículo 7° del Decreto 1716 de 2009.

De otra parte, debe tenerse en cuenta que los términos establecidos en los numerales i y iii anteriores, se amplían en diez (10) días, para el procurador que recibe el expediente, tal como dispone el artículo 33 del C.C.A.

Finalmente, ha de reiterarse que el término de suspensión de la caducidad de la acción que se ejercería, por regla general es de máximo tres (3) meses contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud y de, de conformidad con lo expresamente ordenado en el artículo 21 de la Ley 640

de 2001, es de carácter improrrogable, lo que, en concordancia con el término semejante previsto, en principio como máximo, en el artículo 20 de la mencionada ley para la celebración de la respectiva audiencia, conduce a que en los eventos de remisión por incompetencia el procurador que recibe la solicitud y el expediente tiene una carga especial de diligencia y celeridad.

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que en asuntos contencioso administrativos, el cómputo del término de suspensión de la caducidad, tiene como punto de partida la fecha de presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial ante el agente del Ministerio Público o ante el agente u oficina encargados de las labores de recepción y reparto.

2.3.1 Regulación

PREGUNTA No. 43
TEMA(S): PRUEBAS

1.- PREGUNTA.

¿Cómo está regulado el tema de las pruebas en la conciliación extrajudicial?

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none"> • Ley 1367 de 2009, artículo 5°. • Ley 446 de 1998, artículo 73; • Ley 640 del 2001, artículo 25; • Decreto 1716 de 2009, artículo 8°.
Marco Doctrinal	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Hernando Devis Echandia, Compendio de Derecho Procesal.</i> • <i>Jorge Hernán Gil Echeverry, La conciliación extrajudicial y la amigable composición.</i>
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Consejo de Estado, Sección Tercera providencia del 21 de octubre de</i>

3.- CONSIDERACIONES.

Para resolver el problema jurídico contenido en la pregunta, se abordarán los siguientes temas *i)* necesidad de la prueba en la Conciliación Extrajudicial en asuntos Contencioso Administrativos, y *ii)* las consecuencias de celebrar conciliación extrajudicial sin el adecuado sustento probatorio..

3.1. Necesidad de la prueba en la conciliación extrajudicial en asuntos Contencioso Administrativos.

La prueba ha sido entendida como “*todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados por la ley para llevarle al Juez el convencimiento o certeza de los hechos.*”^[509]

Tratándose de la Conciliación extrajudicial en asuntos Contencioso Administrativos, se exige que la misma solicitud de conciliación contenga como requisito la relación de las pruebas que se acompañan y de las que se harían valer en un eventual proceso judicial^[510] y, desde luego, que el acuerdo conciliatorio al que lleguen las partes se encuentre totalmente respaldado en pruebas debidamente aportadas, sin cuya presencia adecuada y suficiente no podrá el juez impartir su aprobación. El fin último de la necesidad de sustentar con pruebas las conciliaciones en materia Contencioso Administrativa se relaciona con la protección del patrimonio público y la preservación de la legalidad del acuerdo.

La doctrina presenta un importante recorrido normativo respecto del tratamiento que ha recibido el tema de las pruebas en la conciliación extrajudicial en asuntos Contenciosos Administrativos, que permite conocer los antecedentes, para luego hacer referencia al estado actual de la materia:

“La primera disposición al respecto se estableció en el artículo 60 de la Ley 23 de 1991 hoy derogado, donde se dispuso la obligatoriedad de “presentar durante la audiencia los medios de prueba de que dispongan para sustentar sus pretensiones y enumeraran, precisa y detalladamente aquellos que por no estar en su poder solo harían valer en el proceso judicial”. En vigencia de esta norma bien podía entenderse que si el particular afirmaba la existencia de las pruebas manifestando que se encontraban en poder de la administración, y, a su vez, la administración

corroboraba su existencia, podía conciliarse, así las pruebas nunca fueran allegadas al proceso conciliatorio.

(...) el Decreto 2511, Artículo 8, dispuso “De las pruebas: durante la celebración de la audiencia los interesados podrán aportar las pruebas que estimen necesarias. Con todo, el Agente del Ministerio Público o el conciliador podrán considerar los elementos de juicio que sean útiles para la conformación del acuerdo tramite que no dará lugar a la ampliación de términos”.

(...) Ahora bien, el sustento probatorio es tan indispensable que el conciliador, oficiosamente, deberá requerir las pruebas conducentes y, en caso de que no sean aportadas, deberá declarar improcedente la conciliación, tal como lo manifestó la jurisprudencia C-1195 del 15 de noviembre de 2001: “Además, el conciliador puede solicitar pruebas adicionales a las presentadas por las partes para la sustentación del acuerdo conciliatorio y si tales pruebas no son aportadas, puede decidir que no se logro el acuerdo”.

Es importante profundizar en el alcance que la Corte le asigna a las funciones del conciliador. Como regla general, se supone que si las partes no llegan a un acuerdo, el conciliador se limita a expedir la constancia de no conciliación por sí mismo y una contra el parecer de las partes, y así exista acuerdo entre ellas, puede decidir que no hay conciliación por falta de pruebas.

El artículo 25 de la Ley 640 dispone: “Pruebas en la conciliación extrajudicial. Durante la celebración de la audiencia de conciliación extrajudicial en asuntos de lo contencioso administrativo los interesados podrán aportar las pruebas que estimen pertinente. Con todo, el conciliador podrá solicitar que se alleguen nuevas pruebas a que se complemente las presentadas por las partes, con el fin de establecer los presupuestos de hecho y de derecho para la conformación de un acuerdo conciliatorio.”

El principio de la necesidad de la prueba aparece de manera contundente: las partes deberán allegar las pruebas solicitadas, y si no lo hicieren, por ministerio de la ley, se entenderá abortado el acuerdo conciliatorio. Aquí es donde tiene sentido la afirmación de la Corte Constitucional de que el conciliador decide el fracaso del acuerdo conciliatorio.”^[511]

Actualmente, el Decreto 1716 de 2009, en su artículo 8º, dispone, además, que las pruebas deberán aportarse con la petición de conciliación, *teniendo en cuenta los requisitos consagrados en los artículos 253 y 254 del Código de Procedimiento Civil.*

De otra parte, la Ley 1367 de 2009, prevé que corresponde a los procuradores judiciales, en tanto conciliadores, *“promover los acuerdos de conciliación”* cuando sean procedentes de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente y, en tal virtud, la respectiva norma reglamentaria establece

que el agente del Ministerio Público puede solicitar que se alleguen nuevas pruebas o se complementen las presentadas por las partes con el fin de establecer los presupuestos de hecho y de derecho para la conformación del acuerdo conciliatorio. En este evento, las pruebas tendrán que aportarse dentro de los veinte (20) días calendario siguientes a su solicitud, sin que se amplíe el término legal de suspensión de la caducidad de la respectiva acción y si así no lo hiciera la parte requerida, *se entenderá que no se logró el acuerdo.*^[512]

En fin, el artículo 73 de la Ley 446 –cuyo parágrafo fue derogado por el artículo 49 de la Ley 640- dispone de manera enfática en su inciso 3° que la autoridad judicial ha de improbar el acuerdo conciliatorio cuando no se hayan presentado las pruebas necesarias.

Como puede advertirse, a través de la historia normativa de la conciliación extrajudicial en asuntos Contencioso Administrativos, el tema de las pruebas ha sido de singular importancia, a punto que hoy se puede afirmar que en esta materia, **si no se puede probar, no se puede conciliar.**

3.2. Las consecuencias de celebrar acuerdo conciliatorio extrajudicial sin el adecuado sustento probatorio.

En primer término ha de señalarse que una de las principales actividades que debe desarrollar el agente del Ministerio Público, en su calidad de conciliador, consiste en propender porque se complementen las pruebas aportadas con la solicitud, con miras a estructurar los supuestos fácticos y jurídicos del acuerdo.

En aquellos eventos en los cuales las partes decidan celebrar acuerdo sin el adecuado y suficiente sustento probatorio, el agente del Ministerio Público habrá de dejar en el acta de conciliación sus consideraciones expresas al respecto, para que, finalmente, sea el juez contencioso, al momento de efectuar el respectivo control de legalidad, quien decida lo pertinente.

Al ejercer dicho control judicial, el juez ha de ser muy riguroso en el estudio y análisis de las pruebas obrantes en el expediente, toda vez que uno de los presupuestos para que proceda la aprobación de la conciliación es, como se ha reiterado, el relacionado con el sustento probatorio, tal como lo ha puesto de presente el Consejo de Estado, al sostener:

“Con fundamento en la ley, la Sala, en reiterada jurisprudencia ha definido los siguientes supuestos para la aprobación de los acuerdos conciliatorios:

Que verse sobre derechos económicos disponibles por las partes.

*Que las entidades estén debidamente representadas.
Que los representantes o conciliadores tengan capacidad o facultad para conciliar y disponer de la materia objeto de convenio.
Que no haya operado la caducidad de la acción.
Que no resulte abiertamente inconveniente o lesivo para el patrimonio de la administración.
Que los derechos reconocidos **estén debidamente respaldados por las probanzas que se hubieren arrimado a la actuación.***

*En éste mismo sentido, ha manifestado la Sala, que **la conciliación en materia contenciosa administrativa y su posterior aprobación, deben estar respaldadas con elementos probatorios idóneos y suficientes** respecto del derecho objeto de controversia, por estar en juego el patrimonio estatal y el interés público, de manera que, con el acervo probatorio allegado, el juez de conocimiento no tenga duda alguna acerca de la existencia de la posible condena en contra de la administración y que por lo tanto la aprobación del acuerdo conciliatorio resultará provechoso para los intereses de las partes en conflicto.”^[513]*

Resulta oportuno destacar la íntima relación que puede existir en algunos eventos entre las pruebas y su adecuado examen con la protección del patrimonio público, asunto sobre el cual la jurisprudencia ha precisado:

“Entratándose de materias administrativas contenciosas para las cuales la ley autoriza el uso de este mecanismo, dado el compromiso del patrimonio público que le es inherente, la ley establece exigencias especiales que debe tomar en cuenta el juez a la hora de decidir sobre su aprobación.

Entre dichas exigencias, la ley 446 de 1998, en el último inciso del art. 73, prescribe que el acuerdo conciliatorio debe estar fundado en “ las pruebas necesarias” que permitan deducir una alta probabilidad de condena contra el Estado - en el evento de que el interesado decidiese ejercitar las acciones pertinentes -, de modo tal que lo acordado no resulte lesivo del patrimonio público o violatorio de la ley.

Sin que sea necesario construir un complejo razonamiento jurídico, es claro que en el presente caso el acuerdo logrado por las partes puede ser lesivo para los intereses de la administración, pues, de las pruebas allegadas al expediente no se puede deducir, con claridad, la existencia de la obligación que es objeto de conciliación, a cargo del ente público....

A título de reflexión final, vale la pena advertir que la conciliación contencioso administrativa constituye, sin duda, un mecanismo

valioso en la solución de los conflictos en los cuales se ve envuelto el Estado, no solo porque borra las huellas negativas del conflicto sino porque contribuye eficazmente a la descongestión de los despachos judiciales. Tal circunstancia, sin embargo, no debe hacer perder de vista el hecho de que, a través suyo, se comprometen recursos del erario público cuya disposición no se puede dejar a la voluntad libérrima de los funcionarios sino que requiere del cumplimiento de reglas y exigencias muy severas y precisas que impiden el uso de la conciliación para fines no previstos y no queridos por la ley.^[514]

Como se observa, el límite de la conciliación, para que resulte procedente, lo marca el hecho de que la misma no sea lesiva a los intereses patrimoniales del Estado, para lo cual habrán de examinarse necesariamente los medios de prueba que conduzcan al establecimiento de la obligación reclamada a cargo suyo. Es por ello que no se trata de un mecanismo jurídico que, a cualquier precio, permita la solución o la prevención de litigios, sino de uno que implica que dicha solución, siendo justa, equilibre la disposición de intereses con la legalidad. En otros términos, el reconocimiento voluntario de las deudas por parte de las entidades estatales, debe estar fundamentado en pruebas suficientes, de manera tal que el acuerdo logrado no lesione el patrimonio público.^[515]

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto, se concluye que respecto al tema de las pruebas en la conciliación extrajudicial en asuntos de lo Contencioso Administrativo, el legislador recalcó la necesidad de sustentar con pruebas el respectivo acuerdo, de manera tal que sin que exista el adecuado y suficiente respaldo probatorio, no resulta jurídicamente posible conciliar en esta materia y de hacerse así, el agente del Ministerio Público dejará las consideraciones pertinentes en el acta y, posteriormente, el juez habrá de improbar el respectivo acuerdo.

2.3.2 Oportunidad

PREGUNTA No. 44

TEMA(S): PRUEBAS/OPORTUNIDAD.

1.- PREGUNTA.

¿Cuándo se deben aportar las pruebas en el trámite conciliatorio extrajudicial?

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• Ley 640 del 2001, artículo 25;• Decreto 1716, artículos 6° literal f) y 8°;
------------------------	--

3.- CONSIDERACIONES.

Al analizar la oportunidad para aportar las pruebas en el trámite de la conciliación extrajudicial, se destacan tres importantes momentos: *i)* en la solicitud de conciliación extrajudicial; *ii)* dentro de los 20 días siguientes a la solicitud formulada por el agente del Ministerio Público; y *iii)* durante el desarrollo de la audiencia de conciliación.

3.1. En la solicitud de conciliación extrajudicial.

De conformidad con lo previsto en el artículo 8° del Decreto 1716 del 2009, en concordancia con lo dispuesto en el literal f del artículo 6° del mismo decreto, la primera y más importante oportunidad para que el convocante aporte las pruebas que sirven de sustento a su solicitud, nace con la petición misma de conciliación.

Es este el primer momento en el cual se deberán allegar las pruebas necesarias para el estudio de la viabilidad de la conciliación extrajudicial, las cuales constituyen el fundamento para que el Comité de Conciliación de la entidad convocada, tome la determinación de presentar, o no, propuesta tendiente a lograr un acuerdo conciliatorio.

Igualmente, a partir de la pruebas arrimadas por el convocante con la solicitud de conciliación, el competente agente del Ministerio Público puede hacerse una idea acerca de la viabilidad jurídica de un eventual acuerdo y, por tanto, diseñar las fórmulas que presentará en el curso de la respectiva audiencia o, por el contrario, concluir que no se encuentran debidamente acreditados los respectivos supuestos fácticos y tomar las correspondiente decisiones, tendientes a su complementación.

3.2. Dentro de los 20 días siguientes a la solicitud formulada por el agente del Ministerio Público.

En aquellos casos en los cuales el Agente del Ministerio Público, en cumplimiento de sus atribuciones como conciliador, solicite que se alleguen nuevas pruebas o se complementen las presentadas por las partes con el fin de establecer los presupuestos de hecho y de derecho para la conformación del respectivo acuerdo, aquella tendrán que ser aportadas dentro de los veinte (20) días calendario siguientes a su solicitud; este trámite no dará lugar a la ampliación del término de suspensión de la caducidad de la acción prevista en la ley^[516].

Así mismo, si agotada la oportunidad para aportar las pruebas y la parte requerida no ha aportado las solicitadas, se entenderá que no se logró acuerdo.^[517]

3.3. Durante el desarrollo de la audiencia de conciliación.

La Ley 640 del 2001, en su artículo 25, establece que durante la celebración de la audiencia de conciliación extrajudicial en asuntos de lo Contenciosos Administrativo, los interesados podrán aportar las pruebas que estimen pertinentes.^[518]

Sin embargo, este momento no resulta ser el más idóneo para el efecto, pues para ese momento, seguramente, el Comité de Conciliación de la entidad convocada, o en su defecto su representante legal, ya habrá tomado la correspondiente decisión.

No obstante lo anterior, en este evento, de existir ánimo conciliatorio, las partes podrán solicitar, de común acuerdo, la suspensión de la diligencia, a fin de contar con tiempo suficiente para analizar nuevamente el asunto a la luz del nuevo material probatorio aportado.

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto, se concluye que las pruebas en la conciliación extrajudicial en materia Contenciosa Administrativa, se pueden aportar en las oportunidades previstas para el efecto, a saber: en la solicitud de conciliación extrajudicial; dentro de los 20 días siguientes a la solicitud formulada al efecto por el agente del Ministerio Público y durante el desarrollo de la audiencia de conciliación.

2.3.3 Carga

PREGUNTA No. 45

TEMA(S): CARGA DE LA PRUEBA

1.- PREGUNTA.

¿Sobre quién recae la carga de la prueba en la Conciliación Extrajudicial en asuntos Contencioso Administrativos?

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• Decreto 1716 de 2009 artículos 8º y 9º;• Código de Procedimiento Civil, artículos 174 y 177.
Marco Doctrinal	<ul style="list-style-type: none">• <i>Hernando Devis Echandia, Compendio de Derecho Procesal.</i>

3.- CONSIDERACIONES.

Para resolver el problema jurídico contenido en la pregunta, se abordarán los siguientes temas *i)* la carga de la prueba y *ii)* la carga de la prueba en la Conciliación Extrajudicial en asuntos Contencioso Administrativos.

3.1. La carga de la prueba:

El artículo 174 del C. P. C., aplicable en asuntos Contencioso Administrativos en virtud de la remisión prevista en el artículo 267 del C.C.A., consagra el principio de necesidad de la prueba y, para el efecto dispone:

“Toda decisión debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”

Como complemento lógico del anterior principio, la carga de la prueba, en tanto noción procesal *“contiene la regla de juicio por medio del cual se le indica al juez como debe fallar cuando no encuentra en el proceso pruebas*

que le den certeza sobre los hechos en los cuales debe fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitar la consecuencia desfavorable o favorable a la otra parte.^[519]

Se desprende de lo anterior, que el concepto del *onus probandi* contiene dos aspectos que resulta necesario distinguir plenamente: de una parte, es la regla para el juzgador, por medio de la cual se le indica cómo ha de fallar y, de otro lado, una regla de conducta para las partes que les señala, cuáles son los hechos que a cada uno interesa probar.

El artículo 177 del Código de Procedimiento Civil regula la carga de la prueba entendida, desde esta última perspectiva, que resulta importante para contestar el interrogante planteado, como el instituto que permite establecer a cuál de las partes se dirige el requerimiento de acreditar los supuestos fácticos correspondientes.

La mencionada norma establece, en su inciso primero, que “*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*”.

De conformidad con el precepto anterior, el *onus probandi*, en palabras del Consejo de Estado, “*consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la responsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las pretensiones o a la defensa resulten probados; en este sentido, en relación con los intereses de la parte demandante, debe anotarse que quien presenta la demanda, sabe de antemano cuáles hechos le interesa que aparezcan demostrados en el proceso y, por tanto, sabe de la necesidad de que así sea, más aún tratándose del sustento mismo de la demanda y de los derechos que solicita sean reconocidos.*”^[520]

3.2. La carga de la prueba en la Conciliación Extrajudicial en asuntos Contencioso Administrativos.

En el contexto de la necesidad de la prueba, como principio aplicable a la conciliación extrajudicial en asuntos Contencioso Administrativos, que comporta que el juez debe abstenerse de aprobar aquellos acuerdos conciliatorios respecto de los cuales no encuentre debidamente acreditados los respectivos supuestos fácticos y jurídicos, corresponde analizar a quien compete, en esta materia, el *onus probandi*.

Sobre el particular resulta necesario hacer una precisión inicial referente a que, si bien es cierto el agente del Ministerio Público debe desplegar todo su conocimiento, actitud y compromiso tendiente a lograr y promover el acuerdo conciliatorio, contribuyendo, entre otros aspectos, en cuanto esté a

su alcance, a que el eventual acuerdo al que lleguen las partes cuente con el adecuado soporte probatorio, no corresponde a él, desde luego, la carga de la prueba, toda vez que actúa siempre en su condición de tercero neutral y calificado.^[521]

Hecha la anterior precisión y puesto que es a las partes a quienes *incumbe probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persiguen*, ha de concluirse que no siendo viable la formulación de *excepciones* en el trámite conciliatorio, la regla que ha de aplicarse es aquella según la cual la carga de la prueba corresponde al convocante, quien, finalmente, es la parte que presenta las afirmaciones, fórmula sus *pretensiones* y, en general, considera que la parte convocada, singular o plural, le ha causado daño antijurídico -supuesto de hecho que debe acreditar- en los términos del artículo 90 constitucional. Para el oportuno cumplimiento de dicha carga, el primer momento trascendental con el que cuenta el convocante está constituido por la solicitud misma, tal como se desprende del artículo 8° del Decreto 1716 de 2009, en virtud del cual *las pruebas deberán aportarse con la petición de conciliación*.

Sin embargo, para el adecuado cumplimiento de dicha carga el convocante cuenta con valiosos instrumentos. En efecto, en primer término debe recordarse que para ello cuenta con la representación de un profesional del Derecho quien ha de ser extremadamente celoso y diligente en la confección de la respectiva solicitud, aportando con ella las pruebas idóneas y pertinentes^[522] que sustenten su dicho y, de otro lado, actualmente cuenta el convocante con trascendentales derechos y garantías para poder reunir y aportar oportunamente las pruebas necesarias, como son el ejercicio del derecho de petición como derecho constitucional fundamental^[523], la acción constitucional de tutela^[524], la elevación a rango constitucional del derecho de acceso a los documentos públicos^[525], de la mano de su aceptación como derecho constitucional fundamental^[526], la determinación de un especial y corto término para obtener respuesta de fondo respecto de las peticiones relacionadas con al acceso a tales documentos^[527] figura del silencio administrativo positivo^[528] consagrada respecto de las peticiones de consulta y expedición de copias de documentos públicos, así como el trascendental recurso de insistencia^[529].

Debe resaltarse que el adecuado y oportuno cumplimiento de la carga de la prueba por parte del convocante, permite a la entidad convocada el estudio y análisis pertinente, aumentando la posibilidad de una respuesta positiva a la solicitud de conciliación e igualmente contribuye a que el agente del Ministerio Público pueda cumplir sus funciones con mayor conocimiento del caso y eficacia.

Finalmente, ha de ponerse de presente que en aquellos eventos en los cuales la solicitud es formulada de manera conjunta, respecto de los solicitantes recaerá el *onus probandi*.

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto, se concluye que la carga de la prueba tratándose de la Conciliación Extrajudicial en materia Contencioso Administrativa, recae sobre el convocante, es decir, sobre la parte que solicita la conciliación, quien, en consecuencia ha sus sustentar sus afirmaciones y pretensiones con el material probatorio adecuado y pertinente.

2.3.4 Pruebas oficiosas.

PREGUNTA No. 46

TEMA(S): SOLICITUD DE PRUEBAS.

1.- PREGUNTA.

<i>¿Puede el agente del Ministerio Público decretar pruebas de oficio o a solicitud de las partes?</i>
--

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• <i>Ley 640 del 2001</i>, artículo 25;• <i>Decreto 1716 de 2009</i>, artículo 8.
Marco Doctrinal	<ul style="list-style-type: none">• <i>Juan Ángel Palacio Hincapié. La Conciliación en Materia Contencioso Administrativa.</i>
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none">• <i>Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 15 de abril de 1996, exp. 11.691.</i>

3.- CONSIDERACIONES.

La iniciativa probatoria en la conciliación en asuntos Contencioso Administrativos, corresponde a la parte convocante ya que es a ésta, como se dijo en respuesta anterior, a quien corresponde la carga de la prueba, es decir, como sujeto convocante debe probar los hechos en los cuales sustenta sus aspiraciones resarcitorias.

La ley no faculta al Agente del Ministerio Público para decretar pruebas, ni de oficio ni a solicitud de las partes, asunto que de no ser así, convertiría la tramitación de la conciliación en sede de la Procuraduría, en proceso judicial con posibilidad hasta de recibir testimonios, practicar inspecciones, decretar la práctica de dictámenes periciales, todo aquello con derecho a contradicción y debate respecto de las pruebas recaudadas, lo cual desplazaría la función de los jueces, comprometiéndose la eficacia de la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos.

En el marco de la conciliación el agente del Ministerio Público es sólo un tercero neutral y calificado, que aviene a las partes facilitando solución de sus diferencias pero sin desconocer que se trata de un mecanismo netamente autocompositivo. Los límites del papel del agente del Ministerio Público en las conciliaciones extrajudiciales en asuntos de lo Contencioso Administrativo, han sido precisados por la jurisprudencia, en los siguientes términos:

“Si bien es cierto que el artículo 277 de la Constitución Política otorga a los agentes del Ministerio Público la facultad de: “Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales”, 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 sólo 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 (...) **La Sala no puede dejar pasar inadvertida la curiosa manera como el Agente del Ministerio Público interviniente en este proceso, se arrogó facultades que la ley no le ha asignado, como son las de ordenar y practicar pruebas, tales como “inspecciones judiciales” y peritazgos, puesto que esta competencia está reservada a los jueces. Por otra parte, la Sala recaba su orientación en el sentido de***

que en la conciliación prejudicial, se debe actuar con base en la prueba documental aportada con la solicitud, y allegada por el convocado a la audiencia respectiva.”^[530]

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto, se concluye que en tratándose de conciliación administrativa el Agente del Ministerio Público no cuenta con atribuciones legales para decretar pruebas.

2.3.7 Originales o copias.

PREGUNTA No. 47

TEMA(S): PRUEBAS/COPIA SIMPLE

1.- PREGUNTA.

<i>¿Las pruebas que se acompañen con la solicitud de conciliación deben presentarse en original o copia autenticada?</i>

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• <i>Decreto 1716 del 2009</i>, artículo 8°;• <i>Código de Procedimiento Civil</i>, artículos 253 y 254.
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none">• Consejo de Estado, Sección Quinta. Sentencia del 23 de febrero del 2001 Rad. 17001-23-31-000-2000-2497-01

3.- CONSIDERACIONES.

El Artículo 8° del Decreto 1716 de 2009, establece que las pruebas deben aportarse con la solicitud de conciliación, “*teniendo en cuenta los requisitos consagrados en los artículos 253 y 254 del Código de Procedimiento Civil.*”

Las normas aludidas son del siguiente tenor:

“ARTÍCULO 253. APORTACIÓN DE DOCUMENTOS. Los documentos se aportarán al proceso originales o en copia. Esta podrá consistir en transcripción o reproducción mecánica del documento.

*ARTÍCULO 254. VALOR PROBATORIO DE LAS COPIAS. **Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original**, en los siguientes casos:*

- 1. Cuando hayan sido **autorizadas por notario, director de oficina administrativa** o de policía, o **secretario de oficina judicial**, previa orden del juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada.*
- 2. Cuando sean **autenticadas por notario**, previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le presente.*
- 3. Cuando sean compulsadas del original o de copia autenticada en el curso de inspección judicial, salvo que la ley disponga otra cosa.”*

Al declarar exequible el numeral segundo transcrito, la Corte Constitucional señaló que tal disposición no resulta contraria ni a la presunción de buena fe, ni a la prevalencia del derecho sustancial. Sostuvo la Corte:

“El numeral 2 del artículo 254 establece que las copias tendrán el mismo valor probatorio del original “cuando sean autenticadas por notario, previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le presente”. La razón de ser de esta exigencia es elemental, ya se trate de transcripción del documento o de reproducción mecánica del original (fotocopia): resultaría imposible saber con certeza que la una o la otra corresponde al original, de no existir la autenticación. Esa nota de autenticación debe ser original en cada copia. Así lo definió expresamente el Consejo de Estado, en sentencia de abril 4 de 1980:

“Es claro que la ley le da a las copias un valor probatorio similar al del documento original, pero, como es obvio, la diligencia que da fe de que la copia que se sella corresponde al documento original o a una copia debidamente autenticada, debe ser cumplida directamente por el funcionario autenticante, sin que pueda suplirse con la adjunción de una simple copia con la atestación original referida. En otros términos, toda copia debe tener un sello de autenticación propia para poder ser valorada como el documento

original". (Consejo de Estado, sentencia de abril 4/80 magistrado ponente, Carlos Betancourt Jaramillo).

Así, la exigencia del numeral 2 del artículo 254 es razonable, y no vulnera el artículo 83 de la Constitución, como tampoco el 228. En este caso, la autenticación de la copia para reconocerle "el mismo valor probatorio del original" es un precepto que rige para todas las partes en el proceso, y que no tiene otra finalidad que rodear de garantías de certeza la demostración de los hechos, fundamento del reconocimiento de los derechos."^[531]

Bajo dicha perspectiva resulta evidente que los documentos sólo serán tenidos como prueba en sede de conciliación si van auténticos, lo cual corresponde verificar como función de control de legalidad tanto al Procurador como al Juez, quien por tal motivo tendría que improbar el acuerdo.

Así las cosas, puesto que los documentos allegados a través de copias informales o simples, por determinación de la ley procesal, carecen de valor probatorio, se concluye que no puede una conciliación extrajudicial en asuntos Contenciosos fundarse en ellos. Se reitera que aunque efectivamente pueden aportarse copias, ellas sólo alcanzan el mismo valor probatorio que el documento original, al cumplirse con la exigencia de la autenticidad, la cual se adquieren ya sea porque provenga de la autorización del funcionario ante quien reposa el original o por la autenticación notarial o judicial, previa confrontación con el original.

Sobre el particular, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que:

"Los documentos pueden aportarse al proceso en originales o en copias, que pueden consistir en su transcripción o reproducción mecánica, conforme a lo establecido en el artículo 253 del Código de Procedimiento Civil; y, según el artículo 254 del mismo Código, las copias tienen el mismo valor del original, en los siguientes casos: 1. Cuando hayan sido autorizadas por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial previa orden del juez en donde se encuentre el original o copia autenticada; 2. Cuando sean autenticadas por notario, previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le presente, y 3. Cuando sean compulsadas del original o de copia autenticada en el curso de inspección judicial, salvo que la ley disponga otra cosa."^[532]

También ha sostenido que *"las copias informales carecen de valor probatorio en los términos del artículo 252 y 254 del Código de procedimiento Civil, dado que las copias simples no son medios de convicción que puedan tener la*

virtualidad de hacer constar o demostrar los hechos que con las mismas se pretendan hacer valer ante la jurisdicción, en cuanto su estado desprovisto de autenticación impide su valoración probatoria, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 254 del C. de P. Civil antes citado”.^[533]

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto, se concluye que los documentos que se acompañen con la solicitud de conciliación deben aportarse en original o copia autenticada, no en copia simple o informal que carecen de valor probatorio, y en caso de lograrse acuerdo conciliatorio el juez tendría que improbarlo.

2.3.8 Adicionales.

PREGUNTA No. 48

TEMA(S): PRUEBAS/SOLICITUD.

1.- PREGUNTA.

<p><i>Respecto del recaudo de pruebas con ocasión del trámite conciliatorio extrajudicial en asuntos contencioso administrativos, ¿puede el Agente del Ministerio Público solicitar al convocante que allegue pruebas adicionales, como el certificado del último lugar de prestación del servicio?</i></p>
--

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• Ley 1367 de 2009, artículo 5°;• Ley 640 del 2001, artículo 25;• Decreto 1716 de 2009, artículo 8°.
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none">• Corte Constitucional, Sentencia C-1195 de 2001.

3.- CONSIDERACIONES.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 25 de la Ley 640 y en el artículo 8° del Decreto 1716 del 2009, el Agente del Ministerio Público está facultado para solicitar que se alleguen nuevas pruebas o que se complementen las ya presentadas, con el fin de verificar los presupuestos de hecho y de derecho indispensables para la conformación del acuerdo conciliatorio.

Se tiene que el conciliador, para el efecto de *promover los acuerdos de conciliación*^[534], motiva a las partes para que presenten fórmulas de arreglo^[535] y *formular propuestas de arreglo*^[536], tiene la facultad de solicitar que se aporten nuevas pruebas o se complementen las ya presentadas. Es el desarrollo de la función de Agente del Ministerio Público en tanto conciliador pero, se enfatiza, totalmente diferente al decreto y práctica de pruebas, tal como ha quedado expuesto. Sostiene la doctrina que *“[a]unque el solicitante aporte las pruebas pertinentes, el conciliador tiene la facultad de requerirlo para que aporte nuevas pruebas o se complemente las aportadas por las partes para determinar la existencia de los hechos y que, a su vez, permitan al juez la aprobación posterior del acuerdo. (...) Esto tiene una razón de ser y es que si bien el conciliador no puede practicar pruebas, pues ello daría lugar a un mini proceso que desvirtuaría la agilidad del mecanismo de conciliación y de otro el conciliador no cumple funciones judiciales, sí tiene la obligación de apreciar la procedencia de la conciliación de los hechos formulados en la solicitud. La omisión de la parte para presentar la prueba indica para el conciliador la ausencia de la prueba suficiente para acreditar los hechos.”*^[537]

Podría decirse que en parte es el desarrollo de la economía procesal en cuanto facilita la interacción de los sujetos vinculados a la conciliación que contribuye a dar certeza. Al respecto la Corte Constitucional, destacando la importancia y garantía que comporta la decisión de que en asuntos Contencioso Administrativos la conciliación extrajudicial haya sido exclusivamente confiada a los Agentes del Ministerio Público, dijo que *“el conciliador puede solicitar pruebas adicionales a las presentadas por las partes para la sustentación de la acuerdo conciliatorio y si tales pruebas no son aportadas, puede decidir que no se logro el acuerdo”*^[538].

Un beneficio puntual que la precisión probatoria pueda dar está relacionado con el análisis de la caducidad o con lo relativo a determinar la competencia para tramitar la conciliación. A manera de ejemplo puede pensarse en la evidente necesidad de complementar las pruebas presentadas en aquellos eventos en los cuales no se aportó copia auténtica del acto administrativo y de su notificación, cuando la conciliación es para precaver acción de nulidad y restablecimiento del derecho, cuyo término de caducidad normalmente comienza a computarse a partir de la notificación del respectivo acto administrativo; o en aquellos asuntos de carácter nacional y laboral, que se tramitarían mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en

los que no se aporte la certificación correspondiente al último lugar de prestación del servicio, circunstancia ésta que determina la competencia por el factor territorial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 134D del C.C.A., o, en fin, en asuntos que se tramitarían mediante la acción de controversias contractuales en los cuales no se aportó copia autentica del respectivo contrato estatal.

Cuando el Agente del Ministerio Público solicite nuevas pruebas o que se complementen las aportadas, éstas tendrán que ser presentadas dentro de los veinte (20) días siguientes a dicha solicitud, lo cual no implica que se amplíe el termino de suspensión de la caducidad previsto en la ley. Una vez agotado el término para allegar las pruebas solicitadas por el conciliador, sin que haya sido debidamente atendida la solicitud, se entenderá que no se logró acuerdo alguno, tal como se establece en el inciso tercero del artículo 25 de la Ley 640 de 2001, en concordancia con el artículo 8° del Decreto 1716 de 2009.

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que el Agente del Ministerio Público puede solicitar que se alleguen nuevas pruebas o se complementen las ya existentes, facultad que le ha sido conferida por el artículo 25 de la Ley 640 de 2001, en concordancia con el artículo 8° del Decreto 1716 de 2009, para el adecuado cumplimiento de su funciones como conciliador.

2.3.5 Documentos de carácter reservado

PREGUNTA No. 49

TEMA(S): DOCUMENTOS DE CARÁCTER RESERVADO.

1.- PREGUNTA.

<i>¿Puede el agente del Ministerio Público solicitar documentos de carácter reservado?</i>

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Constitución Política</i>, artículo 74; • <i>Ley 57 de 1985</i>, artículo 21; • <i>Decreto 1716 del 2009</i>, artículo 8°; • <i>C.C.A.</i>, artículo 20;
------------------------	--

Marco Doctrinal	<ul style="list-style-type: none">• <i>Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 12 de agosto de 1982, Expediente No. 1736.</i>
------------------------	--

3.- CONSIDERACIONES.

El artículo 74 de la Constitución Política consagra que “[t]odas las personas tiene derecho a acceder a los documentos públicos, salvo los casos que establezca la ley.”

Los casos excepcionales a los que se refiere la norma superior, están constituidos por la llamada reserva legal, la cual implica la existencia, por disposición del legislador de documentos de carácter reservado. El documento de carácter reservado es, por tanto, aquel que, por expresa previsión legal, en razón de su naturaleza o contenido, no puede ser públicamente conocido, lo que no obsta para que algunas personas se encuentren legitimadas para acceder e él en razón de su cargo o actividad.

Debe tenerse en cuenta que de conformidad con lo previsto en el artículo 21 de la Ley 57 de 1985, la Administración sólo puede negar la consulta de determinados documentos o la solicitud de copia de los mismos “*mediante providencia motivada que señale su carácter reservado, indicando las disposiciones legales pertinentes*”

Respecto de la justificación de la reserva legal, el Consejo de Estado ha sostenido lo siguiente:

“La naturaleza del documento, determinante de la reserva trasciende su función de medio de prueba por reflejar, en su momento, hechos cuya divulgación podría ser perjudicial a situaciones en que una persona puede hallarse, consideradas como prolongación de la persona misma, por referirse a su vida privada que supone una esfera de intimidad inviolable; no necesariamente deja de ser público por estar reservado su conocimiento”.^[539]

Debe destacarse que de conformidad con la legislación vigente, el carácter reservado de un determinado documento no es oponible a las autoridades públicas que las soliciten para el cumplimiento de sus funciones, sin embargo, corresponde a dichas autoridades “*asegurar la reserva de los documentos que lleguen a conocer*”.^[540]

En desarrollo de lo anterior, en el párrafo único artículo 8° del Decreto 1716 del 2009, se determina que “[c]uando exista ánimo conciliatorio, el agente del Ministerio Público, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 del Código Contencioso Administrativo y con miras a estructurar los

supuestos fácticos y jurídicos del acuerdo, podrá solicitar a la autoridad competente la remisión de los documentos de carácter reservado que considere necesarios, conservando el deber de mantener la reserva a que se refiere el precepto citado”.

La disposición anterior faculta al Agente del Ministerio Público, para que, en cumplimiento de sus funciones en materia conciliatoria, pueda solicitar documentos que debido a su carácter reservado no son de libre acceso por las partes en conflicto.

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se puede concluir que el agente del Ministerio Público puede, siempre que exista ánimo conciliatorio, solicitar a la respectiva autoridad la remisión de los documentos de carácter reservado que considere necesarios para estructurar los supuestos fácticos y jurídicos del respectivo acuerdo conciliatorio, con la condición de salvaguardar la reserva de tales documentos.

3.4.1 Incompetencia

PREGUNTA No. 50

TEMA(S): COMPETENCIA TERRITORIAL

1.- PREGUNTA.

<i>¿Existe distribución de competencia territorial para los agentes del Ministerio Público? En caso positivo, ¿qué debe hacer el agente del Ministerio Público ante la falta de competencia por factor territorial para adelantar el trámite de la conciliación extrajudicial?</i>

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo

- | |
|---|
| <ul style="list-style-type: none">• Ley 640 de 2001, artículo 23; |
|---|

	<ul style="list-style-type: none"> • Ley 1367 de 2009, artículo 1° a 6°; • Decreto 262 de 2000, arts. 23, 30, 41 y 37; • <i>Resolución 48 del 25 de febrero de 2009, del Procurador General de la Nación;</i> • <i>Resolución número 440 del 16 de octubre de 2008, del Procurador General de la Nación;</i> • <i>Resolución 017 de 2000, del Procurador General de la Nación.</i>
--	---

3.- CONSIDERACIONES.

Los agentes del Ministerio Público con facultades para adelantar conciliaciones extrajudiciales en asuntos contencioso administrativos^[541] son los *i)* Procuradores Delegados ante el Consejo de Estado y *ii)* Procuradores Judiciales.

Sobre el particular, el artículo 1° de la Resolución 48 del 25 de febrero de 2009, proferida por el Procurador General de la Nación, establece que la *“actividad conciliatoria extrajudicial en asuntos de lo contencioso administrativo en los términos del artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, estará a cargo de los siete (7) Procuradores Delegados ante el Consejo de Estado en los procesos de única instancia que se surtan ante esa Corporación, de los cincuenta y cinco (55) Procuradores Judiciales II para Asuntos Administrativos que actúan ante los Tribunales Administrativos en la capital de cada departamento, y de los cincuenta y cinco (55) Procuradores Judiciales I que actúan ante los Juzgados Administrativos del Circuito de cada Distrito Judicial del país.”* La anterior estructura fue adicionada, mediante la Ley 1367 del 21 de diciembre de 2009^[542], cuyo objeto es *“implementar y fortalecer la institución de la conciliación en la jurisdicción de lo contencioso administrativo; promoviendo así la cultura de la conciliación con la oportuna solución de los conflictos entre el Estado y los ciudadanos.”*^[543]

3.1. Procuradores Delegados ante el Consejo de Estado.

Los Procuradores Delegados ejercen funciones preventivas y de control de gestión, disciplinarias, de protección y defensa de los derechos humanos y de intervención ante las autoridades administrativas y judiciales^[544], así como funciones de asesoría y apoyo al Procurador General, de quien dependen directamente, cuando éste lo determine.^[545]

A los procuradores delegados ante el Consejo de Estado les ha sido asignada la función de realizar las audiencias de conciliación extrajudicial en los

asuntos que sean de conocimiento del Consejo de Estado en única instancia.^[546]

Tales asuntos, que desde luego no son frecuentes, son, en cuanto interesa para efectos de la presente respuesta, entre otros, los siguientes:

- Los de nulidad y restablecimiento del derecho que carezcan de cuantía, en los cuales se controviertan actos administrativos expedidos por autoridades del orden nacional, con excepción de los de carácter laboral. No obstante, las controversias sobre los actos de declaratoria de unidad de empresa y calificación de huelga son de competencia del Consejo de Estado en única instancia.^[547]

- Los que se promuevan sobre asuntos petroleros o mineros en que sea parte la Nación o una entidad territorial o descentralizada, con excepción de las controversias contractuales, de reparación directa y las de nulidad y restablecimiento del derecho que versen sobre impuestos mineros, contribuciones y regalías, que seguirán las reglas generales.^[548]

- Los relativos a la propiedad industrial.^[549]

- Las acciones de nulidad con restablecimiento, contra los actos administrativos expedidos por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora, -hoy Instituto Colombiano de Desarrollo Rural Incoder- que inicien las diligencias administrativas de extinción del dominio; clarificación de la propiedad, deslinde y recuperación de baldíos.^[550]

- Los relacionados con la declaración administrativa de extinción del dominio o propiedad de inmuebles urbanos y de los muebles de cualquier naturaleza.^[551]

- Las acciones de repetición que el Estado ejerza contra el Presidente de la República o quien haga sus veces, senadores y representantes, ministros del despacho, directores de departamento administrativo, Procurador General de la Nación, el Contralor General de la República, Fiscal General de la Nación, magistrados de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional, del Consejo Superior de la Judicatura, de los tribunales superiores de distrito judicial, de los tribunales administrativos y del tribunal penal militar.^[552]

De otra parte, con la expedición de la Ley 1367 de 2009^[553], cuyo objeto es “*implementar y fortalecer la institución de la conciliación en la jurisdicción de lo contencioso administrativo; promoviendo así la cultura de la conciliación con la oportuna solución de los conflictos entre el Estado y los ciudadanos*”^[554], se dotó a los Procuradores Delegados que interviene ante la

Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de la atribución especial de “*adelantar los procesos de conciliación en lo Contencioso Administrativo por asignación especial del Procurador General de la nación cuando lo amerite el interés general, desplazando la competencia que corresponda a los procuradores judiciales.*”^[555]

Como puede observarse, respecto de los procuradores delegados no se presentan atribuciones relacionadas con el factor territorial, pues, en general el C.C.A., establece las atribuciones del Consejo de Estado en consideración bien a la naturaleza del asunto o bien por el factor subjetivo.

3.2. Procuradores Judiciales Administrativos.

Los procuradores judiciales tienen la calidad de agentes del Ministerio Público^[556] y ejercen las funciones preventivas y de control de gestión, disciplinarias, de protección y defensa de los derechos humanos y de intervención ante las autoridades administrativas y judiciales, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política, las leyes y cuando lo determine el Procurador General.^[557]

Los procuradores judiciales con funciones de intervención en los procesos Contencioso Administrativos actúan ante los tribunales y los juzgados administrativos^[558] y tienen atribuidas “*funciones de conciliación en los términos señalados por las leyes que regulan esta materia*”^[559], correspondiendo al Procurador General, directamente o por medio del Procurador Delegado con funciones de coordinación^[560], la distribución interna del trabajo entre las diferentes procuradurías judiciales, de acuerdo con las necesidades del servicio^[561]; en virtud de tal atribución, se expidió la Resolución 48 de 2009^[562], mediante la cual se dispuso que los Procuradores Judiciales I, esto es quienes interviene ante los juzgados administrativos, “*entren también a conocer de las solicitudes de conciliación extrajudicial que se eleven ante la procuraduría general de la Nación, de acuerdo a su competencia y de **conformidad con el factor territorial** o la naturaleza del asunto.*” (Se subraya).

De acuerdo con lo previsto en la mencionada resolución, los Procuradores Judiciales Administrativos I son competentes para tramitar las solicitudes de conciliación extrajudicial “*cuyos asuntos sean de conocimiento de los juzgados administrativos*”^[563], así como para actuar en calidad de agentes del Ministerio Público ante tales juzgados “*para efectos del control de legalidad de los acuerdos conciliatorios extrajudiciales tramitados en sus despachos*”.^[564]

Por su parte, los Procuradores Judiciales Administrativos II son competentes para tramitar las solicitudes de conciliación extrajudicial

*“cuyos asuntos sean de conocimiento de los tribunales administrativos **de su respectivo departamento** y de los juzgados administrativos ... quedando habilitados para actuar como agentes del Ministerio Público ante dichos tribunales administrativos y juzgados para efectos del control de legalidad de los acuerdo conciliatorios extrajudiciales tramitados en sus despachos”.*^[565]

Lo anterior enfatiza el carácter territorial de la competencia de los procuradores judiciales en materia de conciliación extrajudicial, toda vez que se trata del ejercicio de dos funciones independientes pero que tiene en común la asignación a un territorio –Distrito o Circuito- determinado; la primera referida a la competencia para adelantar el trámite conciliatorio y la segunda relacionada con la facultad de intervención ante el juez o tribunal al cual corresponda estudiar y decidir acerca de la aprobación del respectivo acuerdo conciliatorio.

Mediante la Resolución número 440 del 16 de octubre de 2008, el Procurador General de la Nación, determinó la distribución territorial de los procuradores judiciales I, asignando a cada uno el correspondiente circuito en el cual puede ejercer sus funciones.^[566]

En síntesis, los procuradores judiciales administrativos I y II se encuentran asignados a determinados juzgados y tribunales a lo largo del territorio nacional y tienen la misma competencia territorial atribuida a los órganos judiciales ante los cuales se encuentran destacados y, por lo tanto, en caso de carecer de competencia en razón del factor territorial para tramitar un determinado asunto que le ha sido repartido, ha de remitir *“la solicitud y el expediente al funcionario que tenga atribuciones para conocer”* del mismo^[567].

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que, efectivamente, existe distribución de competencia territorial entre los agentes del Ministerio Público a quienes se les han asignado funciones relacionadas con la conciliación extrajudicial en asuntos contencioso administrativos.

2.2.6 Trámite del asunto no conciliable

PREGUNTA No. 51
TEMA(S): TRAMITE/ASUNTO NO CONCILIALE

1.- PREGUNTA.

¿Cuál es el trámite a seguir si el conflicto no es conciliable?

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• Constitución Política, arts. 29 y 209;• C.C.A., arts. 1º, 3º, 14, 35, 50, 51 y 267;• C.P.C., art. 348;• Ley 640 art. 2-3;• Decreto 1716 de 2009, arts. 2º y 6º párrafo 2º.
------------------------	--

3.- CONSIDERACIONES.

Para resolver el problema jurídico contenido en la pregunta anterior, se abordarán los siguientes temas *i)* asuntos no conciliables; *ii)* posibilidades de trámite dependiendo de la evidencia de la no conciliabilidad.

3.1. Asuntos no conciliables.

Tal como se indicó en la Respuesta No. 11, los supuestos legales que determinan la viabilidad jurídica de conciliar extrajudicialmente en asuntos de lo contencioso administrativo, excluyen, *ab initio*, los asuntos de carácter general, impersonal y abstracto, y los que carecen de contenido patrimonial. Igualmente resultan excluidos del mecanismo alternativo de solución de conflictos, por expresa disposición legal, los conflictos de carácter tributario, los asuntos que deban tramitarse mediante el proceso ejecutivo de que trata el artículo 75 de la Ley 80 de 1993^[568], los asuntos respecto de los cuales haya operado el fenómeno de la caducidad de la acción contenciosa que se interpondría y los asuntos respecto de los cuales, siendo procedente como requisito de procedibilidad, no se agotó la vía gubernativa.

Pese a lo anterior, en la práctica no es infrecuente que se presenten solicitudes de conciliación respecto de asuntos jurídicamente no conciliables, caso en el cual el agente del Ministerio Público ha de tomar las correspondientes decisiones y realizar el trámite pertinente, tal como pasa a estudiarse.

3.2. Posibilidades de trámite dependiendo de la evidencia de la no conciliabilidad.

Puede que *i)* el conciliador encuentre en forma patente que el asunto objeto de la solicitud no es susceptible de ser conciliado; igualmente, es posible que *ii)* el conciliador tenga dudas fundadas respecto de la conciliabilidad del asunto. En cada uno de los eventos anteriores, el trámite a seguir es diferente, como a continuación pasa a explicarse.

3.2.1. Trámite a seguir cuando el conciliador encuentra en forma patente que el asunto objeto de la solicitud no es susceptible de ser conciliado.

Esta hipótesis supone que el contenido mismo de la solicitud y las pruebas aportadas, muestran claramente al agente del Ministerio Público que el asunto no es legalmente conciliable.

En este caso ha de proceder a expedir la constancia de que trata el artículo 2-3 de la Ley 640 de 2001, sin embargo, al respecto resulta pertinente reiterar la propuesta presentada al desarrollar las preguntas 20 y 21, para señalar que en atención a los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución y 3° del C.C.A., y en aras a garantizar el Derecho Constitucional Fundamental al Debido Proceso Administrativo, previsto en el artículo 23 de la Carta Política, cuando el Agente del Ministerio Público encuentre que el asunto sometido a trámite conciliatorio en su Despacho podría estar incurso en causal de no conciliabilidad, habrá de iniciar la respectiva actuación administrativa, informando para el efecto a convocante y convocado, quienes por estar directamente interesados en las resultados de la decisión^[569], tendrán la oportunidad de presentar sus argumentos, sus pruebas y de contradecir las obrantes en el expediente administrativo.

Sólo posteriormente, *habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones*^[570] y con base en las pruebas disponibles, el Agente del Ministerio Público tomará la respectiva decisión, la cual habrá de ser motivada, explicando, al menos en forma *sumaria*^[571], las causas jurídicas y/o fácticas en las que se funda la decisión.

En caso de que el Agente del Ministerio Público encuentre que, efectivamente, el asunto no es jurídicamente conciliable, ordenará la conclusión de la actuación conciliatoria, la expedición de la correspondiente constancia de conformidad con lo previsto en el artículo 2-3 de la Ley 640 y la devolución de los documentos aportados por los interesados.

Contra la decisión anterior, por ser expedida por un Agente del Ministerio Público, solamente procede el recurso de reposición, el cual puede interponerse en los términos y con los requisitos contemplados en los

artículos 51 y 52 del C.C.A., respectivamente, caso en el cual, desde luego, no podría ser posible expedir la respectiva constancia en el reducido, pero no perentorio^[572], término de diez (10) días calendario, contemplado en el artículo 2-3 de la Ley 640.

Una vez en firme la decisión, porque el recurso interpuesto se haya decidido, porque no se interponga recurso o se renuncie expresamente a él o se acepte desistimiento, de conformidad con lo previsto en el artículo 62 del C.C.A., se procederá a su ejecución, expidiendo la respectiva constancia, la cual debe contener:

- La fecha en que se expide la constancia;
- La fecha en que se presentó la solicitud;
- La expresión sucinta del objeto de la solicitud de conciliación;
- Las razones jurídicas y fácticas que motivan que el conflicto no sea conciliable; y
- La firma del conciliador.

Junto con la constancia, de la cual el agente del Ministerio Público ha de conservar copia^[573] se devolverán los documentos aportados por los interesados.

3.2.2. Trámite a seguir cuando el conciliador tenga dudas fundadas respecto de la conciliabilidad de un determinado asunto.

Cuando el agente del Ministerio Público competente para tramitar el asunto, tenga dudas fundadas, jurídicas o fácticas, acerca de si el asunto es, o no, susceptible de ser conciliado, puede admitir la solicitud y, poniéndolo así de presente en el respectivo acto, citar a las partes a audiencia de conciliación, advirtiendo que el primer tema a tratar en la diligencia será el relativo a la conciliabilidad del asunto.

Con las pruebas y elementos de juicio que los interesados aporten en el curso de la audiencia, el procurador llegará a una de dos conclusiones posibles: *i)* el asunto es conciliable o *ii)* el asunto no es jurídicamente conciliable.

i) En el primer caso, resuelto el asunto preliminar, continuará la diligencia la cual puede concluir con acuerdo o sin acuerdo, según decidan los interesados.

ii) En el segundo caso, se aplicará lo dispuesto en el inciso segundo del párrafo 2° del artículo 6° del Decreto 1716 de 2009, norma según la cual “si durante el trámite de la audiencia se observare que no es procedente la conciliación, se dejará constancia en el acta, se expedirá la respectiva certificación y se devolverán los documentos aportados por los interesados.”

En consecuencia, en garantía del Debido Proceso Administrativo, el agente del Ministerio Público tomará la decisión correspondiente en el curso de la audiencia, la cual se notifica en estrados a los interesados, y contra ella puede interponerse, en la misma diligencia, verbalmente el recurso de reposición, tal como lo prevé el inciso segundo del artículo 348 del C.P.C.,^[574] recurso que, igualmente, habrá de ser resuelto en la audiencia.

De ser confirmada la decisión o en caso de no haberse presentado recurso, se expedirá la correspondiente constancia y se devolverán los documentos a los interesados.

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que, según se trate de asunto no conciliable en forma *i)* evidente o *ii)* dudosa, el agente del Ministerio Público tomará la correspondiente decisión dentro de los 10 días siguientes a la presentación de la solicitud o en el curso de la audiencia, respectivamente, garantizando en ambos casos el derecho constitucional fundamental al Debido Proceso Administrativo.

2.1.7 Trámite del asunto conciliable

PREGUNTA No. 52
TEMA(S): TRAMITE/ASUNTO CONCILIALE

1.- PREGUNTA.

<i>¿Cuál es el trámite a seguir si el conflicto es conciliable?</i>

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• Ley 640 de 2001, artículo 20.• Decreto 1716 de 2009, art. 7°.
------------------------	--

3.- CONSIDERACIONES.

Para resolver el problema jurídico contenido en la pregunta anterior, se abordarán los siguientes temas *i)* asuntos susceptibles de conciliación extrajudicial; *ii)* trámite a seguir cuando el agente del Ministerio Público competente encuentra que el asunto es jurídicamente conciliable.

3.1. Asuntos susceptibles de conciliación extrajudicial.

En materia Contencioso Administrativa, son susceptibles de conciliación extrajudicial, como se indicó en la Respuesta No. 10, los asuntos que siendo de conocimiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de conformidad con lo previsto en la Ley 1107, sean:

- i) susceptibles de transacción, desistimiento y conciliación;
- ii) de carácter particular;
- iii) de contenido económico;
- iv) de los cuales pueda conocer dicha jurisdicción a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo;
- v) siempre que el legislador no los haya excluido de la posibilidad de ser conciliados.

3.2. Trámite a seguir cuando el agente del Ministerio Público competente encuentra que el asunto es jurídicamente conciliable.

Una vez el agente del Ministerio Público competente encuentre que el asunto es jurídicamente conciliable^[575], habrá de dictar, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud^[576], el acto mediante el cual se admite el trámite conciliatorio y se convoca a los interesados a la audiencia de conciliación, cuya convocatoria deberá contener:

***i)* En su parte motiva:**

- Identificación del Conciliador;
- Identificación del tramite conciliatorio:
 - Convocante
 - Convocado
 - Número
- Fecha de radicación de la solicitud;
- Objeto de la conciliación;

ii) En su parte Resolutiva:

- La decisión de admitir el trámite conciliatorio y, en consecuencia, citar a audiencia de conciliación a las personas, naturales o jurídicas, debidamente individualizadas e identificadas^[577], ordenando se les indique en la citación correspondiente que deben comparecer mediante apoderado, así como las consecuencias jurídicas de la inasistencia.
- El lugar, fecha y hora en que se celebrará la audiencia de conciliación;
- La firma del conciliador.

Debe tenerse en cuenta que la audiencia de conciliación debe celebrarse dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la expedición del acto anteriormente mencionado^[578] y que el agente del Ministerio Público “*citará a los interesados a la audiencia por el medio que considere más expedito y eficaz (telegrama, fax, correo electrónico), con una antelación no inferior a 15 días a la realización de la misma; indicando sucintamente el objeto de la conciliación y las consecuencias jurídicas de la no comparecencia.*”^[579]

Resulta oportuno advertir que si, de conformidad con lo previsto en el inciso segundo del artículo 8° del Decreto 1716 de 2009, el agente del Ministerio Público encuentra necesario que se alleguen nuevas pruebas o se complementen las presentadas con el fin de establecer los presupuestos tanto fácticos como jurídicos para la conformación del respectivo acuerdo, puede, en el mismo auto mediante el cual admite el trámite conciliatorio, tomar la decisión correspondiente, advirtiendo de manera expresa que tales pruebas tendrán que aportarse dentro de los veinte (20) días calendario siguientes, sin que esto comporte la ampliación del término de suspensión de la caducidad, tal como se prevé en el inciso tercero de la norma aludida.

Finalmente, se destaca que de conformidad con lo previsto en el párrafo del artículo 20 de la Ley 640 de 2001, las autoridades de policía han de prestar toda su colaboración para hacer efectiva la comunicación de la citación a audiencia de conciliación.

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que si el agente del Ministerio Público competente para el efecto encuentra que el asunto es de carácter conciliable, habrá de dictar acto convocando a los interesados a la respectiva audiencia de conciliación y disponer las correspondientes citaciones por el medio que considere más eficaz.

2.1.11 Litis Consorcio necesario

PREGUNTA No. 53

TEMA(S): LITISCONSORCIO NECESARIO
--

1.- PREGUNTA.

<p><i>¿Puede el agente del Ministerio Público citar a la audiencia de conciliación a litisconsortes necesarios que no fueron expresamente convocados por el solicitante?</i></p>
--

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• C.P.C., arts. 16 y 83;• C.C.A., art. 14;• Ley 640 de 2001, art. 8-1 y 8-2.
------------------------	--

3.- CONSIDERACIONES.

Para resolver el problema jurídico contenido en la pregunta anterior, se abordarán los siguientes temas: i) litisconsorcio necesario en asuntos

Contencioso Administrativos; y ii) facultad del conciliador para integrar el litisconsorcio necesario.

3.1. Litisconsorcio necesario en asuntos Contencioso Administrativos.

Se presenta el litisconsorcio necesario en aquellos casos en los cuales *“varias personas deben obligatoriamente comparecer dentro de un proceso, ora en calidad de demandantes, bien como demandados, por ser requisito necesario para adelantar válidamente el proceso dada la unidad inescindible con la relación de derecho sustancial en debate”*.^[580]

El artículo 51 del C.P.C., regula la figura de los litisconsortes necesarios en los siguientes términos:

“Cuando la cuestión litigiosa haya de resolverse de manera uniforme para todos los litisconsortes, los recursos y en general las actuaciones de cada cual favorecerá a los demás. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio sólo tendrán eficacia si emanan de todos.”

Por su parte, el artículo 83 del mismo cuerpo normativo, hace referencia a la integración del contradictorio y señala que *“cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, no fuese posible resolver de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no lo hiciera así, el juez en el auto que admite la demanda ordenará dar traslado de esta a quienes falten para integrar el contradictorio”*.

En materia Contencioso Administrativa, se prevé la intervención de litisconsortes para los procesos contractuales y de reparación directa^[581] y, por expresa remisión legal, su regulación es la contenida en el artículo 51 del C.P.C.^[582] Sobre el particular, la doctrina trae a colación ejemplos como la nulidad absoluta del contrato solicitada por el Ministerio Público o por un tercero, *“proceso en el cual forzosamente tendrán que intervenir como demandadas las partes contratantes. Igualmente cuando los miembros de un consorcio contratista demandan la nulidad de un acto contractual, tal como sería el de caducidad, terminación o modificación.”*^[583]

La justificación e importancia de la figura ha sido reconocida por la doctrina en cuanto sostiene que *“el tema relativo a la presencia de las partes plurales dentro del proceso tiene cabida, importancia y trascendencia dentro de las actuaciones jurisdiccionales contencioso administrativas, en la medida en que las decisiones administrativas, los contratos e incluso los hechos y omisiones a partir de los cuales se generan conflictos puede que no sean el producto*

exclusivo de una sola autoridad o dependencia pública, comprometiéndose en consecuencia una pluralidad de sujetos públicos, los cuales deben irremediablemente comparecer al proceso en aras de su legalidad y preservación del debido proceso. Piénsese tan sólo en la presencia en el proceso de las personas comprometidas en la estructuración o adopción de un acto complejo, o de las personas públicas que conforman una parte plural en una relación contractual, o de las entidades que deben comparecer al proceso en los casos de responsabilidad estatal, en razón de sus vinculaciones o relaciones con el hecho, omisión, acontecimiento u operación”.^[584]

Un asunto que no ha sido pacífico es el relacionado con la eventual procedencia del litisconsorcio necesario en tratándose de acciones de nulidad y restablecimiento del derecho. En efecto, el tenor literal del inciso tercero del artículo 146 del C.C.A., haría concluir que sólo resultaría aplicable a los procesos de controversias contractuales y reparación directa; sin embargo, la doctrina ha puesto de presente que “*no es la acción la que hace que se genere la necesidad del litisconsorcio sino, por el contrario, la realidad de las relaciones sustanciales entre las partes; por esto resultaría absurdo adelantar un proceso, de restablecimiento del derecho, a sabiendas de que una de la partes no se encuentra debidamente integrada (...) Estaríamos ante un patético caso de desconocimiento y violación del debido proceso, por ejemplo, en los eventos en que una autoridad urbanística adopte una medida sancionatoria contra los propietarios o comuneros de un predio por violación del régimen incorporado en la Ley 388 de 1997 y el acto tan solo es demandado por uno de ellos; en hipótesis como esta, donde indiscutiblemente la acción es la de restablecimiento del derecho, consideramos posible la aplicación de las disposiciones sobre integración del contradictorio. (...) consideramos que lo dispuesto en le artículo 146 CCA no limita la debida integración de las partes plurales dentro del proceso contencioso administrativo; todo lo contrario, con fundamento en lo regulado en el artículo 267 CCA, las falencias de integración de las partes, activas o pasivas plurales, se someten a las regulaciones de los artículos 52 y 83 CPC”*^[585]

El criterio anterior permite concluir que, en cuanto interesa para efectos de la conciliación extrajudicial, en materia Contencioso Administrativa el fenómeno del litisconsorcio necesario resulta plenamente aplicable respecto de las acciones consagradas en los artículo 85, 86 y 87 del C.C.A.

3.2. Facultad del conciliador para integrar el litisconsorcio necesario.

La pregunta indaga acerca de la viabilidad jurídica de que el agente del Ministerio Público, en tanto conciliador, pueda citar a la audiencia de conciliación a los litisconsortes necesarios que no fueron expresamente

convocados por el solicitante, por tanto, en este acápite, en primer término ha de reiterarse que el fenómeno del litisconsorcio necesario resulta plenamente aplicable en las acciones respecto de las cuales se encuentra consagrada la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad.

Sobre el particular ha de decirse que el agente del Ministerio Público, en tanto conciliador, se encuentra no sólo facultado sino, además y ante todo, en la obligación de integrar el litisconsorcio, con fundamento en los argumentos que a continuación se exponen.

En primer lugar, resulta pertinente recordar que uno de los fines de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, es el relacionado con generar una *“oportunidad para resolver de manera rápida un conflicto”*^[586], solución que en asuntos Contencioso Administrativos ha de ser en Derecho y sobre la cual se ejerce, en todos los casos, el respectivo control judicial. En consecuencia, las razones de justificación y advertencia de invalidez aludidas en el numeral anterior respecto de la integración judicial del litisconsorcio necesario, resultan plenamente predicables respecto de su conformación en sede conciliatoria, toda vez que una actitud pasiva del agente del Ministerio Público al respecto comportará, sin duda, la improbación del acuerdo por parte del juez o magistrado respectivo.

En segundo término debe destacarse que la regulación general prevé que en el curso de la actuación administrativa puede advertirse la existencia de terceros necesarios –determinados o indeterminados– y, en tal caso, habrá de citárseles. Sobre el particular, el artículo 14 del C.C.A, prevé que *“cuando de la misma petición o de los registros que lleve la autoridad, resulte que hay terceros determinados que pueden estar directamente interesados en las resultas de la decisión, se les citará para que puedan hacerse parte y hacer valer sus derechos.”* Así mismo, el artículo 15 de dicho cuerpo normativo establece que los terceros no determinados que puedan *“estar directamente interesados o resultar afectados con la decisión”*, serán citados mediante publicación.

De acuerdo con la doctrina los *terceros obligatorios* en la actuación administrativa *“surgen de la realidad material de la controversia”* y respecto de ellos *“es deber inaplazable de la administración y de las partes procesales pedir su llamamiento e incorporación al proceso con el propósito de garantizar el debido proceso y el derecho de defensa de ellos y preservar en todos sus aspectos la legalidad de la actuación.”*^[587]

Finalmente, se destaca que en las normas especiales que regulan la conciliación se establece como obligación trascendental del conciliador la de *“hacer concurrir a quienes, en su criterio, deban asistir a la audiencia”*^[588], norma de la que se deriva, en forma expresa, la facultad-obligación para el

agente del Ministerio Público, en tanto tercero neutral y jurídicamente calificado, de integrar el litisconsorcio necesario.

Así lo ha puesto de presente la doctrina al señalar que *“sin que en nuestro evento haya proceso, lo cierto es que la norma del artículo 8° de la Ley 640, le impuso el deber al conciliador de integrar la parte solicitante o solicitada en el trámite conciliatorio, cuando la naturaleza del asunto o la ley, indiquen que existe litisconsorcio necesario, ya que de no ser así, la conciliación no se podría llevar a efecto, porque la solución o acuerdo conciliatorio debe darse por todos los comprometidos en la relación.”*^[589]

En el mismo sentido se afirma que *“[r]especto de este tema, se presentaron muchos inconvenientes e inconsistencias en la práctica de la conciliación extrajudicial, pues los conciliadores no calificaban adecuadamente el fenómeno del litisconsorcio. (...) es deber del conciliador analizar la relación jurídico-sustancial y la clase de conflicto para entender a qué personas debe convocar, y que el trámite y el acto conciliatorio no resulten infructuosos. Desde el inicio del trámite, el conciliador, como abogado que es, debe ordenar la vinculación de todas las personas que por ley deben asistir, a fin de conformar uno de los extremos y lograr la oponibilidad del acto en forma idónea.”*^[590]

Al disponer la citación de los litisconsortes necesarios, el agente del Ministerio Público ha de disponer que el convocante presente ante ellos copia de la respectiva solicitud de conciliación, de manera tal que cuando acudan a la audiencia de conciliación hayan tenido conocimiento previo del objeto de la petición y, así mismo, hayan tenido la oportunidad de tomar la correspondiente decisión.

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que, en cumplimiento de sus funciones conciliatorias, el agente del Ministerio Público tiene la facultad-obligación de citar a la audiencia de conciliación a los litisconsortes necesarios que no fueron expresamente convocados por el solicitante.

2.4.10

Animo no conciliatorio

PREGUNTA No. 54

TEMA(S): AUDIENCIA DE CONCILIACION

1.- PREGUNTA.

¿Es jurídicamente procedente que la entidad pública convocada, manifestando que no existe ánimo conciliatorio para el caso concreto, solicite que se declare fallida la conciliación sin que se celebre la respectiva audiencia?

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• Decreto 1716 de 2009, artículos 9-1, 9-2, 14 y 18;• Ley 640 de 2001, artículos 8, 20 y 25;
------------------------	---

3.- CONSIDERACIONES.

Para resolver el problema jurídico contenido en la pregunta anterior, se abordarán los siguientes temas: *i)* la obligación del Comité de Conciliación o del representante legal de comunicar en el curso de la audiencia la decisión respecto de la solicitud de conciliación; y *ii)* la obligación del agente del Ministerio Público de citar y celebrar la audiencia de conciliación.

3.1. La obligación del Comité de Conciliación o del representante legal de comunicar en el curso de la audiencia la decisión respecto de la solicitud de conciliación.

Tal como se dijo en respuesta anterior, la solicitud de conciliación formulada ante una entidad pública constituye una forma de ejercicio del derecho fundamental de petición y, en consecuencia, ha de ser decidida de fondo y de manera oportuna. El estudio jurídico y la correspondiente decisión debidamente motivada respecto de cada una de las solicitudes de conciliación en concreto, son funciones de competencia exclusiva del Comité de Conciliación o de los representantes legales de las entidades que no tengan constituida tal instancia administrativa.

En el contexto anterior, resulta ser la audiencia de conciliación el único escenario jurídico adecuado para que el Comité de Conciliación o el representante legal de la entidad pública convocada comuniquen la correspondiente decisión^[591], así como sus fundamentos fácticos y jurídicos en forma verbal en el curso de la diligencia, aportando, además, copia de la respectiva acta o certificación, la cual se incorpora al expediente.

Por tanto, pretender como se deriva de la pregunta, que con una simple manifestación previa se eluda la celebración de la audiencia de conciliación es desnaturalizar el mecanismo alternativo de solución de conflictos y el requisito de procedibilidad, para convertirlos en un inoficioso trámite, por lo cual aunque la entidad convocada no tenga previsto presentar fórmula alguna de arreglo, la audiencia habrá de celebrarse.

3.2. La obligación del agente del Ministerio Público de citar y celebrar la audiencia de conciliación.

La Audiencia de Conciliación constituye el centro de gravedad de la conciliación extrajudicial, a punto tal que todas las obligaciones atribuidas al agente del Ministerio Público para el cabal ejercicio de sus funciones conciliatorias guardan estrecha relación con tal diligencia.

En efecto, el artículo 8° de la Ley 640, expedida en 2001, determina, entre otras, las siguientes obligaciones del conciliador:

1. Citar a las partes -a la audiencia de conciliación- de conformidad con lo dispuesto en esta ley.
2. Hacer concurrir a quienes, en su criterio, deban asistir a la audiencia de conciliación.
3. Ilustrar a quienes comparezcan a la audiencia de conciliación sobre el objeto, alcance y límites de la conciliación.
4. Motivar -en la audiencia de conciliación- a las partes para que presenten fórmulas de arreglo con base en los hechos tratados en la audiencia de conciliación.
5. Formular propuestas de arreglo, lo cual se hace en el curso de la audiencia de conciliación.
6. Levantar el acta de la audiencia de conciliación.

Como puede advertirse, las obligaciones referidas giran alrededor de la Audiencia de Conciliación, por lo que no es potestativo del agente del Ministerio Público convocarla o no, por iniciativa propia o por solicitud de las partes, tal como expresamente lo establece el artículo 20 de la Ley 640, en los siguientes términos:

“AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN DERECHO. Si de conformidad con la ley el asunto es conciliable, la audiencia de conciliación extrajudicial en derecho deberá

intentarse en el menor tiempo posible y, en todo caso, ***tendrá que surtirse*** dentro de los tres (3) meses siguientes a la presentación de la solicitud. Las partes por mutuo acuerdo podrán prolongar este término.

La citación a la audiencia deberá comunicarse a las partes por el medio que el conciliador considere más expedito y eficaz, indicando sucintamente el objeto de la conciliación e incluyendo la mención a las consecuencias jurídicas de la no comparecencia.

PARAGRAFO. Las autoridades de policía prestarán toda su colaboración para hacer efectiva la comunicación de la citación a la audiencia de conciliación.”

Es tal la trascendencia de la Audiencia de Conciliación que no sólo resulta obligatorio para el agente del Ministerio Público convocarla, sino que, además para las partes resulta igualmente obligatoria la asistencia, mediante apoderado, so pena de padecer las consecuencias jurídicas previstas para los eventos de inasistencia injustificada.^[592]

Desde otra perspectiva debe destacarse que durante la audiencia tanto las partes como el agente del Ministerio Público despliegan sus principales actividades en torno a la conciliación. En efecto, es importante poner de presente que la Audiencia de Conciliación esta legalmente prevista como el escenario jurídico natural en el cual las partes pueden:

- i) Exponer y justificar sus posiciones^[593];
- ii) Aportar pruebas^[594];
- iii) Presentar y discutir formulas de arreglo.

Por su parte, el Agente del Ministerio Público en el curso de la audiencia puede, igualmente:

- i) Proponer las fórmulas que considere procedentes para la solución de la controversia^[595];
- ii) Solicitar al Comité de Conciliación que reconsidere su posición;
- iii) Citar a la audiencia a los integrantes del Comité;
- iv) Dejar en el acta las consideraciones y advertencias a que haya lugar;
- v) Disponer que se compulsen copias a las autoridades de control.

La trascendencia de tales actividades evidencia el carácter imprescindible de la Audiencia de Conciliación y, desde luego, la improcedencia jurídica de abstenerse de convocarla y celebrarla en los supuestos contenidos en la pregunta.

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que, siempre que el asunto sea jurídicamente conciliable, en cumplimiento de sus funciones conciliatorias, el agente del Ministerio Público tiene la obligación de citar y celebrar la Audiencia de Conciliación y, en consecuencia, no se puede declarar fallida la diligencia sin llevarla a cabo, así no exista ánimo conciliatorio por parte de la entidad convocada.

1.3.7 Impedimentos y recusaciones

PREGUNTA No. 55
TEMA(S): IMPEDIMENTOS / RECUSACIONES

1.- PREGUNTA.

***En caso de que ante una solicitud de conciliación extrajudicial un agente del Ministerio Público se considere incurso en causal de impedimento,
¿cuál es el trámite a seguir y ante quién?

¿Puede ser recusado el agente del Ministerio Público que adelanta el trámite conciliatorio?***

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none"> • Constitución Política, art. 209; • Ley 1367 de 2009, art. 3º. • Ley 446 de 1998, art. 64; • Ley 640 de 2001, art. 17; • Ley 734 de 2002, art. 40; • Código Contencioso Administrativo, art. 30; • Código de Procedimiento Civil, art. 150; • Decreto 262 de 2000, art. 36.
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none"> • Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 2008;

3.- CONSIDERACIONES.

Para resolver el problema jurídico contenido en la pregunta anterior, se abordarán los siguientes temas *i)* las causales de impedimento aplicables al Agente del Ministerio Público en el marco de la conciliación prejudicial en asuntos Contencioso Administrativos y *ii)* la posibilidad de recusar al Agente del Ministerio Público en el ámbito de la conciliación extrajudicial en asuntos Contencioso Administrativos.

3.1 Las causales de impedimento aplicables al Agente del Ministerio Público en el marco de la conciliación prejudicial en asuntos Contencioso Administrativos.

La función administrativa, de conformidad con lo previsto en el artículo 209 de la Constitución Política, se encuentra al servicio de los intereses generales y debe desarrollarse con sujeción a una serie de trascendentales principios, entre los que se destaca el de imparcialidad. Este principio se encuentra consagrado, igualmente, en el artículo 3° del C.C.A., norma según la cual, “[e]n virtud del principio de imparcialidad las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin ningún género de discriminación; por consiguiente, deberán darles igualdad de tratamiento, respetando el orden en que actúen ante ellos”. De esta forma, el principio de imparcialidad, se erige como uno de los pilares fundamentales sobre los que se edifica la actuación administrativa.

En consecuencia, la conciliación extrajudicial en asuntos de lo Contencioso Administrativo resulta cobijada por el mencionado principio, que se irradia a todas y cada una de las etapas que componen el procedimiento conciliatorio, tanto en sede administrativa, como en sede judicial. En efecto, desde la misma definición de la conciliación, al señalarse que ésta se adelantará “*con la ayuda de un tercero neutral y calificado denominado conciliador*”,^[596] se incorporó por el legislador la imparcialidad como elemento fundamental de este mecanismo alternativo de solución de conflictos.

Por ende, el Agente del Ministerio Público designado para actuar como conciliador en asuntos Contencioso Administrativos, debe adelantar y observar en cada una de sus actuaciones plena imparcialidad, pues en razón de la naturaleza del mecanismo, son las partes quienes gestionan, por sí mismas, la solución del conflicto, por lo que el conciliador se limita a actuar como un tercero que colabora en forma dinámica con las partes en búsqueda de la solución de la controversia e incluso puede proponer fórmulas de arreglo, sin embargo, “*en ningún caso y bajo ninguna*

circunstancia tiene capacidad de adjudicación directa o decisión sobre las cuestiones en disputa (...) a diferencia de los árbitros, los conciliadores no tienen la facultad para decidir una controversia, ni en derecho ni en equidad, pues en esta modalidad la solución del conflicto debe ser fruto de un acuerdo libre entre las partes.^[597]

No obstante, no se puede perder de vista que la imparcialidad entendida como *“falta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud”*^[598], no resulta ser una característica o cualidad infalible del juez o del funcionario administrativo y que, por el contrario, es propio de la naturaleza humana adoptar juicios de valor respecto de las distintas situaciones. Pese a esto, los operadores jurídicos, se esmeran en ser neutrales en el cumplimiento de sus funciones y velan por que las decisiones que adopten sean reflejo de su actuar imparcial. Aún así, existen circunstancias que logran hacer que dichos funcionarios pierdan la objetividad y debido a ello, con el fin de evitar que se susciten suspicacias en torno a la labor desarrollada por estos funcionarios y de garantizar el cumplimiento de sus funciones con el mayor equilibrio, se han consagrado una serie de causales que permiten al juez o a la autoridad administrativa, según el escenario, sustraerse del conocimiento de determinados asuntos y en caso de que no lo haga, se faculta a los interesados, para que con sustento en la causal pertinente, busquen la separación del funcionario respectivo.^[599]

Concretamente, el Agente del Ministerio Público, al actuar como conciliador en asuntos Contencioso Administrativos, puede ver afectada su imparcialidad respecto del conflicto puesto en su conocimiento, motivo por el cual deberá declararse impedido, de conformidad con la normatividad que a continuación se detalla.

i) Se debe atender el mandato del artículo 40 de la Ley 734 de 2002, cuyo contenido es el siguiente:

“Todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho. Cuando el interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público deberá declararse impedido.”

ii) De otro lado, debe sujetarse a lo establecido en el artículo 30 del C.C.A, norma que establece:

“A los funcionarios que deban realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas, se aplicarán además de las causales de recusación previstas para los jueces en el Código de Procedimiento Civil[600], las siguientes:

- 1. Haber hecho parte de listas de candidatos a cuerpos colegiados de elección popular inscritas o integradas también por el interesado.*
- 2. Haber sido recomendado por él para llegar al cargo que ocupa el funcionario o haber sido designado por éste como referencia con el mismo fin.*

El funcionario, dentro de los cinco (5) días siguientes a aquél en que comenzó a conocer del asunto o en que sobrevino la causal, manifestará el impedimento por escrito motivado y entregará el expediente a su inmediato superior, o al procurador regional, si no lo tuviere.

La autoridad ante quien se manifieste el impedimento decidirá en el término de diez (10) días y en forma motivada, sin que contra la decisión quepa recurso; y al decidir señalará quién debe continuar el trámite, pudiendo si es preciso designar funcionario ad hoc; en el mismo acto ordenará la entrega del expediente al designado que ha de sustituir al separado del conocimiento.

Las causales de recusación también pueden declararse probadas de oficio por el inmediato superior o por el procurador regional; los interesados también podrán alegarlas en cualquier tiempo. En estos eventos se aplicará, en lo pertinente, el procedimiento antes descrito.

El superior o el procurador regional podrán también separar del conocimiento a un funcionario cuando, a su juicio, en virtud de denuncias puestas por el interesado, aquél no garantice la imparcialidad debida.

El trámite de un impedimento suspenderá los plazos para decidir o para que opere el silencio administrativo.”

iii) Igualmente, se tendrá que observar el artículo 17 de la Ley 640 de 2001, en donde se establece una inhabilidad especial para los conciliadores, en los siguientes términos:

“El conciliador no podrá actuar como árbitro, asesor o apoderado de una de las partes intervinientes en la conciliación en cualquier proceso judicial o arbitral durante un (1) año a partir de la expiración del término previsto para la misma. Esta prohibición será permanente en la causa en que haya intervenido como conciliador.

Los centros de conciliación no podrán intervenir en casos en los cuales se encuentren directamente interesados los centros o sus funcionarios.”

De acuerdo con lo anterior, en caso de que el Agente del Ministerio Público, al actuar como conciliador, se considere incurso en alguna de las causales de impedimento establecidas en los artículos 40 de la Ley 734 de 2002, 17 de la Ley 640 de 2001 y 30 del C.C.A, deberá, dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo del asunto, manifestar el motivo del impedimento mediante escrito dirigido al Procurador Delegado con funciones de coordinación, por ser él el encargado de ejercer la función de coordinación y vigilancia de las actividades de intervención ante las autoridades y quien, de conformidad con el artículo 36 del Decreto 262 de 2000, es competente para conocer y resolver los impedimentos manifestados por los procuradores judiciales que se encuentren bajo su coordinación.

Se destaca que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley 1367 del 21 de diciembre de 2009, la cual tiene por objeto implementar y fortalecer la conciliación en materia contencioso administrativa^[601], se asignó a los Procuradores Delegados que intervienen ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, las *“funciones de coordinación y vigilancia en el cumplimiento de las funciones de conciliación en lo contencioso administrativo, de conformidad con el artículo 13 de la ley estatutaria 1285 de 2009”*.

Una vez el respectivo coordinador haya recibido el escrito de impedimento, deberá tomar la decisión correspondiente en el término de diez (10) días, debiendo señalar el funcionario que deberá continuar con el trámite, sin que contra esta decisión resulte procedente recurso alguno^[602].

3.2. La posibilidad de recusar al Agente del Ministerio Público en el trámite de la conciliación extrajudicial en asuntos Contencioso Administrativos.

En caso de que el Agente del Ministerio Público, no haya puesto en conocimiento del funcionario competente la circunstancia constitutiva del impedimento, bien sea por desconocerla o por no considerarse jurídicamente incurso en la respectiva causal, podrá ser recusado por los interesados.

Dicho trámite se surte, igualmente, ante el Procurador Delegado que obre en calidad de coordinador, tal y como se establece en el artículo 36 del Decreto 262 de 2000 y se desarrolla, de conformidad con lo establecido en el artículo 30 del C.C.A, en lo que resulte pertinente.

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que el Agente del Ministerio Público, siempre que se vea incurso en alguna de las causales de impedimento establecidas en los artículos 40 de la Ley 734 de 2002, 17 de la Ley 640 de 2001 y 30 del C.C.A, deberá informar el motivo del impedimento dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo del asunto, mediante escrito dirigido al Procurador Delegado que obre en calidad de coordinador, quien deberá decidir respecto del mismo en el término de diez (10) días. Así mismo, en caso de que el Agente del Ministerio Público no se declare impedido, podrán los interesados proceder a recusarlo mediante escrito dirigido al mencionado Procurador Delegado.

2.1.12 Agencia oficiosa.

PREGUNTA No. 56

TEMA(S): AGENCIA OFICIOSA

1.- PREGUNTA.

<i>¿Procede la agencia oficiosa para efectos de la conciliación extrajudicial en asuntos contencioso administrativos?</i>
--

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none"> • Ley 640 de 2001, art. 20; • Código Contencioso Administrativo, art. 52; • Decreto 1716 de 2009, art. 5.
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none"> • Corte Constitucional, Sentencias C-893 de 2001; • Corte Constitucional, Sentencia C-1195 de 2001.

Marco Doctrinal	<ul style="list-style-type: none"> • HINESTROSA, Fernando. “La Representación”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, septiembre de 2008, páginas 477, 478 y 513; • GARCÍA DE ENTRERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ TOMÁS, Ramón. “Curso de Derecho Administrativo.” Ed. Cívitas S.A., Madrid 1992. • SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. “Tratado de Derecho Administrativo”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, abril de 2003, Tomo II.
------------------------	--

3.- CONSIDERACIONES.

Para resolver el problema jurídico contenido en la pregunta anterior, se abordarán los siguientes temas *i)* la agencia oficiosa y *ii)* la procedencia de la agencia oficiosa procesal en la Conciliación Extrajudicial en asuntos Contencioso Administrativos.

3.1. La Agencia Oficiosa.

La agencia oficiosa, como figura jurídica, reviste dos significados y aplicaciones distintas según el ámbito en el que se aplique, los cuales resultan ser los siguientes:

i) De un lado, en cuanto al contexto negocial se refiere, la agencia oficiosa se ha entendido como *“aquella figura que corresponde a la provisión espontánea de intereses ajenos, que alguien asume sin estar provisto de poder al efecto, ni estar obligado al cuidado de los de la persona del interesado (...) No es un negocio jurídico y, menos, un contrato; (...) Se le califica de hecho jurídico voluntario, al que la ley asigna sus efectos, en medio de un conjunto de fenómenos que presentan “el carácter objetivo de remedios restitutorios y resarcitorios”, tales como el pago de lo no debido y el enriquecimiento sin justa causa.”*^[603]

ii) De otra parte, existe la agencia oficiosa como figura procesal, de conformidad con la cual, *“cualquier persona puede obrar procesalmente en forma espontánea para formular demanda a nombre de otra, ausente o impedida para actuar. Debe hacerlo por medio de apoderado inscrito, es decir, de alguien que tenga capacidad de postulación. Para ello le basta la afirmación de que el interesado se encuentra en una cualquiera de aquellas circunstancias.”*^[604]

El Código de Procedimiento Civil, en su artículo 47, se encargó de regular con precisión ésta figura, estableciendo que:

“Se podrá promover demanda a nombre de persona de quien no se tenga poder, siempre que esté ausente o impedida para hacerlo; para ello bastará afirmar dicha circunstancia bajo juramento que se entenderá prestado por la presentación de aquélla.

El agente oficioso deberá prestar caución dentro de los diez días siguientes a la notificación a él del auto que admita la demanda, para responder de que el demandante la ratificará dentro de los dos meses siguientes. Si éste no la ratifica, se declarará terminado el proceso y se condenará al agente, a pagar las costas y los perjuicios causados al demandado.

La actuación se suspenderá una vez practicada la notificación al demandado del auto admisorio de la demanda.

El agente deberá obrar por medio de abogado inscrito, salvo en los casos exceptuados por la ley.”

3.2. La procedencia de la agencia oficiosa procesal en la conciliación extrajudicial en asuntos Contencioso Administrativos.

No obstante lo anterior, la dimensión procesal de la figura no se limita exclusivamente al ámbito judicial, sino que, en sí mismo, encierra todas las actuaciones que se ejecutan en virtud del desarrollo de etapas procesales, incluyendo, las que se realice ante la administración en razón del procedimiento administrativo^[605] y debido a esto, será también agencia oficiosa procesal aquella que se regula en el artículo 52 del C.C.A, según el cual:

“(…) Sólo los abogados en ejercicio podrán ser apoderados; si el recurrente obra como agente oficioso, deberá acreditar esa misma calidad de abogado en ejercicio, y ofrecer prestar la caución que se le señale para garantizar que la persona por quien obra ratificará su actuación dentro del término de tres (3) meses; si no hay ratificación, ocurrirá la perención, se hará efectiva la caución y se archivará el expediente.”

En cuanto al alcance de la disposición anterior, vale la pena traer a colación, lo expresado por el tratadista Jaime Orlando Santofimio, quien afirma:

“El Código Contencioso Administrativo acepta la presencia dentro del procedimiento administrativo de los agentes oficiosos,

aparentemente de manera exclusiva para efectos de la interposición de los recursos gubernativos. Sin embargo, consideramos que, dentro de la concepción garantista del artículo 29 constitucional, y ante la urgencia de que los procedimientos administrativos sean fundamentalmente participativos, bien podría aceptarse que los agentes oficiosos actúen en defensa de los derechos del interesado ausente. Ahora bien, según esto tendríamos que si la intervención del agente se hace para los efectos señalados en el artículo 52 de C.C.A, esto es, para interponer recursos, se deberá dar aplicación a la exigencia de esta disposición, debiendo acreditar su calidad de abogado en ejercicio, ofrecer caución para garantizar su actuación y obtener dentro de los tres meses siguientes la ratificación de lo realizado procesalmente por parte del particular correspondiente.”^[606]

De conformidad con lo anterior, el mandato contenido en el artículo 52 del C.C.A, en lo que al agente oficioso se refiere, resulta plenamente aplicable a la conciliación extrajudicial en asuntos Contencioso Administrativos, que tiene una dimensión procedimental^[607], que se desarrolla, en su primera etapa, en sede administrativa y que pese a tener una serie de reglas especiales, en lo no regulado deberá sujetarse a los lineamientos propios del Código Contencioso Administrativo.

Por ende, se podrá presentar solicitud de conciliación por intermedio de agente oficioso, quien debe ser abogado inscrito y ha de prestar la caución que al efecto se le señale, con el fin de garantizar que la persona por quien obra ratificará su actuación en el término máximo de 3 meses, término éste que resulta ser igual al señalado para que se surta la audiencia de conciliación^[608], es decir, el Agente del Ministerio Público debe advertirle al agente oficioso que la audiencia de conciliación sólo se podrá llevar a cabo una vez se haya allegado el poder debidamente conferido, pues la facultad para conciliar debe ser expresa^[609]. En caso de que no ocurra la ratificación, ocurrirá la perención, se hará efectiva la caución y se archivará el expediente^[610], lo que implica que la solicitud de conciliación se tendrá como no presentada y, por tanto, carece de la virtualidad de suspender el término de caducidad de la acción contenciosa respectiva.

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que, en virtud de lo establecido en el artículo 52 del Código Contencioso Administrativo, es procedente la figura de la Agencia Oficia para efectos de la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en asuntos Contencioso Administrativos, siempre que se sujete a los requisitos temporales para la ratificación y cumpla con la caución exigida.

2.2.1 Inadmisión

PREGUNTA No. 57

TEMA(S): INADMISION/RECURSOS

1.- PREGUNTA.

En caso de se concluya que es posible inadmitir las solicitudes de conciliación extrajudicial, ¿proceden recursos contra la respectiva decisión?

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• Constitución Política, arts. 275 y 277;• Decreto 262 de 2000, arts. 28, 41 y 180;• Ley 640 de 2001, arts. 23 y 24;
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none">• Corte Constitucional, Sentencia C-245 de 1995;• Corte Constitucional, Sentencia C-399 de 1995;• Corte Constitucional, Sentencia C-334 de 1996;• Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 2008.

3.- CONSIDERACIONES.

Para resolver el problema jurídico contenido en la pregunta anterior, se abordarán los siguientes temas *i)* los conciliadores, procuradores delegados y judiciales, como agentes del Ministerio Público; y *ii)* la función conciliatoria que adelantan los agentes del Ministerio Público es de carácter administrativo

3.1. Los conciliadores, Procuradores Delegados y Judiciales, como agentes del Ministerio Público.

Como se concluyó en respuesta anterior^[611], cuando haya sido presentada ante el Agente del Ministerio Público una petición de conciliación que no cumpla con todos y cada uno de los requisitos señalados en el artículo 6°

del Decreto 1716 de 2009, el conciliador inadmitirá la solicitud, informando al interesado acerca de los requisitos faltantes, con el fin de que éste en el término de cinco (5) días hábiles, subsane la omisión. En caso de que el solicitante no lo hiciera, se entenderá que no existe ánimo conciliatorio de su parte y procederá el Agente del Ministerio Público a declarar fallida la conciliación y a expedir la respectiva constancia.

Sin embargo, en aras de la efectividad del Derecho Constitucional Fundamental al Debido Proceso Administrativo, consagrado en el inciso primero del artículo 29 de la Carta Política, ha de concederse al convocante la posibilidad de interponer el recurso procedente contra la decisión de inadmitir la solicitud de conciliación.

Para determinar cuál de los recursos en vía gubernativa resulta ser procedente en estos eventos, ante todo ha de tenerse en consideración, que los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación habilitados, en forma exclusiva, para celebrar conciliaciones extrajudiciales en asuntos Contencioso Administrativos, esto es los Procuradores Delegados ante el Consejo de Estado^[612] y los Procuradores Judiciales Administrativos I y II, son, de conformidad con lo establecido en el artículo 180 del Decreto 262 de 2000, Agentes del Ministerio Público.

Sobre el particular, el artículo 28 del Decreto 262 de 2000, prevé que los *“procuradores delegados que intervienen ante las autoridades judiciales **tienen la condición de agentes del Ministerio Público**”*.

Por su parte, el artículo 41 del mencionado decreto, prevé que *“[l]os procuradores judiciales **tienen la condición de agentes del Ministerio Público**, para lo cual intervendrán ante las autoridades judiciales indicadas en los artículos siguientes, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y lo dispuesto por el Procurador General. Igualmente, **intervendrán en los trámites de conciliación.**”*

La condición de agentes del Ministerio Público para este respecto ha sido reiterada por numerosas normas, resultando de especial relevancia, la contenida en el artículo 23 de la Ley 640 de 2001, a cuyo tenor *“las conciliaciones extrajudiciales en materia de lo contencioso administrativo **sólo podrán ser adelantadas ante los agentes del Ministerio Público asignados a esta jurisdicción**”*.

3.2. La función conciliatoria que adelantan los agentes del Ministerio Público es de carácter administrativo.

La función conciliatoria que adelantan los agentes del Ministerio Público no puede ser entendida como de naturaleza judicial, toda que es ejercida por

funcionarios de una entidad que no hace parte de la rama judicial, a punto tal que las actas contentivas de acuerdos extrajudiciales logrados ante dichos agentes, ha de ser remitida por ellos mismos al juez o corporación competente para que imparta su aprobación o improbación.^[613]

Esta posición ha sido recientemente reiterada por la Corte Constitucional, al declarar la inexecutable del inciso segundo del artículo 13 del proyecto de ley estatutaria que a la postre se convertiría en Ley 1285 de 2009, aparte según el cual las conciliaciones extrajudiciales únicamente requerirían de revisión por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo cuando así lo solicitara el Ministerio Público, por considerar que los términos de la respectiva conciliación resultan contrarios al ordenamiento vigente o lesivos para el patrimonio público. Al respecto afirmó la Alta Corporación:

“[L]a Corte considera que el inciso 2º del artículo 13 del proyecto vulnera los artículos 228 y 277-7 de la Constitución, en la medida en que pretende reducir a simples eventualidades el control judicial de conciliaciones en materia contencioso administrativa, permitiendo una suerte de escogencia casual y sin ningún tipo de parámetros objetivos defendidos por el Legislador.

Con ello también se pasa inadvertido que en los asuntos de esta naturaleza está involucrado el patrimonio público, de modo que el Congreso debe ser particularmente cauteloso y riguroso en el diseño de mecanismos de control judicial, buscando siempre ampliar las medidas de protección al erario público, en vez de reducirlas como pretende hacerlo la norma bajo examen.

Además, tampoco puede perderse de vista que en muchas ocasiones el acuerdo conciliatorio implica un análisis sobre la legalidad de actos administrativos, asunto que por su naturaleza está reservado a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En este orden de ideas, la Corte declarará la inexecutable del inciso 2º del artículo 13 del proyecto.

8.- Cabe precisar que esta decisión no modifica la regulación actualmente vigente en materia de controles judiciales a la conciliación en asuntos propios de la jurisdicción contencioso administrativa. En consecuencia, conforme a dichas normas, no sólo se debe seguir exigiendo la intervención del Ministerio Público, sino que las actas de conciliación deberán ser aprobadas por el juez competente para conocer de la acción respectiva, lo que de paso salvaguarda el control de legalidad en esta clase de asuntos.”

Como consecuencia de lo anterior, contra las decisiones que en materia de conciliación extrajudicial contencioso administrativa, toma el agente del Ministerio Público, proceden recursos en vía gubernativa, en los términos previstos en el Código Contencioso Administrativo. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que puesto que se trata de agentes del Ministerio Público, el único recurso que contra sus decisiones procede es el de reposición. En efecto, dado que la Constitución Política atribuye las funciones al Procurador General de la Nación^[614] y que, en su calidad de Supremo director del Ministerio Público^[615], las puede ejercer “*por sí o por medio de sus delegados o agentes*”, ha de concluirse que contra las decisiones de los agentes del Ministerio Público en materia conciliatoria, procede el mismo recurso que procedería si la decisión fuese tomada directamente por el Procurador General, es decir, el recurso de reposición.

La jurisprudencia constitucional ha sostenido sobre el particular que la estructura jerárquica de la Procuraduría “*no impide que la ley atribuya una cierta autonomía a los delegados y agentes del Procurador, pero esta autonomía es relativa ya que estos funcionarios actúan en representación del Procurador y ejercen atribuciones que en principio están en cabeza del jefe del Ministerio Público.*”^[616]

En este mismo sentido, en la Sentencia C-334 de 1996, sostuvo la Corte Constitucional:

“Según el artículo 275 de la Carta, el Procurador General de la Nación es el “Supremo director del Ministerio Público”, y tal supremacía lo vincula en una relación de confianza subjetiva con los principales sujetos ejecutores de las funciones de control a su cargo y las políticas que desarrolle, como los agentes del ministerio público y los procuradores territoriales.

Es así como los agentes del Ministerio Público, tal como señala sentencia No. C-245/95 de la Corporación, citada anteriormente, obran en desarrollo de una función propia del Procurador”.

Así mismo en la Sentencia C-245 de 1995, sostuvo la Corte que “*el delegado es un alter ego del Procurador, hace las veces de éste, y lo vincula plena y totalmente. Aquí opera la figura de la representatividad, por cuanto el delegado actúa en nombre del delegante. Es una transferencia de la entidad propia -en nivel jurídico, no real- a otro, con tres notas: plena potestad, autonomía de ejecución y confianza intuitu personae. En cambio, el agente obra en desarrollo de una función antes que en nombre de una persona, pero siempre está bajo la subordinación de otro superior, ante quien responde y de quien puede cumplir órdenes específicas para un asunto determinado. En este orden de ideas, los procuradores delegados son agentes, pero se advierte que todo delegado tiene indirectamente una función de agente, pero no todo*

agente es necesariamente delegado. No obstante lo dicho antes, no existen en la Constitución criterios concretos para diferenciar los delegados de los agentes del Procurador, pues lo cierto es que unos y otros desarrollan funciones y actúan en representación del Procurador en el cumplimiento de las tareas que son propias del Ministerio Público, salvo en lo atinente a las funciones que privativamente corresponde a aquél en los términos de los artículos 242-2-4 y 278 constitucionales.”

Consecuente con lo anterior, no resulta procedente el recurso de apelación en vía gubernativa contra las decisiones tomadas por los agentes del Ministerio Público en desarrollo de su actividad conciliatoria.

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que el único recurso procedente contra las decisiones del agente del Ministerio Público en materia de conciliación extrajudicial en asuntos Contencioso Administrativos, como puede ser la de inadmitir una solicitud por falta de requisitos formales, es el de reposición, el cual debe presentarse en los términos y con los requisitos contemplados en los artículos 50 a 52 del C.C.A.

2.2.2 Rechazo de la solicitud de conciliación.

PREGUNTA No. 58 y 59

TEMA(S): RECHAZO DE LA SOLICITUD DE CONCILIACIÓN

1.- PREGUNTA.

<p><i>¿Qué sucede cuando se presenta una solicitud de conciliación y se evidencia que con anterioridad se había tramitado idéntico asunto entre las mismas partes?</i></p>

<p><i>¿Qué sucede cuando se presenta una solicitud de conciliación y se evidencia que existe proceso judicial en curso respecto del mismo asunto y entre las mismas partes?</i></p>
--

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo

- | |
|--|
| <ul style="list-style-type: none">• Ley 23 de 1991, art. 61; |
|--|

- | | |
|--|--|
| | <ul style="list-style-type: none">• Ley 640 de 2001, arts. 20, 21, 37 y 43;• Decreto 1716 de 2009, arts. 3, 6 y 13. |
|--|--|

3.- CONSIDERACIONES.

Para resolver los problemas jurídicos contenidos en las preguntas anteriores, se abordarán los siguientes temas *i)* el uso razonado y serio de la conciliación extrajudicial y *ii)* el análisis de los casos concretos.

3.1. El uso razonado y serio de la conciliación extrajudicial.

Uno de los retos más difíciles relacionados con la conciliación extrajudicial en asuntos Contencioso Administrativos consiste en alcanzar que se haga un uso razonado y serio del mecanismo, para lo cual se debe considerar que los recursos físicos, humanos y técnicos^[617] con que cuenta la Procuraduría son limitados. Debido a lo anterior, se ha de evitar poner en conocimiento del Agente del Ministerio Público asuntos ya tramitados o que se estén adelantado simultáneamente en sede judicial o ante otro Agente del Ministerio Público^[618].

En pro de dicha finalidad, la solicitud de conciliación debe contener, *“la manifestación, bajo la gravedad de juramento, de no haber presentado demandas o solicitudes de conciliación con base en los mismos hechos”*^[619].

En caso de faltarse a la verdad, el abogado se expone a una eventual declaración de responsabilidad disciplinaria, pues estaría desatendiendo el deber de lealtad (artículo 28 de la Ley 1123 de 2007) y a su vez podría estar incurriendo en falta relacionada con el deber de prevenir litigios y facilitar los mecanismos de solución alternativa de conflictos (artículo 38 de la Ley 1123 de 2007).

3.2. La necesidad de análisis de las particularidades de los casos concretos en materia de Conciliación Extrajudicial.

Por la variedad de posibilidades que encierra el problema jurídico a resolver, no resulta factible construir una única respuesta, pues se deben observar las particularidades del caso. En razón a ello y con el fin de dar una respuesta integral, se analizarán los siguientes eventos:

3.2.1. Cuando el conflicto ya fue conciliado y aprobado por el juez.

En este caso, resultaría totalmente improcedente dar inicio nuevamente al trámite conciliatorio, pues de conformidad con el artículo 13 del Decreto

1716 de 2009, “[e]l acta de acuerdo conciliatorio total o parcial adelantado ante el agente del Ministerio Público y el correspondiente auto aprobatorio debidamente ejecutoriado, prestarán mérito ejecutivo y tendrán efecto de cosa juzgada.” Las partes, en consecuencia, pierden cualquier posibilidad de intentar otro mecanismo alternativo de solución de conflictos o de llevar el asunto a la jurisdicción, debiendo entonces, proferirse por parte del Agente del Ministerio Público que esté conociendo de dicha solicitud, un acto administrativo de rechazo^[620], que será motivado, es decir, deberá contener los elementos normativos y fácticos con base en los cuales se adoptó tal decisión. Cabe señalar, así mismo, que contra el acto de rechazo, únicamente procede el recurso de reposición, tal como se señaló en respuesta anterior.^[621]

3.2.2. Cuando el conflicto ya fue conciliado pero fue improbad por el juez.

En ese escenario, se debe partir del hecho de que “la improbación del acuerdo conciliatorio no hace tránsito a cosa juzgada”^[622], lo que le permite a las partes volver a adelantar el trámite conciliatorio respecto del mismo conflicto, obviamente, tomando las medidas correctivas pertinentes para que el acuerdo no sea improbad nuevamente, siempre que la falencia sea subsanable. Sin embargo, no puede pasar por alto que la suspensión del término de caducidad opera por una sola vez^[623] y que dicha interrupción, en el evento en que el acuerdo conciliatorio sea improbad por el Juez, se prolongará hasta el día siguiente hábil al de la ejecutoria de la providencia correspondiente.^[624] Por tanto, la presentación de una nueva solicitud no suspenderá el término de caducidad, pues el requisito de procedibilidad ya fue agotado y por ende, se trataría de un acto voluntario de las partes el acudir nuevamente a la conciliación extrajudicial.

Para que las partes puedan recurrir nuevamente a este mecanismo alternativo de solución de conflictos, deberán ajustar la solicitud de conciliación a los siguientes requisitos:

- i) La presentación de la nueva solicitud debe hacerse conjuntamente.^[625]
- ii) Las partes deben manifestar en la solicitud de conciliación el hecho de que la conciliación respecto de ese asunto ya se había tramitado y que el acuerdo conciliatorio fue improbad por el Juez.
- iii) Se debe acompañar con la solicitud copia autenticada del auto mediante el cual se improbó el acuerdo conciliatorio.

Entonces, ante el cumplimiento estricto de estas exigencias y siempre que no haya operado la caducidad de la acción^[626], el Agente del Ministerio

Público podrá admitir la solicitud de conciliación y dar inicio al trámite conciliatorio. Obviamente, se trataría de un nuevo trámite conciliatorio que no dependerá ni se someterá al acuerdo logrado con anterioridad, siendo las partes totalmente libres para actuar y convenir el contenido del nuevo acuerdo conciliatorio o de no conciliar si así, finalmente, lo deciden.

3.2.3. Cuando el conflicto no fue conciliado y se vuelve a presentar solicitud de conciliación.

En este evento, la posibilidad de que se pueda volver a tramitar el asunto, siempre y cuando no haya operado la caducidad de la acción, dependerá de que las partes, de común acuerdo, soliciten una nueva audiencia de conciliación, tal y como lo establece el artículo 61 de la Ley 23 de 1991, en su párrafo 1°. Como ocurre en el caso anterior, la presentación de esa nueva solicitud no suspende el término de caducidad, pues tal y como se señaló, la suspensión del término de caducidad opera por una sola vez^[627]. Por ende, cuando la nueva solicitud de conciliación fuese presentada de manera individual, el Agente del Ministerio Público deberá rechazar la solicitud de conciliación, mediante un acto administrativo motivado, contra el que procederá recurso de reposición^[628] pues, se insiste, de conformidad con el párrafo 1° del artículo 61 de la Ley 23 de 1991, *“en caso de que las partes soliciten una nueva audiencia de conciliación, dicha solicitud deberá ser presentada de común acuerdo”*.

3.2.4. Cuando respecto del mismo conflicto se presentaron otras solicitudes de conciliación.

Teniendo en cuenta que la suspensión del término de caducidad se da a partir de la presentación de la solicitud de conciliación^[629], en este evento, el competente para adelantar el trámite conciliatorio, será el Agente del Ministerio Público que conozca de la solicitud de conciliación cuya presentación se hubiese hecho con mayor antelación. De esta forma se elimina la posibilidad de que se presenten dualidades respecto de la interrupción del término de caducidad.

Debido a ello, el Agente de Ministerio Público que conozca de la solicitud presentada con posterioridad, deberá rechazarla, mediante acto administrativo motivado, contra el que procederá recurso de reposición.

3.2.5. Cuando se presenta la solicitud de conciliación respecto de un conflicto que se está tramitando en sede judicial.

En este contexto, el Agente del Ministerio Público deberá rechazar la solicitud de conciliación, mediante acto administrativo motivado, contra el que procederá recurso de reposición, puesto que, desde el momento de la presentación de la demanda, el asunto ingresa al ámbito jurisdiccional y se

cierra definitivamente la etapa extrajudicial, por lo que el Agente del Ministerio Público pierde total e inexorablemente la competencia en materia de conciliación, la que se traslada al juez.

Sin embargo, aún en sede judicial, las partes pueden optar por poner fin al conflicto mediante la conciliación, estando facultadas para solicitar de común acuerdo que se realice la audiencia en cualquier etapa del proceso^[630]. En este caso, el juez será el encargado de dirigir la audiencia, siéndole posible instar a las partes para que concilien sus diferencias; si no lo hicieren, deberá proponer las fórmulas que estime pertinentes sin que ello signifique prejuzgamiento^[631]. Finalmente, si las partes llegan a un acuerdo el juez lo aprobará, siempre que se ajuste a la ley^[632]. Si la conciliación recae sobre la totalidad del litigio, el juez dictará un auto declarando terminado el proceso, en caso contrario, el proceso continuará respecto de lo no conciliado.^[633]

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que el Agente del Ministerio Público tendrá que rechazar la solicitud de conciliación o adelantar su trámite, dependiendo de las circunstancias en que se hubiere presentado la nueva solicitud y los eventos que la antecedieron, de conformidad con las distinciones hechas anteriormente.

2.4.1 Asistencia.

PREGUNTA No. 60

TEMA(S): AUDICENCIA DE CONCILIACION/ASISTENCIA

1.- PREGUNTA.

<i>¿Es obligación de las partes asistir a la audiencia de conciliación extrajudicial en materia contencioso administrativo?</i>
--

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• Ley 640 de 2001, artículo 1°;• Ley 1123 de 2007, arts. 28 y 38.
------------------------	--

3.- CONSIDERACIONES.

Por regla general en materia conciliatoria se prefiere que las partes, esto es, los interesados mismos como sujetos protagonistas del conflicto, asistan personalmente a la audiencia de conciliación.

Así lo tiene previsto el parágrafo 2º del artículo 1º de la Ley 640 de 2001, el cual establece que “[l]as partes deberán asistir a la audiencia de conciliación y podrán hacerlo junto con su apoderado”. A renglón seguido la norma referida prevé a manera de excepción dos eventos en los cuales se puede adelantar la audiencia sin la presencia de las partes, requiriéndose, eso sí, la presencia de apoderado debidamente facultado para conciliar, a saber:

- Cuando el domicilio de alguna de las partes no esté en el circuito judicial del lugar donde se vaya a celebrar la audiencia; y
- Cuando alguna de las partes se encuentre fuera del territorio nacional.

Sin embargo, tratándose de asuntos Contencioso Administrativos, no resultan aplicables las disposiciones anteriores, toda vez que, dada la importancia y singularidad de la materia, el hecho de encontrarse de por medio el patrimonio público y el interés general y teniendo en cuenta la importancia que usualmente tiene el asunto para el sujeto convocante, el legislador ha previsto, mediante norma de carácter especial, que *desde la misma presentación de la solicitud, el trámite conciliatorio debe hacerse por medio de abogado quien deberá concurrir, en todo caso, a las audiencias en las que se lleve a cabo la conciliación.*^[634]

El anterior tratamiento legal diferenciado, ha sido avalado por la Corte Constitucional al indicar que *“resulta pertinente reseñar que el requisito de estar asistido por abogado titulado es uno más de los varios establecidos para la conciliación extrajudicial en materia administrativa que no se requieren para dicho trámite cuando se trata de asuntos de otra naturaleza. En efecto, sólo de manera enunciativa cabe reiterar que la conciliación extrajudicial en estos casos, a diferencia de la tramitada sobre otras materias, exige el cumplimiento de requisitos particulares como la aprobación judicial del acuerdo y la necesidad de que se adelante en forma exclusiva frente a agentes del Ministerio Público.”*^[635]

En la misma línea argumentativa, la Alta Corporación sostuvo:

“A juicio de la Corte, no cabe duda que en el trámite de la conciliación extrajudicial en temas administrativos, como no ocurre en otras materias en las que los particulares actúan en un plano de igualdad, se puede llegar a constatar un desequilibrio entre las partes que bien puede traducirse en que se frustré la realización del acuerdo conciliatorio en su trámite ante el agente del Ministerio Público o no supere la homologación judicial por resultar improbadado, actuaciones todas éstas que comportan un contenido jurídico en el que la intermediación de un abogado no puede interpretarse como un obstáculo sino como una garantía para la prosperidad del acuerdo en términos justos y satisfactorios para las partes.”^[636]

De manera que, tratándose de conciliaciones extrajudiciales en materia Contencioso Administrativa, por las razones antes expuestas, no resulta jurídicamente obligatoria la presencia de las partes en la audiencia, pero sí la de sus apoderados, quienes deben ser abogados inscritos y han de contar con facultad expresamente conferida para el efecto.

Debe precisarse que si, además de los apoderados, las partes quieren voluntariamente participar en la audiencia, pueden hacerlo, sin que haya lugar a objeción alguna al respecto. Así mismo, resulta oportuno recordar que uno de los deberes profesionales del abogado, es el relacionado con prevenir litigios innecesarios y *facilitar los mecanismos de solución alternativa de conflictos*^[637], por lo que el apoderado, bien del convocante o del convocado, puede comprometer su responsabilidad disciplinaria por conductas inadecuadas asumidas en el marco de la conciliación extrajudicial. En concordancia con lo anterior, el Código Disciplinario del abogado consagra como falta las conductas consistentes en *promover o fomentar litigios innecesarios*^[638] y en *entorpecer los mecanismos de solución alternativa de conflictos con el propósito de obtener un lucro mayor o fomentarlos en su propio beneficio*.^[639]

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que tratándose de conciliación extrajudicial en asuntos Contencioso Administrativos, no resulta jurídicamente obligatoria la presencia de las partes a la audiencia de conciliación, pero sí la de sus apoderados, quienes deberán ser abogados inscritos y contar con facultad expresa para el efecto.

2.4.2 Inasistencia

PREGUNTA No. 61

TEMA(S): AUDIENCIA DE CONCILIACION/INASISTENCIA

1.- PREGUNTA.

¿Qué ocurre ante la imposibilidad justificada de asistir a la audiencia en fecha programada? ¿Qué ocurre con el trámite de conciliación cuando se presenta la inasistencia de las partes? ¿Cuáles son las consecuencias de la inasistencia no justificada?

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• Ley 640 de 2001, arts. 1, 22 y 35;• Ley 1123 de 2007, art. 38;• Decreto 1716 de 2009, arts. 9, 11 y 14.
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none">• Corte Constitucional, Sentencia C-196 de 1999.

3.- CONSIDERACIONES.

Para resolver el problema jurídico contenido en la pregunta anterior, se abordarán los siguientes temas *i)* el deber de comparecer a la audiencia de conciliación y *ii)* las consecuencias de la inasistencia injustificada a la audiencia de conciliación.

3.1. El deber de comparecer a la audiencia de conciliación.

Debido a fenómenos como la congestión judicial y la excesiva demora en la tramitación de los procesos Contencioso Administrativos, se ha buscado fortalecer la implementación de mecanismos alternativos de solución de conflictos en ésta jurisdicción, específicamente la conciliación extrajudicial, pues mediante ella, las partes en conflicto pueden alcanzar, de manera expedita, una solución plausible a la controversia, evitando el desgaste del proceso judicial y los costos en tiempo y dinero.

Obviamente, lograr que la conciliación se consolide como una valiosísima e inmejorable oportunidad para componer los conflictos, depende de todos los sujetos que intervienen en su desarrollo, pero principalmente, de los profesionales de la abogacía, pues de ellos depende la seriedad, la oportunidad y la decisión de entender la conciliación, como una verdadera e importante posibilidad. Para alcanzar este cometido, resulta primordial que los apoderados comparezcan a la audiencia de conciliación, más allá de

que tengan o no ánimo conciliatorio. En razón a ello, la Ley, estableció el deber de los apoderados de asistir a la audiencia de conciliación^[640].

Por ende, se hace evidente que asistir a la audiencia de conciliación, no es una simple posibilidad con la que cuenta el abogado, sino que constituye un deber legal que tendrá ser cumplido con diligencia.

3.2. Las consecuencias de la inasistencia injustificada a la audiencia de conciliación.

Pese a lo anterior, es posible que uno o ambos apoderados dejen de asistir a la audiencia de conciliación. En este evento, el Agente del Ministerio Público, deberá aplicar el mandato contenido en el artículo 11 del Decreto 1716 de 2009, según el cual *“señalada la fecha para la realización de la audiencia sin que esta pueda llevarse a cabo por inasistencia de cualquiera de las partes, excluido el supuesto de que trata el numeral 7 del artículo 9 de este decreto, se entiende que no hay ánimo conciliatorio, lo que se hará constar expresamente por el Agente del Ministerio Público, quien dará por agotada la etapa conciliatoria y expedirá la correspondiente certificación”*.

Puesto que comparecer a la audiencia de conciliación constituye una exigencia legal, su incumplimiento no se traduce únicamente en la frustración de la etapa conciliatoria sino que, además, como atrás se dijo, puede acarrear eventuales sanciones pecuniarias, procesales y disciplinarias. De la aplicación de dichas sanciones, sólo se exonera quien justifique dentro de los tres (3) días siguientes a la celebración de la audiencia las causas de la inasistencia, siempre que correspondan a circunstancias constitutivas de caso fortuito o fuerza mayor^[641], de lo cual se dejará anotación expresa en la constancia de no comparecencia a la audiencia^[642]. Debido a esto, el Agente del Ministerio Público sólo expedirá la referida constancia pasados tres (3) días a partir de la fecha en que debió realizarse la audiencia, para que de esta forma, quien no asistió a la diligencia tenga la oportunidad de presentar las excusas respectivas y estas queden consignadas en la constancia, pues de no aparecer en dicho documento, las sanciones a que haya lugar por la inasistencia resultarían aplicables.

Quien no acredite los motivos de su inasistencia, se verá sometido a las siguientes consecuencias:

i) De un lado, la inasistencia injustificada a la audiencia se podrá considerar como indicio grave en contra respecto de las correspondientes pretensiones o excepciones de mérito, pues, de conformidad con el artículo 22 de la Ley 640 de 2001^[643], *“Salvo en materias laboral, policiva y de familia, si las partes o alguna de ellas no comparece a la audiencia de*

conciliación a la que fue citada y no justifica su inasistencia dentro de los tres (3) días siguientes, su conducta podrá ser considerada como indicio grave en contra de sus pretensiones o de sus excepciones de mérito en un eventual proceso judicial que verse sobre los mismos hechos.”

ii) Así mismo, el juez que conozca del proceso Contencioso, podrá imponer multa de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a favor del Consejo Superior de la Judicatura, a quien no haya justificado la inasistencia a la audiencia de conciliación^[644]. Respecto de este tipo de sanción, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-196 de 1999, señaló lo siguiente:

“En relación con la sanción de multa generada por la inasistencia o retiro de los apoderados de la audiencia y su razonabilidad, anotó la Corte que la misma no puede apreciarse desde el punto de vista de los perjuicios que puedan llegar a sufrir los sujetos procesales, sino desde la óptica del daño público que genera para la administración de justicia y para la colectividad el incumplimiento injustificado de las diligencias judiciales el cual se refleja, fundamentalmente, en el represamiento de los procesos y en el desestímulo al uso adecuado de los mecanismos alternativos de solución de conflictos. Subrayó, igualmente, que la conciliación como institución jurídica es también una manifestación del espíritu pacifista que inspira nuestro Estado Social de Derecho, con lo cual las sanciones que conducen a su operancia, antes que desconocer derechos de orden individual, evitan el ejercicio abusivo de los mismos.

(...) Cabe agregar, atendiendo a lo dicho por la jurisprudencia constitucional^[645], que la exigencia legal de asistir a la audiencia de conciliación judicial y discutir las formulas de arreglo, en nada compromete la libre voluntad de conciliar. Lo que en realidad se persigue con la aludida sanción, es motivar o fomentar un posible arreglo que impulse el estudio y análisis de las propuestas presentadas, pero en el entendido de que las mismas deben ser aceptadas libremente.”

iii) Del mismo modo, la inasistencia injustificada a la audiencia de conciliación por parte del apoderado, podría representarle una eventual responsabilidad disciplinaria, pues dicha actitud, de conformidad con el artículo 38 de la Ley 1123 de 2007^[646], puede catalogarse como una falta contra el deber de prevenir litigios y facilitar los mecanismos de solución alternativa de conflictos, lo que haría verosímil el inicio de proceso disciplinario.

En conclusión, la asistencia a la audiencia de conciliación, no depende de una decisión voluntaria o de conveniencia por parte del interesado o de su apoderado, sino que, por el contrario, se ha consagrado como un deber, cuyo desconocimiento o incumplimiento puede acarrear sanciones y comprometer la responsabilidad del ausente.

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que ante la inasistencia, justificada o no, de uno o ambos apoderados, el Agente del Ministerio Público, dará por fallida la diligencia de conciliación y expedirá la respectiva constancia de no comparecencia, en la cual se anotarán las excusas presentadas por el ausente, siempre que la hubiese allegado en los tres (3) días siguiente a la fecha en que debió celebrarse la audiencia. En caso de que la ausencia se hubiese justificado, con sustento en circunstancias constitutivas de caso fortuito o fuerza mayor, no habrá lugar a sanciones, más allá de la que en si misma resulta ser, el haber perdido la oportunidad para componer el conflicto en sede extrajudicial. La inasistencia injustificada a la audiencia de conciliación puede comportar consecuencia de carácter procesal, pecuniario y disciplinario.

2.2.5 Curador ad litem.

PREGUNTA No. 62

TEMA(S): CURADOR AD LITEM

1.- PREGUNTA.

<i>¿El agente del Ministerio Público puede designar curador ad litem para la audiencia de conciliación?</i>
--

2.- MARCO JURIDICO.

- | |
|---|
| <ul style="list-style-type: none">• Código Civil, artículo 583; |
|---|

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none"> • Código de Procedimiento Civil, Artículos 45 y 318;
Marco Doctrinal	<ul style="list-style-type: none"> • Luis Fernando y Jorge Iván Bohórquez Botero, <i>Diccionario Jurídico Colombiano</i>; • Pedro Pablo Cardona Galeano, <i>Manual de Derecho Procesal Civil</i>; • José Roberto Junco Vargas, <i>La Conciliación</i>.
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none"> • Corte Constitucional, Sentencia T-088 del 9 de febrero de 2006; • Corte Constitucional, Sentencia C-250 del 26 de mayo de 1994; • Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 22 de septiembre de 2000.

3.- CONSIDERACIONES.

Para resolver el problema jurídico contenido en la pregunta, se abordarán los siguientes temas i) el Curador *ad litem* y ii) autoridades facultadas para designar curador *ad- litem*.

3.1. El curador *ad litem*.

Los curadores *ad litem*, son aquellos abogados nombrados por el juez para que asuman dentro de un proceso judicial la representación de un incapaz o de una persona capaz pero desconocida, o que a pesar de ser conocida, se desconoce su paradero.

La doctrina ha definido al curador Ad-litem de la siguiente manera:

“Los curadores Ad-litem o para el pleito, a los cuales se refiere el Art. 583 del C.C., son defensores designados por el juez, en los eventos específicamente autorizados por la ley. Se trata de mandatarios que el juez les da a ciertas personas que no pueden o no quieren comparecer al juicio, en circunstancias que la ley determina. Su función esta circunscrita a representar, dentro del proceso en el cual han sido designados, a la persona cuya representación judicial les ha sido encomendada, correspondiéndoles actuar en él, hasta cuando concurra aquel a quien representan, o un representante de éste. Para el ejercicio de su función están provistos de facultad para realizar todos aquellos actos procesales que no estén reservados a la parte misma, para constituir apoderado judicial bajo su responsabilidad, estándoles vedado recibir, o disponer del derecho en litigio.”^[647]

El fin último de la figura del curador *ad-litem* es proteger los intereses o los derechos de personas ausentes o con incapacidad para enfrentar un litigio como el caso de los menores de edad que carezcan de representación legal; es a la vez una garantía al derecho de defensa consagrado en la Constitución Política.

La Corte Constitucional en la Sentencia T-088 del 9 de febrero de 2006, ha dicho al respecto:

“El nombramiento del curador responde, a la necesidad de defender los derechos de las personas ausentes en los procesos judiciales, por lo cual, precisamente, su presencia en el debate judicial es garantía de defensa para quien no puede hacerlo directamente. Sobre el particular, la Corte ha dicho que la decisión de designar curadores ad litem, tiene como finalidad esencial proteger los derechos del ausente, que no por estarlo puede recibir un tratamiento procesal desventajoso, pues éste redundaría en menoscabo de algunos de los derechos sustantivos que en el proceso se controvierten. Constituye, pues, un instrumento protector del derecho fundamental de defensa. Por ello, debe entenderse que se trata de representar a quien resulte directamente involucrado en el proceso, es decir a quien por su ausencia puede ser afectado con la decisión que se tome.”^[648]

De igual forma, en la Sentencia C-250 del 26 de mayo de 1994, sostuvo la Corte:

“La institución del curador ad litem tiene como finalidad esencial proteger los derechos del ausente, que no por estarlo puede recibir un tratamiento procesal desventajoso, pues éste redundaría en menoscabo de algunos de los derechos sustantivos que en el proceso se controvierten. Constituye, pues, un instrumento protector del derecho fundamental de defensa.”^[649]

El curador *ad litem* está facultado para realizar todos aquellos actos procesales que no estén reservados a la parte misma, tienen las mismas facultades que un apoderado, “y la de los que actúan en representación de incapaces, excepto aquellas que requieren especial disposición legal, como lo son para recibir, desistir, repudiar asignaciones, las que le pueden ser conferidas por el respectivo funcionario, previo el cumplimiento de algunos trámites señalados por el legislador.”^[650]

La curaduría termina con el proceso para el cual fue designada, o antes cuando el menor adquiere la mayoría de edad si se trataba de un incapaz, se le provee de un curador definitivo, o si la persona que no conocía el auto

admisorio de la demanda o la eludía, interviene mediante apoderado. Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha sostenido:

“Las facultades del curador ad litem no son absolutas ni intemporales. El Artículo 46 del Código de Procedimiento Civil, le asigna las mismas de un apoderado especial, excepto aquellas que impliquen disposición del derecho en litigio, limitadas en el tiempo hasta cuando concurra al proceso la persona a quien representa, o un representante de esta, sin ninguna calificación especial. La curaduría ad-litem, finaliza, si se trata de persona cuya residencia se ignoraba o que eludió la notificación del auto admisorio, por intervenir, sea directamente o por conducto de apoderado, basta, entonces, que la parte se apersona del proceso, realizando cualquier acto procesal que suponga el conocimiento de este (recibe notificación personal, interviene en diligencia o audiencia, interpone recurso, o en fin ejerce el derecho de postular en causa propia, si es abogado), para que se produzca el desplazamiento del curador (...)”^[651]

De esta forma se destaca la importancia que tiene la figura del curador *ad litem*, ya que sirve como garantía del principio de defensa de aquel que no puede hacerse presente en el proceso por diferentes motivos.

3.2. Autoridades facultadas para designar un Curador *ad- litem*.

Como se dijo anteriormente, el nombramiento del curador *ad-litem* corresponde al juez del proceso, tal como se desprende del Artículo 583 del Código Civil:

“CURADURIA AD - LITEM. Las curadurías especiales son dativas. Los curadores para pleito o ad litem son dados por la judicatura o prefectura que conoce en el pleito”.

Así se establece también en el Código de Procedimiento Civil:

ARTÍCULO 45. CURADOR AD LITEM DEL INCAPAZ. Para la designación del curador ad litem del incapaz, se procederá de la siguiente manera:
1. El relativamente incapaz que careciendo de representante legal o hallándose éste impedido o ausente tenga necesidad de comparecer a un proceso, lo expondrá así al juez del conocimiento para que de plano le designe curador ad litem o confirme el designado por él, si fuere idóneo.
Cuando se trate de incapaz absoluto y ocurran las circunstancias contempladas en este numeral, el juez a petición del Ministerio Público, de uno de los parientes o de oficio, le designará un curador ad litem.

2. Cuando la demanda se dirija contra un absolutamente incapaz, que carezca de representante legal o éste se halle ausente, el juez nombrará un curador ad litem para que lo represente. Cuando se trate de relativamente incapaz el juez confirmará el designado por aquél, si fuere idóneo.

3. El juez nombrará curador ad litem al incapaz que pretenda demandar a su representante legal, o que sea demandado por éste, o confirmará el designado por el relativamente incapaz, si fuere idóneo. En el segundo caso, el juez dará aviso al incapaz de la admisión de la demanda como se dispone en el numeral anterior.

4. En los procesos de sucesión se designará curador ad litem o se confirmará el designado por el relativamente incapaz, si fuere idóneo, cuando el juez advierta que ha surgido conflicto de intereses entre aquél y su representante legal. En tal caso, el curador deberá ser persona distinta del apoderado constituido por el representante del incapaz.

Para la provisión de curador ad litem en los casos contemplados en este artículo, se requiere al menos prueba sumaria de los hechos correspondientes.

El curador deberá acudir al despacho judicial que lo designó, a fin de recibir la notificación personal de la providencia respectiva, dentro de los diez días siguientes a la fecha del envío del telegrama que le comunique el nombramiento; de lo contrario, será reemplazado.

ARTÍCULO 318. EMPLAZAMIENTO DE QUIEN DEBE SER NOTIFICADO PERSONALMENTE

(..)

El emplazamiento se entenderá surtido transcurridos quince (15) días después de la publicación del listado. Si el emplazado no comparece se le designará curador ad litem, con quien se surtirá la notificación.

De lo anteriormente expuesto se puede concluir, que solamente a los jueces se atribuye la designación de curadores *ad litem* y sólo en los casos expresamente previstos en la ley; por tanto, ningún otro funcionario puede válidamente hacerlo. Así lo ha considerado la doctrina, en cuanto se afirma que “en la conciliación está proscrito el acto del curador *ad litem*, (...) en la conciliación estamos en presencia de un típico caso de disposición del derecho, y el artículo 46 del Código de Procedimiento Civil le prohíbe al curador *ad litem* disponer del derecho en litigio. Para que exista la facultad de disponer de un derecho en litigio se requiere autorización expresa del titular, cosa que no existe en el caso del curador, pues en la mayoría de las veces el representado ni siquiera es conocido por su curador. De la misma manera, hay prohibición expresa en las normas citadas para que el curador pueda conciliar, argumento suficiente para concluir que el curador *ad litem* no puede adelantar el acto conciliatorio”.^[652]

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que no está atribuido a los agentes del Ministerio Público la facultad de designar curadores *ad-litem* en el trámite de la conciliación extrajudicial en asuntos Contencioso Administrativos, pues dicha función se encuentra exclusivamente asignada a los Jueces de la República.

2.4.3 Reconocimiento de personería a los apoderados.

PREGUNTA No. 63

TEMA(S): RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍA A LOS APODERADOS.
--

1.- PREGUNTA.

<i>¿Puede reconocerse personería a un apoderado en el curso de la audiencia de conciliación?</i>
--

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• Ley 640 de 2001, artículo 1, parágrafo 3°;• Decreto 1716 de 2009, artículo 5°.
------------------------	---

3.- CONSIDERACIONES.

De conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 3° del artículo 1° de la Ley 640 de 2001, el trámite conciliatorio, en materia Contencioso Administrativa, desde la misma presentación de la solicitud, debe hacerse por medio de abogado^[653], “*quien deberá concurrir, en todo caso, a las audiencias en las que se lleve a cabo la conciliación.*”

En el mismo sentido, dispone el artículo 5° del Decreto 1716 de 2009, que “[l]os interesados, trátense de personas de derecho público, de particulares o de personas jurídicas de derecho privado, actuarán en la conciliación

extrajudicial por medio de apoderado, quien deberá ser abogado inscrito y tener facultad expresa para conciliar.”

Lo anterior implica que, desde el primer momento –la presentación de la solicitud de conciliación–, el convocante tiene que comparecer mediante abogado inscrito y, por tanto, la admisión de la solicitud de conciliación resulta ser el momento adecuado para que el Agente del Ministerio Público le reconozca personería en los términos del poder conferido. Sin embargo, puede suceder que al llegar el momento de la audiencia de conciliación, la parte citante decida cambiar de abogado por lo que, en este caso, el Agente del Ministerio Público deberá reconocerle personería al nuevo apoderado en el curso de la audiencia de conciliación.

La última situación descrita usualmente se presenta respecto del apoderado de la parte convocada, que en veces es reemplazado; en tales casos el Agente del Ministerio Público tendrá que reconocerle personería en audiencia, desde luego previa comprobación tanto del poder debidamente conferido, con facultad expresa para conciliar y verificados los documentos que sustenten la respectiva representación, tales como el nombramiento y acta de posesión de quien confiere el poder, así como los relacionados con la determinación de las facultades para conferirlo, documentos que, tal como se señaló en respuesta anterior, han de ser aportados en original o fotocopia autenticada.

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que, efectivamente, el Agente del Ministerio Público, en tanto director de las diligencia de conciliación, debe reconocer personería a los apoderados de las partes en el curso de la audiencia de conciliación verificando, desde luego, los documentos que los acrediten como tales, y verificando que exista expresa para conciliar y el sustento de la respectiva representación.

3.6 NO SE HA REUNIDO EL COMITÉ DE CONCILIACIÓN.

PREGUNTA No. 66
TEMA(S): AUDIENCIA DE CONCILIACION.

1.- PREGUNTA.

¿Qué sucede si el abogado de la entidad convocada asiste a la audiencia de conciliación extrajudicial, pero manifiesta que no se ha reunido el Comité de Conciliación de la respectiva entidad?

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• Código Contencioso Administrativo, Artículo 7;• Ley 734 de 2002, Artículo 34, numerales 1 y 38;• Decreto 1716 de 2009, artículo 19, numeral 5°.
------------------------	---

3.- CONSIDERACIONES.

El Comité de Conciliación tiene, dentro de sus funciones, la de determinar la procedencia o improcedencia de las solicitudes de conciliación que llegaren a la entidad, conforme dispone el artículo 19-5 del Decreto 1716 de 2009, en los siguientes términos:

“El Comité de Conciliación ejercerá las siguientes funciones:

(...) 5. Determinar, en cada caso, la procedencia o improcedencia de la conciliación y señalar la posición institucional que fije los parámetros dentro de los cuales el representante legal o el apoderado actuará en las audiencias de conciliación. Para tal efecto, el Comité de Conciliación deberá analizar las pautas jurisprudenciales consolidadas, de manera que se concilie en aquellos casos donde exista identidad de supuestos con la jurisprudencia reiterada.”

Es por ello que el comité de conciliación de la entidad convocada, antes de llegar a la audiencia de conciliación, tendrá el deber de reunirse para tomar una posición frente a la solicitud de conciliación, de lo contrario sus miembros estarían incurriendo en una eventual falta disciplinaria, toda vez que la solicitud de conciliación se presenta en ejercicio del derecho fundamental de petición y la falta de atención de las peticiones constituye causal de mala conducta, en los términos del artículo 7° del Código Contencioso Administrativo, norma íntimamente relacionada con el numeral 38 artículo 34 del Código Único Disciplinario, el cual determina el deber de los servidores públicos de *“actuar con imparcialidad, asegurando y garantizando los derechos de todas las personas, sin ningún género de discriminación, respetando el orden de inscripción, ingreso de solicitudes y peticiones ciudadanas, acatando los términos de ley.”*

No llegar a la audiencia el apoderado de la entidad pública con una respuesta de fondo en relación con la solicitud de conciliación propuesta, se configuraría, además, una violación al derecho de acceso a la Administración de Justicia.

En otro orden, la ausencia de respuesta por parte del convocado puede entenderse como falta de ánimo conciliatorio por parte de dicha entidad y, en consecuencia, el agente del Ministerio Público dará por concluido el trámite conciliatorio, a menos que las partes, de común acuerdo, soliciten la suspensión de la diligencia y la fijación de nueva fecha para su continuación.

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que la circunstancia de no haberse reunido el Comité de Conciliación y, por tanto no tener una decisión de fondo para el momento de la audiencia de conciliación, no sólo puede dar lugar a la eventual responsabilidad disciplinaria de sus miembros, sino que, además, puede ser entendida como ausencia de ánimo conciliatorio.

2.4.5 Asistencia sin acta del Comité de Conciliación.

PREGUNTA No. 67

TEMA(S): AUDIENCIA DE CONCILIACION/ACTA DEL COMITÉ DE CONCILIACIÓN

1.- PREGUNTA.

<i>¿Qué debe hacer el agente del Ministerio Público en caso de que el convocado –entidad pública- manifieste que no concilia pero no dice porqué y/o no aporta copia del acta del Comité de conciliación en el cual expliquen los motivos de tal decisión?</i>

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none"> • Ley 734 de 2002, artículo 34, numeral 13;
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none"> • Corte Constitucional. Sentencia T-610 de 2003; • Corte Constitucional. Sentencia SU-250 de 1998.

3.- CONSIDERACIONES.

La motivación del acto administrativo es elemento esencial en el marco de la conciliación prejudicial, toda vez que la administración ha de indicar de manera expresa, seria y cierta los fundamentos fácticos y jurídicos que justifican la respectiva decisión.

La Corte Constitucional en la sentencia SU- 250 de 1998 destacó la importancia de la motivación en los actos administrativos, en los siguientes términos:

“3.3. La motivación en Colombia, después de la Constitución de 1991.

La Corte Constitucional ha sido exigente en el deber de motivar los actos administrativos. En la sentencia C-054/96, se dijo que la motivación "no contradice disposición constitucional alguna y, por el contrario, desarrolla el principio de publicidad, al consagrar la obligación de expresar los motivos que llevan a una determinada decisión, como elemento esencial para procurar la interdicción de la arbitrariedad de la administración".

No podía ser de otra manera. En la Asamblea Nacional Constituyente en 1991 el doctor Juan Carlos Esguerra fue enfático al exigir que la actividad administrativa se rija por el principio de la publicidad, el cual fue recogido en el texto definitivo del inciso 1º del artículo 209 de la C.P.

En conclusión: Está más que definido que la publicidad, que implica motivación, es esencial en el ordenamiento colombiano. Hasta el punto de que la Corte Constitucional, en un caso de tutela llegó a decir que "la falta de motivación del acto hace pensar que la administración no produjo el acto por razones del buen servicio administrativo."^[654]

En consecuencia, es de la mayor importancia que el Comité de Conciliación aporte el acta del Comité, justificando los motivos de hecho y de derecho que fundamentan la decisión respecto de la petición de conciliación y, por tanto, si el Comité de Conciliación no explicita tales fundamentos, los respectivos funcionarios podrían verse incurso en falta disciplinaria, toda vez que conforme dispone el numeral 13 del Artículo 34 de la Ley 734 de 2002:

*“Son deberes de todo servidor público:
(...)*

13. *Motivar las decisiones que lo requieran, de conformidad con la ley.*”

De otra parte, abstenerse de expresar los motivos por los cuales se decidió no conciliar, entorpece las funciones del agente del Ministerio Público, no le permite proponer formulas de arreglo entre las partes, ni evaluar la eventual solicitud de reconsideración, por lo que el procurador ha de suspender la audiencia, fijar nueva fecha y solicitar enfáticamente al apoderado de la entidad pública que en la nueva fecha aporte copia autentica del acta del Comité, so pena de compulsar copias par que se realicen las investigaciones disciplinarias a las que haya lugar.

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto, se concluye que si el apoderado de la entidad llegase a la audiencia de conciliación sin el acta del comité, el agente del Ministerio Público deberá suspender la audiencia, fijar nueva fecha y solicitar al apoderado que en la nueva fecha allegue copia autentica del acta o el certificado del comité en donde se toma la determinación de no conciliar, so pena de compulsar copias para iniciar una posible investigación disciplinaria.

2.4.7 Acuerdo conciliatorio.

PREGUNTA No. 68

TEMA(S): ACTA DE CONCILIACIÓN

1.- PREGUNTA.

<i>¿Qué ocurre si se llega a un acuerdo conciliatorio?</i>

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none">• <i>Consejo de Estado, sentencia del 2 de noviembre del 2000.</i>
Marco Doctrinal	<ul style="list-style-type: none">• <i>Jorge Hernán Gil Echeverry, La conciliación extrajudicial y la amigable composición;</i>

- | | |
|--|---|
| | <ul style="list-style-type: none">• <i>Circular 005 del 3 de febrero del 2009, del Procurador General de la Nación.</i> |
|--|---|

3.- CONSIDERACIONES.

El trámite de la conciliación en sede de la Procuraduría termina, en caso de lograrse acuerdo total o parcial, con la suscripción de la respectiva acta, en la que se plasma el acuerdo logrado por las partes con la indicación expresa de la cuantía, modo, tiempo, y lugar del cumplimiento de la obligación pactada.

La doctrina sostiene que *“el acta de conciliación es un documento final donde se recoge el convenio o acuerdo de las partes, además de otros varios elementos o cláusulas mínimas establecidas en la ley.”*^[655] De esta forma cuando las partes llegan al acuerdo, se debe levantar un acta que contenga:

1. Lugar, fecha y hora de celebración de la audiencia: Este requisito es de gran importancia para efectos del término de suspensión de la caducidad y a fin de otorgar certeza y facilitar el merito ejecutivo del documento.
2. Identificación del agente del Ministerio Público.
3. Identificación de las personas citadas con señalamiento expreso de las que asisten a la audiencia.
4. Relación sucinta de las pretensiones motivo de la conciliación.
5. El acuerdo otorgado por las partes con indicación de la cuantía, modo, tiempo y lugar del cumplimiento de las obligaciones pactadas.

Sobre el particular el Consejo de Estado ha señalado que *“en relación con el requisito de la exigibilidad de las obligaciones contenidas en el acuerdo conciliatorio, nada impide que tal circunstancia se encuentre supeditada al cumplimiento de algún plazo o condición, puesto que llegado el plazo u ocurrida la condición, éstas se hacen exigibles”*^[656].

De otra parte, *“si el acuerdo es parcial, se dejará constancia de ello precisando los puntos que fueron materia de arreglo y aquellos que no lo fueron, advirtiendo a los interesados su derecho de acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para demandar lo que no fue objeto de acuerdo.”*^[657].

6. En cuanto a la intervención del agente del Ministerio Público se tiene que: *“Si el **Agente del Ministerio Público** no está de acuerdo con lo conciliado por los interesados, por considerarlo inconveniente o lesivo para el patrimonio público o porque no existen las pruebas en que se fundamente, **así lo observará durante la audiencia y dejará constancia de ello en el acta**”*^{658]}

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que si las partes logran alcanzar un acuerdo conciliatorio, se levantará un acta que contenga: Lugar, fecha y hora de celebración de la audiencia; Identificación del agente del Ministerio Público, Identificación de las personas citadas con señalamiento expreso de las que asisten a la audiencia; Relación sucinta de las pretensiones motivo de la conciliación; el acuerdo otorgado por las partes con indicación de la cuantía, modo, tiempo y lugar del cumplimiento de las obligaciones pactadas y las consideraciones del agente del Ministerio Público. Si el acuerdo es parcial, se dejará constancia expresa en el acta, precisando los puntos que fueron materia de arreglo y los que no lo fueron, advirtiendo a los interesados su derecho de acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para demandar lo que no fue objeto de acuerdo.

2.4.8 Posición del Procurador Judicial.

PREGUNTA No. 69

TEMA(S): ACUERDO CONCILIATORIO LESIVO O ILEGAL

1.- PREGUNTA.

<i>¿Qué ocurre si el agente del Ministerio Público no comparte el acuerdo celebrado entre los interesados?</i>

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• Ley 23 de 1991, art. 65-A;• Decreto 1716 de 2009, artículo 9.
------------------------	--

3.- CONSIDERACIONES.

La conciliación, como mecanismo alternativo de solución de conflictos, gira en torno a la voluntad y el deseo de las partes de gestionar por sí mismas la solución de sus diferencias, siendo entonces el conciliador, un tercero neutral y calificado^[659]. Por tanto, el acuerdo conciliatorio, al ser reflejo exclusivo del querer de las partes, eventualmente podrá contener disposiciones que resultan ilegales o lesivas, ya sea porque atenten contra el patrimonio público, contraríen el ordenamiento jurídico o no existan las pruebas en que se fundamenta^[660]. Ante esta situación, el Agente del Ministerio Público debe adoptar un papel activo en la audiencia de conciliación y realizar las observaciones que considere pertinentes respecto de los perjuicios causados al patrimonio estatal o las irregularidades que afectan el acuerdo que se pretende celebrar, de las cuales dejará constancia expresa en el acta^[661], ante lo cual las partes podrán corregir el acuerdo, siempre que sea posible, o mantenerse en lo concertado.

Desde luego, un acuerdo que evidencia irregularidades puestas de manifiesto por el Procurador prende las alarmas en el momento de hacerse control y aprobación judicial. Será entonces labor del juez indagar respecto de los reparos formulados por el Agente del Ministerio Público que se encuentran incorporados en el acta de conciliación de manera que si el Juez encuentra fundados los motivos de inconformidad señalados por el conciliador, deberá proceder a improbar el acuerdo. Debe destacarse que la labor de control judicial no se sujeta únicamente a las observaciones del Agente del Ministerio Público, sino que debe ser un control integral, por lo que si el juez llegara a encontrar otros motivos distintos para improbar el acuerdo, así lo deberá declarar.

Sin embargo, es posible que el Juez no encuentre acertadas las consideraciones del Agente del Ministerio Público y tampoco hubiese encontrado otros fundamentos para improbar el acuerdo y decida, en consecuencia proferir providencia aprobatoria. En este evento y de conformidad con su deber de proteger el ordenamiento jurídico y el patrimonio público, el Agente del Ministerio Público podrá “*interponer el recurso de apelación ante el tribunal, contra el auto que profiera el Juez Administrativo aprobando o improbando una conciliación.*”^[662]

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que cuando el Agente del Ministerio Público no comparta el acuerdo celebrado entre los interesados, deberá formular, en el transcurso de la audiencia, las observaciones que

considere pertinentes, de las cuales se dejará constancia expresa en el acta. Así mismo, en caso de que el Juez decida aprobar el acuerdo y no tenga en cuenta o no comparta los reparos formulados por el Agente del Ministerio Público, éste tiene la posibilidad de interponer el recurso de apelación contra el auto aprobatorio de la conciliación.

2.4.9 Imposibilidad de acuerdo conciliatorio

PREGUNTA No. 70

TEMA(S): IMPOSIBILIDAD DE ACUERDO CONCILIATORIO
--

1.- PREGUNTA.

<p><i>¿Qué ocurre si no fue posible celebrar el acuerdo? ¿En caso de que no se logre acuerdo conciliatorio en el curso de la audiencia debe levantarse acta o solo debe expedirse constancia? En caso de que no se logre acuerdo conciliatorio, ¿Cuáles son los documentos que se entregan al convocante?</i></p>
--

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• Ley 640 de 2001, artículo 2;
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none">• Corte Constitucional. Sentencia C-417 de 2002;

3.- CONSIDERACIONES.

Cuando sea imposible llegar a una acuerdo conciliatorio, el agente del Ministerio Público debe elevar la correspondiente acta y, además, expedir la respectiva constancia, con el fin de que el solicitante pueda, si a bien lo tiene, reclamar sus derechos en instancias judiciales.

La Corte Constitucional en sentencia C-417 de 2002, sostuvo que *“la conciliación se basa en el acuerdo entre las partes, puesto que el conciliador carece de la facultad de imponer su decisión a las personas. Por ello es un mecanismo de resolución de conflictos autocompositivo y no heterocompositivo, y en eso se diferencia del arbitraje. (...) no puede el Estado obligar a que los ciudadanos concilien a toda costa sus diferencias y lleguen*

a un acuerdo para poder acudir a la justicia. Una tal regulación sería incluso absurda, pues si las personas fueron forzadas a llegar a un acuerdo, es obvio que ya no tiene sentido que acudan a la administración de justicia pues el litigio estaría “resuelto”^[663].

En caso de que no se logre acuerdo, el agente del Ministerio Público debe levantar el acta respectiva, con la cual se da por terminado el trámite conciliatorio y, acto seguido, ordenara la expedición de la respectiva constancia en la cual indicara:

- a) La fecha de la presentación de la solicitud, hito temporal importante por la suspensión del término de caducidad;
- b) La fecha en que se celebró la audiencia o debió celebrarse;
- c) Identificación del convocante y convocado;
- d) La relación sucinta del objeto de conciliación;
- e) La constancia de la imposibilidad de acuerdo.

En relación con la constancia, el artículo 2° de la ley 640 de 2001, prevé:

“Constancias. El conciliador expedirá constancia al interesado en la que se indicará la fecha de presentación de la solicitud y la fecha en que se celebró la audiencia o debió celebrarse, y se expresará sucintamente el asunto objeto de conciliación, en cualquiera de los siguientes eventos:

- 1. Cuando se efectúe la audiencia de conciliación sin que se logre acuerdo. (...)*”

Una vez expedida la constancia, esta se entregara al interesado junto con los documentos que haya aportado con la solicitud.

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye, que si no fue posible lograr acuerdo entre las partes, el agente del Ministerio Público levantará la correspondiente acta, tal como lo señala el artículo 9-6 del Decreto 1716 de 2009 y, así mismo, expedirá la respectiva constancia, en los términos del artículo 2° de la Ley 640 de 2001.

3.5.1 Investigaciones disciplinarias.

PREGUNTA No. 71

TEMA(S): INVESTIGACIONES DISCIPLINARIAS

1.- PREGUNTA.

¿En qué casos puede el agente del Ministerio Público compulsar copias para que se inicien investigaciones disciplinarias contra los integrantes de los Comités de Conciliación y/o contra los apoderados?

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• Constitución Política, artículos 6°, 121, 122, 123, 124;• Ley 1367 de 2009, artículo 5°;• Ley 734 de 2002, artículos 13, 23, 25, 27, 28 y 34;• Decreto 1716 de 2009, artículo 19-5;• Ley 1123 de 2007, artículos 28 y 38.
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none">• Corte Constitucional, Sentencia T-1051 del 7 de diciembre de 2006.

3.- CONSIDERACIONES.

Para resolver el problema jurídico contenido en la pregunta anterior, se abordarán los siguientes temas: *i)* marco constitucional y legal de la potestad disciplinaria; *ii)* conductas de los miembros de los Comités de Conciliación que pueden constituir falta disciplinaria; y *iii)* conductas de los apoderados que pueden constituir falta disciplinaria.

3.1. Marco constitucional y legal de la potestad disciplinaria.

La potestad disciplinaria ha sido entendida como una modalidad del poder sancionatorio del Estado, dirigida -principal pero no exclusivamente- a prevenir y sancionar la conducta antijurídica de los servidores públicos, fundada en la necesidad de preservar el orden interno de la Administración y el logro de los cometidos y fines estatales^[664]. En ese

sentido la jurisprudencia constitucional ha sostenido que se trata de una potestad *“necesaria para el adecuado cumplimiento de sus funciones y la realización de sus fines, pues (...) permite realizar los valores del orden jurídico institucional, mediante la asignación de competencias a la Administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia contribuye indudablemente a la realización de sus cometidos”*.^[665]

Al revisar el marco constitucional que sirve de sustento a la responsabilidad disciplinaria, se encuentra que el artículo 6° de la Constitución Política consagra que los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y las leyes, así como por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones; así mismo, el artículo 122 superior prevé que los empleos públicos tienen sus funciones detalladas en la ley o el reglamento y que todo servidor público, al entrar a ejercer su cargo, ha de prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y *desempeñar los deberes que le incumben*; por su parte, el artículo 123 determina que los servidores públicos han de ejercer sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento e, igualmente, el artículo 124 de la Carta confiere a la ley la determinación de la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva.

Siguiendo los lineamientos que se derivan de las normas constitucionales anteriores, la Ley Disciplinaria regula la eventual responsabilidad que puede imponer el Estado, como titular de la potestad disciplinaria^[666], en ejercicio de potestad especialmente conferida para el efecto como consecuencia de la violación, por acción o por omisión, de deberes y obligaciones o por haber incurrido en las prohibiciones legalmente previstas.

El artículo 25 del Código Disciplinario Unico, contenido en la Ley 734 de 2002, establece que los servidores públicos, aunque se encuentren retirados del servicio, son destinatarios de la ley disciplinaria; en consecuencia, al detentar dicha calidad, los miembros de los Comités de Conciliación de las entidades públicas y/o los respectivos representantes legales, pueden ver eventualmente comprometida su responsabilidad disciplinaria.

De otro lado, el artículo 23 del mencionado Código, determina el alcance del concepto de falta disciplinaria y en tal sentido prevé que *“[c]onstituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la correspondiente sanción, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el Artículo 28 del presente*

ordenamiento.” Por su parte, el referido artículo 28, establece que se encuentra exento de responsabilidad disciplinaria quien realice la conducta: por fuerza mayor o caso fortuito; en estricto cumplimiento de deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado; en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente; por salvar derecho propio o ajeno; por coacción ajena o miedo insuperables; con la convicción errada e invencible de que la conducta no constituye falta disciplinaria; o en situación de inimputabilidad.

En materia disciplinaria, las faltas pueden cometerse bien por vía de acción o de omisión, tal como se prevé en el artículo 27 de la Ley 734 de 2002, en cuanto dispone que *“[l]as faltas disciplinarias se realizan por acción u omisión en el cumplimiento de los deberes propios del cargo o función, o con ocasión de ellos, o por extralimitación de sus funciones.”* Sobre el particular la doctrina sostiene que *“toda falta disciplinaria se reconduce a la infracción de un deber: el deber se desconoce tanto por acción como por omisión”*^[667].

Por su parte, el numeral primero del artículo 34 del Código Único Disciplinario establece como deber de todo servidor público, *“Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente.”*

3.2. Conductas de los miembros de los Comités de Conciliación que pueden constituir falta disciplinaria.

En concordancia con lo anterior y, en cuanto resulta relevante para efectos de la presente respuesta, el Decreto 1716 de 2009 prevé como función propia del Comité de Conciliación, la de *“[determinar, en cada caso, la procedencia o improcedencia de la conciliación y señalar la posición institucional que fije los parámetros dentro de los cuales el representante legal o el apoderado actuará en las audiencias de conciliación. Para tal efecto, el Comité de Conciliación deberá analizar las pautas jurisprudenciales consolidadas, de manera que se concilie en aquellos casos donde exista identidad de supuestos con la jurisprudencia reiterada.”*

En desarrollo de las funciones y actividades relacionadas con la Conciliación Extrajudicial en asuntos Contencioso Administrativos, los miembros de los Comités de Conciliación pueden incurrir eventualmente en conductas que podrían resultar constitutivas de falta disciplinaria y, por tanto, de conformidad con lo dispuesto en Ley 1367 de 2009^[668], cuyo objeto es

“implementar y fortalecer la institución de la conciliación en la jurisdicción de lo contencioso administrativo; promoviendo así la cultura de la conciliación con la oportuna solución de los conflictos entre el Estado y los ciudadanos”^[669], corresponde al respectivo Procurador Judicial *“compulsar las copias pertinentes y conducentes si hubiere lugar a determinar conductas disciplinables o responsabilidades fiscales o penales de los servidores públicos o de particulares”*.

Al respecto pueden presentarse, entre otros, los siguientes eventos: *i)* vulneración del núcleo esencial del Derecho Constitucional Fundamental de Petición; *ii)* no motivar de manera expresa, seria y cierta las correspondientes decisiones; *iii)* negarse arbitrariamente a conciliar o a presentar fórmulas de conciliación; *iv)* la inobservancia de los principios de la Función Administrativa consagrados en la Constitución Política.

i) Vulneración del núcleo esencial del Derecho Constitucional Fundamental de Petición.

El artículo 31 del Código Contencioso Administrativo, consagra el deber primordial de las autoridades de hacer efectivo el derecho constitucional fundamental de petición, consagrado así en el artículo 23 de la Carta, dando respuesta pronta y de fondo a las solicitudes^[670]; igualmente se prevé en dicho cuerpo normativo, que la falta de atención de las peticiones o la inobservancia de los términos para resolverlas^[671], así como negarse a recibir las peticiones, a expedir constancias sobre ellas o a sellar sus copias^[672], son causales de mala conducta del funcionario público y darían lugar a la aplicación de las respectivas sanciones disciplinarias.

En ese sentido, la Directiva Presidencial 05 del 22 de mayo de 2009, instruye a los servidores públicos en el sentido de que las solicitudes de conciliación deben estudiarse de manera oportuna y la *decisión acerca de su viabilidad debe tomarse en el menor tiempo posible y con la debida antelación a la citación a audiencia*.

Por su parte, el Código Disciplinario Unico determina como uno de los deberes a cumplir por todo servidor público, el relacionado con actuar con imparcialidad, asegurando y garantizando los derechos de todas las personas, sin ningún género de discriminación, respetando el orden de inscripción, ingreso de solicitudes y peticiones ciudadanas, acatando los términos de ley^[673]. Del mismo modo, a los servidores públicos les está totalmente prohibido omitir, retardar o no suministrar debida y oportuna respuesta a las peticiones respetuosas de los particulares, así como retenerlas o enviarlas a destinatario diferente de aquel a quien corresponda su conocimiento^[674].

Se desprende de lo anterior que, efectivamente, la vulneración del derecho constitucional fundamental de petición, puede acarrear para el funcionario que incurra en dicha transgresión una eventual responsabilidad disciplinaria ha de destacarse que la falta puede ser catalogada como gravísima, de conformidad con lo previsto en el numeral 49 del artículo 48 del Código Disciplinario Unico, norma según la cual constituyen faltas de tal entidad, *“las demás conductas que en la Constitución o en la ley hayan sido previstas con sanción de remoción o destitución, o como causales de mala conducta”*.

De otra parte, cabe resaltar, que cuando no se brinda repuesta oportuna y de fondo a la solicitud de conciliación presentada ante una entidad pública, no solo se transgrede directamente el derecho fundamental de Petición, sino que, además, ocurriría lo propio respecto del derecho fundamental de Acceso a la Administración de Justicia, previsto en el artículo 229 de la Carta Política^[675], toda vez que la conciliación extrajudicial en asuntos contencioso administrativos ha sido consagrada como un presupuesto necesario para el ejercicio del derecho de acción.

Lo anterior cobra especial importancia, si se tiene en cuenta que la afectación de derechos fundamentales se encuentra constituida como uno de los criterios a tener en cuenta al momento de la graduación de la sanción disciplinaria^[676].

ii) No motivar de manera expresa, seria y cierta las correspondientes decisiones.

Los Comités de Conciliación deben motivar de manera expresa, seria, cierta, suficiente y adecuada sus decisiones respecto de la procedencia o improcedencia de la conciliación en cada caso concreto, tal como se establece en el numeral 13 del Artículo 34 de la Ley 734 de 2002.

En ese sentido, la Directiva Presidencial 05 del 22 de mayo de 2009, reitera que *“tanto la decisión de procedencia de la conciliación, como la de su improcedencia, deberá ser debidamente argumentada y sustentada por el Comité de Conciliación y estará contenida en el acta respectiva.”*

Debe destacarse que tal motivación resulta trascendental para el adecuado cumplimiento de las funciones conciliatorias atribuidas a los agentes del Ministerio Público.

iii) Negarse arbitrariamente a conciliar o a presentar fórmulas de conciliación.

En cada caso concreto, corresponde al Comité de Conciliación analizar las pautas jurisprudenciales consolidadas, *“de manera que se concilie en aquellos casos donde exista identidad de supuestos con la jurisprudencia reiterada”*^[677].

En esa misma línea, pone de presente la Directiva Presidencial 05 del 22 de mayo de 2009, que *“las entidades públicas deben conciliar siempre que se presenten los supuestos jurídicos y probatorios que hagan viable la celebración de un acuerdo conciliatorio”*, de donde se desprende que una decisión arbitraria y obstinada en el sentido de no conciliar cuando resulta evidente que se presentan los respectivos supuestos y que existe una alta probabilidad de condena, puede dar lugar a una eventual responsabilidad disciplinaria.

La decisión arbitraria constituye una verdadera vía de hecho, la cual, como ha sostenido la Corte Constitucional, *“se produce cuando quien efectúa, sea una decisión judicial o **administrativa, en forma arbitraria y con fundamento en su única voluntad, actúa en franca y absoluta desconexión con la voluntad del ordenamiento jurídico, vulnerando o amenazando derechos fundamentales**”*^[678]

iv) Inobservancia de los principios de la Función Administrativa consagrados en la Constitución Política.

Sobre este particular, en primer término debe tenerse en consideración que el artículo 209 de la Constitución Política establece que la Función Administrativa está al servicio de los intereses generales y consagra los principios de igualdad, imparcialidad, eficacia, economía, celeridad, moralidad y publicidad.

Debe destacarse que el Procurador General de la Nación, mediante la Circular 04 del 3 de febrero de 2009, recordó a miembros de los Comités de Conciliación la seriedad con la que deben atender los trascendentales asuntos relacionados con la conciliación extrajudicial en materia Contencioso Administrativa, así como la estricta observancia de los principios de la función administrativa. En efecto, señala la circular en mención:

*“El anterior panorama nos convoca a todas las partes involucradas a poner en marcha el mecanismo de la conciliación extrajudicial pero, de manera especial, a los Comités de Conciliación de las entidades públicas que como instancias decisorias deben desplegar acciones encaminadas a: **(i)** combatir la congestión de la administración de justicia; **(ii)** fortalecer a la conciliación como un eficaz mecanismo alternativo de solución de conflictos, especialmente en aquellos casos en que las entidades aparecen*

convocadas o demandadas y existe alta probabilidad de condena en su contra, y (iii) hacer efectiva la protección de los derechos ciudadanos.

(...) tanto los Comités de Conciliación como los representantes legales de las entidades y organismos de derecho público que no tienen la obligación de constituir tal instancia administrativa, deben tratar de darle la mayor importancia al tema de la conciliación extrajudicial como uno de los mecanismos principales de solución de conflictos y proceder a aplicar los principios de la función pública contenidos en el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia, en concordancia con los postulados orientadores que informan las actuaciones administrativas contemplados en el artículo 3° del Código Contencioso Administrativo, en el sentido de tramitar las solicitudes de conciliación que se radiquen en sus sedes administrativas con eficiencia, eficacia, celeridad, transparencia y publicidad.

En cuanto al principio de la eficiencia, siendo la conciliación un mecanismo alternativo de solución de conflictos, autocompositivo, ágil y expedito, se hace necesario que los comités de conciliación y los representantes legales de los entes públicos, dispongan lo pertinente para que los trámites internos, en particular, lo referente al sistema de correspondencia de la respectiva entidad, posibiliten la entrega al comité o a la instancia decisoria correspondiente, en el menor tiempo posible, los documentos para el estudio de cada solicitud de conciliación, la cual debe ser allegada en la fecha en la misma fecha en la que haya sido radicada por el solicitante en sede administrativa.

Igualmente, bajo este mismo principio, se deberá disponer lo necesario para que la elaboración de los conceptos jurídicos y técnicos necesarios para examinar la viabilidad o términos en que se podría suscribir los acuerdos conciliatorios se realicen oportunamente y se presenten al comité o a las representantes legales de las entidades y organismos de derecho público, con la correspondiente ficha o ponencia para la consideración del mismo, de forma tal que éste pueda darle la prioridad que dicho requisito de procedibilidad amerita.

(...) los comités de conciliación y los representantes legales de los entes públicos, deberán analizar con el mayor rigor el precedente jurisprudencial y deberán tener en cuenta las posiciones asumidas por el Consejo de Estado con el fin de visualizar la posible celebración de acuerdos conciliatorios en asuntos contenciosos administrativos, bajo la seguridad de cuál será el resultado del

proceso para las entidades públicas y el beneficio que reportará el uso del referido mecanismo alternativo de solución de conflictos, cada vez que aparezcan, luego de los análisis de los supuestos fácticos y jurídicos de las controversias, altas probabilidades de condena para la entidad de derecho público.

*(...) en relación con el principio de publicidad en materia de conciliación extrajudicial, debe advertirse que las decisiones que se tomen por parte de los comités de conciliación en aquellas entidades que tienen la obligación de constituirlos o por los representantes legales de los órganos de derecho público, cuando las entidades no tienen la obligación de constituirlos, **deberán respetar dicho principio y contar con la suficiente motivación**, con miras a responder a la solicitud contenida en la convocatoria de conciliación impetrada por el particular ante la respectiva entidad pública en los distintos niveles territoriales.”*

Así mismo, señala enfáticamente el Procurador General que “*el Ministerio Público **estará atento y aplicará los correctivos disciplinarios** u ordenará la compulsación de copias para las investigaciones penales y fiscales que resulten pertinentes, cada vez que se encuentre que los comités de conciliación o los representantes legales de las entidades públicas, se abstienen de dar viabilidad a acuerdos conciliatorios que resulten beneficiosos para el patrimonio público y sean respetuosos del ordenamiento jurídico, apoyados en razones ajenas al interés general, por ejemplo cuando busquen evitar que se inicien acciones de repetición o investigaciones disciplinarias contra los jefes, directores, representantes legales o superiores jerárquicos de las respectivas entidades, o cuando pretendan impedir que se afecten rubros presupuestales de la administración de turno, sin consideración a la existencia real de la obligación indemnizatoria”^[679].*

3.3. Conductas de los apoderados que pueden constituir falta disciplinaria.

Tratándose de conciliación extrajudicial en asuntos Contencioso administrativos, desde el momento inicial las partes deben obrar mediante apoderado, que debe ser abogado inscrito. Sobre el particular debe tenerse en cuenta que los abogados que participan en el trámite de la conciliación deben honrar el deber profesional consagrado en el numeral 13 del artículo 28 de la Ley 1123 de 2007, referente a “*prevenir litigios innecesarios, inocuos o fraudulentos y facilitar los mecanismos de solución de conflictos.*”

En consonancia con lo anterior, el artículo 38 de dicha ley dispone:

“Son faltas contra el deber de prevenir litigios y facilitar los mecanismos de solución alternativa de conflictos:

- 1. Promover o fomentar litigios innecesarios, inocuos o fraudulentos.*
- 2. Entorpecer los mecanismos de solución de conflictos con el propósito de obtener un lucro mayor o fomentarlos en su propio beneficio.”*

Abstenerse de conciliar o de presentar fórmulas de conciliación, cuando se presentan los respectivos supuestos fácticos y jurídicos, bien sea por razones de simple capricho o por pensar en sus propios intereses o en obtener mayores honorarios comporta que el apoderado, en últimas, promoverá un litigio innecesario, configurándose así la respectiva falta disciplinaria.

Un caso de la mayor relevancia sobre el particular es el relacionado con la inasistencia injustificada a la audiencia de conciliación toda vez que, efectivamente, tal omisión entorpece la conciliación en tanto mecanismo alternativo de solución de conflictos, al frustrar por completo cualquier posibilidad de lograr un acuerdo.

De manera que, cuando el agente del Ministerio Público considere que alguno de los abogados que participa en el trámite conciliatorio pueda encontrarse incurso en alguno de los supuestos anteriores, debe compulsar las respectivas copias a fin de que se inicien las correspondientes investigaciones disciplinarias, teniendo en cuenta que de conformidad con lo previsto en el artículo 2º de la Ley 1123 de 2007, corresponde al Estado, a través de las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias de los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura, conocer de los procesos que por la comisión de alguna de las faltas previstas en la ley se adelanten contra los abogados en ejercicio de su profesión.

Al respecto pueden ver comprometida su responsabilidad disciplinaria los abogados en ejercicio de su profesión que cumplan con la misión de asesorar, patrocinar y asistir a las personas naturales o jurídicas, tanto de derecho privado como de derecho público, y quienes actúen con licencia provisional. Se entienden cobijados bajo el régimen contemplado en la ley 1123, los abogados que desempeñen funciones públicas relacionadas con dicho ejercicio así como los abogados que en representación de una firma o asociación de abogados suscriban contratos de prestación de servicios profesionales a cualquier título.^[680]

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye, que de conformidad con lo dispuesto en Ley 1367 de 2009, corresponde al respectivo Procurador Judicial compulsar copias cuando considere que hay lugar a investigar conductas disciplinables de los servidores públicos –miembros de los Comités de Conciliación o representantes legales de entes públicos- o de los apoderados que participan en el trámite conciliatorio extrajudicial. Respecto de los primeros, ello puede presentarse, entre otros, en los casos de i) vulneración del núcleo esencial del Derecho de Petición; no motivar de manera expresa, seria y cierta las correspondientes decisiones; negarse arbitrariamente a conciliar o a presentar fórmulas de conciliación; inobservancia de los principios de la Función Administrativa. Respecto de los apoderados cuando se advierta que incurren en las faltas relacionadas con promover litigios innecesarios o con entorpecer los mecanismos de solución de conflictos con el propósito de obtener un lucro mayor o fomentarlos en su propio beneficio.

2.3.6 Solicitud de copias auténticas.

PREGUNTA No. 72

TEMA(S): COPIAS AUTENTICADAS

1.- PREGUNTA.

<p><i>En caso de que el convocante y/o el convocado solicite(n) copias auténticas de documentos que obran en el expediente, ¿cuál es la actuación que se debe realizar por parte del agente del Ministerio Público y ante quién?</i></p>

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none"> • Constitución Política, art. 74; • Código Contencioso Administrativo, arts. 19 y 22; • Decreto 262 de 2000, art. 62; • Circular 0045, expedida por el Procurador General de la Nación el 7 de septiembre de 2005.
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none"> • Corte Constitucional, Sentencia T-473 de 1992.

3. CONSIDERACIONES.

En el ámbito del Derecho Administrativo, la noción de documento público no gira en torno a la persona que lo produce (funcionario público) –como lo es para el Código de Procedimiento Civil- sino de la dependencia que lo posee, produce o controla^[681], es decir, pertenecen a esta categoría todos aquellos documentos que reposen, se hayan producido o estén bajo el control de una entidad pública. Por ende, todos los documentos que reposen en el expediente de la conciliación extrajudicial, son documentos públicos y por lo tanto, de conformidad con los artículos 74 de la Constitución Política^[682] y 19 del Código Contencioso Administrativo^[683], cualquier persona tiene derecho a acceder a los mismos, salvo que sean reservados conforme a la Constitución y la Ley.

Debido a esto, es factible que algún interesado presente ante el Agente del Ministerio Público una petición en donde le solicite copia autenticada de alguno de los documentos que reposan en el expediente de la conciliación extrajudicial. En este evento, el Agente del Ministerio Público, deberá remitir a la Secretaría General^[684] de la Procuraduría General de la Nación, la siguiente información:

- “1. Oficio o solicitud de la autoridad que solicita la autenticación.*
- 2. Oficio de la dependencia donde reposan los documentos con la indicación de:*
 - a) Número de expediente y folios del mismo a autenticar;*
 - b) Relación detallada de folios, indicando a qué cuaderno o anexo pertenecen, si se trata de fotocopia tomada de original o fotocopia simple;*
 - c) Recibo de consignación de conformidad con la resolución interna respectiva;*
 - d) En caso de haberse tomado las fotocopias fuera de la entidad, la manifestación expresa sobre dicha situación”^[685]*

De conformidad con el artículo 22 del Código Contencioso Administrativo, dicha petición deberá resolverse por la autoridad competente, en un término máximo de 10 días. Si en ese lapso no se ha dado respuesta a la petición, se entenderá que la respectiva solicitud ha sido aceptada y en consecuencia, el correspondiente documento será entregado dentro de los 3 días inmediatamente siguientes.

Así mismo, cuando el número de copias sea significativo, el peticionario deberá correr con el costo de las mismas^[686], teniendo en cuenta el valor y lugar de pago que se le señala por la entidad respectiva, en este caso de la Procuraduría General de la Nación.

Desde luego, este procedimiento resulta ser muy dispendioso tanto para la entidad como para el peticionario, pues la Secretaría General es el único órgano competente a nivel nacional para atender dichas peticiones. En consecuencia, sería conveniente que se hicieran las modificaciones a que hubiera lugar, con el fin de desconcentrar dicha función y permitir que los Agentes del Ministerio Público que adelanten el procedimiento conciliatorio prejudicial, puedan expedir las copias autenticadas de los documentos pertenecientes a los expedientes de conocimiento.

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que en caso de que el convocante y/o el convocado soliciten copias auténticas de documentos que obran en el expediente, el Agente del Ministerio Público tendrá que enviar dicha petición a la Secretaría General de la Procuraduría General de la Nación, para que ésta dependencia, en el término máximo de diez (10) días, la resuelva.

2.5.1 Control de legalidad.

PREGUNTA No. 72
TEMA(S): CONCILIACION/CONTROL DE LEGALIDAD

1.- PREGUNTA.

¿El acuerdo conciliatorio tiene control de legalidad?

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none"> • Ley 640 de 2001, artículo 24; • Decreto 1716 de 2009, artículo 12
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none"> • Consejo de Estado, Sentencia de Diciembre 9 de 2004; • Consejo de Estado, Sentencia de 18 de julio de 2007; • Consejo de Estado, Sentencia del 16 de marzo de 2005; • Consejo de Estado, Sentencia del 3 de marzo del 2005; • Consejo de Estado, Sentencia de Marzo 28 de 2007;

- | | |
|--|---|
| | <ul style="list-style-type: none"> • <i>Consejo de Estado, Sentencia del 16 de marzo de 2005;</i> • <i>Consejo de Estado, Sentencia del 4 de noviembre del 2004;</i> • <i>Consejo de Estado, Auto del 5 de octubre de 2000;</i> • <i>Consejo de Estado, Auto del 10 de noviembre de 2000.</i> |
|--|---|

3.- CONSIDERACIONES.

Para resolver el problema jurídico contenido en la pregunta anterior, se abordarán los siguientes temas: *i)* la conciliación extrajudicial en asuntos Contencioso Administrativos siempre es objeto de control judicial, y *ii)* el control judicial del acuerdo conciliatorio como control de legalidad.

3.1. La conciliación extrajudicial en asuntos Contencioso Administrativos siempre es objeto de control judicial.

Como punto de partida trascendental, debe destacarse que en materias propias del Derecho Administrativo, la conciliación es en Derecho. Celebrada entre las partes la conciliación extrajudicial, el Agente del Ministerio Público debe remitir el acta contentiva del acuerdo, en la cual habrá incorporado las consideraciones pertinentes, al juez o Corporación competente *a más tardar* dentro de los tres (3) días siguientes a la realización de la audiencia, con la finalidad de que se verifique el respectivo control de legalidad y, en consecuencia, se apruebe o impruebe el acuerdo al que llegaron las partes^[687].

Tal como se afirmó en respuesta anterior^[688], el control judicial del acuerdo conciliatorio, constituye una característica fundamental de la conciliación extrajudicial en asuntos Contencioso Administrativos, es así como en la Sentencia C-1195 de 2001, la Corte Constitucional destacó que en esta materia, *“el legislador estableció unas condiciones particulares que reducen la posibilidad de afectación del derecho de acceso a la justicia en esta materia. En primer lugar, con el fin de proteger la legalidad y los intereses patrimoniales del Estado, la conciliación administrativa debe ser aprobada judicialmente.”*

Es importante recordar que el proyecto que a la postre se convertiría en la Ley 1285 de 2009, contenía en su artículo 13 un inciso que limitaba el control judicial reduciéndolo sólo a los casos de solicitud expresa por parte del Agente del Ministerio Público. En efecto, el inciso segundo era del siguiente tenor:

“Las conciliaciones judiciales y extrajudiciales únicamente requerirán revisión de la jurisdicción de lo contencioso administrativo cuando así lo solicite y sustente el Ministerio Público, dentro de los tres (3) días siguientes a su celebración. Dicha solicitud sólo será procedente en los casos en que el Ministerio Público considere que los términos de la respectiva conciliación resultan contrarios al ordenamiento vigente o lesivos para el patrimonio público.”

Dicho aparte normativo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional al efectuar el control previo previsto en la Carta para los proyectos de Ley Estatutaria^[689].

En efecto, en la Sentencia C-713 de 2008, se dijo:

“la Corte considera que el inciso 2º del artículo 13 del proyecto vulnera los artículos 228 y 277-7 de la Constitución, en la medida en que pretende reducir a simples eventualidades el control judicial de conciliaciones en materia contencioso administrativa, permitiendo una suerte de escogencia casual y sin ningún tipo de parámetros objetivos defendidos por el Legislador.

Con ello también se pasa inadvertido que en los asuntos de esta naturaleza está involucrado el patrimonio público, de modo que el Congreso debe ser particularmente cauteloso y riguroso en el diseño de mecanismos de control judicial, buscando siempre ampliar las medidas de protección al erario público, en vez de reducirlas como pretende hacerlo la norma bajo examen.

Además, tampoco puede perderse de vista que en muchas ocasiones el acuerdo conciliatorio implica un análisis sobre la legalidad de actos administrativos, asunto que por su naturaleza está reservado a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En este orden de ideas, la Corte declarará la inexecutable del inciso 2º del artículo 13 del proyecto.

8.- Cabe precisar que esta decisión no modifica la regulación actualmente vigente en materia de controles judiciales a la conciliación en asuntos propios de la jurisdicción contencioso administrativa. En consecuencia, conforme a dichas normas, no sólo se debe seguir exigiendo la intervención del Ministerio Público, sino que las actas de conciliación deberán ser aprobadas por el juez competente para conocer de la acción respectiva, lo que de paso salvaguarda el control de legalidad en esta clase de asuntos.”

De lo anterior se desprende que en todos los casos en los cuales las partes efectivamente concilien extrajudicialmente en asuntos contencioso administrativos, el respectivo acuerdo siempre habrá de ser sometido a aprobación por parte del órgano competente de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, aprobación en virtud de la cual cobra el acuerdo todos sus efectos jurídicos.

3.2. El control judicial del acuerdo conciliatorio como control de legalidad.

El control judicial del acuerdo es un control de legalidad, por ello el juez debe verificar que se encuentren todos los requisitos de forma, las pruebas necesarias que sustenten el acuerdo y en general que el acuerdo no vulnere la normatividad jurídica ni el patrimonio público.

Adicionalmente, al juzgador le corresponde verificar si la conciliación “*se ajusta a la ley o lo que es igual, la conciliación en el derecho administrativo (...) como solución alternativa de conflictos, debe estar precedida, conforme el pensamiento uniforme y reiterado de la Sala, de un estudio jurídico comprensivo de las normas jurídicas y de la doctrina y jurisprudencia aplicables al caso, pues al comprometer recursos del erario es claro que su disposición no se puede dejar a la voluntad libérrima de los funcionarios, sino que amerita el cumplimiento de reglas y exigencias muy severas y precisas que impiden el uso de la conciliación para fines no previstos y no queridos por la ley.*”^[690]

En este mismo sentido, el Consejo de Estado ha sostenido que “*las consideraciones para que proceda la conciliación no pueden ser únicamente económicas, de conveniencia o aún políticas, sino jurídicas. Es más, la conciliación no producirá ningún efecto hasta tanto el juez contencioso imparta su aprobación y constituye una carga para el juzgador examinar si el acuerdo logrado eventualmente es violatorio de la ley o resulta lesivo para el patrimonio público; puesto que, si al juez del conocimiento le corresponde observar las limitaciones previstas en la norma, la aprobación de la conciliación está sujeta fundamentalmente a razones legales o jurídicas, de oportunidad y no lesividad para una debida protección del patrimonio público. En efecto, al juzgador no solo le corresponde decidir si ésta produce o no efectos por reunir los requisitos legales (solicitud oportuna, capacidad, competencia, requisitos de forma), sino que le asiste el deber de protección del patrimonio público.*”^[691]

Dado que en la conciliación extrajudicial en materia contencioso administrativa se encuentran involucrados el patrimonio público y el interés público, el Juez Administrativo, en aras de establecer la viabilidad del acuerdo, *“debe extremar esfuerzos para constatar que los elementos probatorios con que pretende demostrarse la existencia del derecho reclamado resultan idóneos y suficientes para ese fin, sin que tal ejercicio constituya una indebida intromisión frente a la voluntad expresada por las partes.”*^[692]

De otra parte, en aquellos eventos en los cuales la conciliación versa sobre los efectos económicos de un acto administrativo, el control de legalidad implica, necesariamente, el estudio de las causales de revocatoria directa contempladas en el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, de todas ellas, tal como lo ha sostenido el Consejo de Estado, al señalar que *“la verificación de legalidad a cargo del juez administrativo, implica que desde su perspectiva las causales del artículo 69 del C.C.A. aplicadas al proceso conciliatorio, tienen todas el carácter de juicio de legalidad, por lo que la exigencia de alta probabilidad de condena también resulta aplicable a este caso, no obstante invocarse una causal de “conveniencia.”*^[693]

Es importante resaltar que el control judicial de legalidad del acuerdo *“en modo alguno supone por parte de esta instancia un pre-juzgamiento, sino que su tarea se circunscribe a la revisión del acuerdo conciliatorio en orden a verificar su entera sujeción al ordenamiento jurídico. La conciliación supone, entonces, que la solución adoptada por las partes para poner fin al litigio sea ajustada a derecho, y si no es así el juez tiene la obligación de improbarla.”*^[694]

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto, se concluye que el acuerdo conciliatorio extrajudicial celebrado por las partes ante el Agente del Ministerio Público, se encuentra siempre sometido al control judicial de legalidad por parte de los órganos competentes de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, control que, en esta materia, resulta ser de la esencia misma del mecanismo alternativo de solución de conflictos, al ser en Derecho e involucrar el interés público y el patrimonio público.

2.5.2 Competencia judicial.

PREGUNTA No. 73

TEMA(S): COMPETENCIA JUDICIAL

1.- PREGUNTA.

¿Cómo se determina la competencia judicial para efectos de la aprobación del acuerdo conciliatorio?

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• <i>Ley 640 de 2001</i>, artículo 24;• <i>Decreto 1716 de 2009</i>, artículo 12• <i>Código Contencioso Administrativo</i>, artículos 132, 134B, 134D, 134E;
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none">• <i>Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 27 de enero de 2005, exp. 27.457.</i>

3.- CONSIDERACIONES.

Las actas contentivas de acuerdos conciliatorios extrajudiciales deben ser remitidas para su aprobación *al Juez o Corporación que fuere competente para conocer de la acción judicial respectiva*^[695], a fin de que efectúe el respectivo control de legalidad.

Para efectos de determinar la competencia para la verificación del control judicial de los acuerdos conciliatorios de carácter extrajudicial, al interior de los órganos que integran la Jurisdicción Contencioso Administrativa, deben tenerse en consideración *i)* la acción que eventualmente se ejercería; *ii)* la competencia en razón de la cuantía; y *iii)* la competencia en razón del territorio.

3.1. La acción que eventualmente se ejercería.

El primer elemento a tener en cuenta es el relacionado con la acción que eventualmente se ejercería en caso de que el acuerdo no resulte aprobado. Por el Juez o Corporación correspondiente.

Lo anterior por cuanto la distribución de competencia prevista en el C.C.A., toma como punto de partida el factor relacionado con la naturaleza del asunto, tal como se puede advertir en los artículos 134B, respecto de los asuntos atribuidos a los jueces administrativos en primera instancia, y 132 que determina los asuntos asignados a los tribunales administrativos en primera instancia, en cuyos literales se hace expresa referencia, en cuanto interesa para efectos de la presente respuesta, a asuntos de nulidad y restablecimiento del derecho, asuntos referentes a contratos de las entidades estatales, reparación directa, repetición.

Es por ello, entre otras razones, que resulta de la mayor importancia que el convocante determine con precisión y desde el primer momento, esto es, desde la misma solicitud de conciliación, cual es la acción que ejercería^[696].

El Decreto 1716 de 2009, en su artículo 6°, establece los requisitos que debe contener la petición de conciliación, entre los cuales, en el literal e) se hace referencia a *la indicación de la acción contencioso administrativa que se ejercería*, indicación que, una vez celebrado el acuerdo será la pauta para establecer la competencia por la naturaleza del asunto, para efectos del respectivo control judicial.

En fin, debe tenerse en cuenta que en algunas ocasiones se conjugan la naturaleza del asunto con el factor subjetivo. A manera de ejemplo puede citarse el artículo 128 del C.C.A., en cuyo numeral 12, se atribuye al Consejo de Estado el conocimiento privativo y en única instancia de las acciones de repetición –y, desde luego, de la aprobación de los correspondientes acuerdos conciliatorios extrajudiciales- que el Estado ejerza contra el Presidente de la República, senadores, representantes, ministros del despacho, directores de departamento administrativo, entre otros.

Por último, debe precisarse que en ciertas oportunidades no resulta sencillo determinar cuál es la acción a seguir, debido a que la jurisprudencia no es pacífica en torno al tema o ha sufrido cambios. Tal el caso de los actos de contenido mixto, de los actos administrativos válidos que se ejecutan sin haber sido notificados al interesado^[697], de la mora en el pago de prestaciones^[698] y de los contratos de prestación de servicios^[699], cuando se alega violación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de la relación laboral.

En todos estos eventos se considera que lo más viable para garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia, es darle curso a la conciliación y dejar que en últimas sea el juez contencioso, al momento de aprobarla o improbarla, quien decida.

3.2. La competencia en razón de la cuantía.

El segundo factor a tener en cuenta para efectos de determinar la competencia, es el relacionado con la cuantía. Según lo previsto en el artículo 134E del Código Contencioso Administrativo, para efectos de competencia, la cuantía se determina:

“(...) por el valor de la multa impuesta o de los perjuicios causados, según la estimación razonada hecha por el actor en la demanda. Sin embargo, en asuntos de carácter tributario, la cuantía se establecerá por el valor de la suma discutida por concepto de impuestos, tasas, contribuciones y sanciones. Para los efectos aquí contemplados, se aplicarán las reglas de los numerales 1 y 2 del artículo 20 del Código de Procedimiento Civil.[700]

En las acciones de nulidad y restablecimiento no podrá prescindirse de la estimación razonada de la cuantía, so pretexto de renunciar al restablecimiento.

Para efectos laborales, la cuantía se determinará por el valor de las pretensiones al tiempo de la demanda, sin tomar en cuenta los frutos, intereses, multas o perjuicios reclamados, excepto cuando se reclame el pago de prestaciones periódicas de término indefinido, como pensiones, en cuyo caso se determinará por el valor de lo que se pretenda por tal concepto desde cuando se causaron y hasta la presentación de la demanda, sin pasar de tres (3) años.”

Sin embargo, para efectos del control de legalidad de las conciliaciones extrajudiciales, la norma transcrita no resulta aplicable, tal como lo ha venido sosteniendo la jurisprudencia del Consejo de Estado en forma pacífica y reiterada a partir del Auto de 27 de enero de 2005, de la Sección Tercera del Consejo de Estado, emitido dentro del expediente 15001-23-31-000-2003-01254-01(27457).

En la referida providencia se adoptó, para efectos de la determinación de la cuantía como factor de competencia para el control judicial de las conciliaciones extrajudiciales, precisamente, el valor de lo conciliado, dejando de lado criterio diferente como el relacionado con el valor contenido en la solicitud de conciliación.

Debe tenerse en cuenta que si bien la normatividad actualmente vigente impone como requisito de la solicitud de conciliación “*la estimación razonada de la cuantía de las aspiraciones*”^[701], este aspecto resulta caracterizado por una importante carga subjetiva, siendo práctica usual – mas no afortunada- en el medio colombiano que se presenten en ese primer momento unas cifras infladas que se van decantando a medida que avanzan los acercamientos propios de la conciliación; de otra parte el Agente del

Ministerio Público no cuenta con instrumentos que le permitan rechazar o inadmitir la solicitud por considerar que la cuantía presentada por el convocante en la solicitud resulta elevada. Sin embargo, es importante precisar que si en la audiencia de conciliación dicho agente estima que el acuerdo resulta inflado o arbitrario en cuanto a su monto, debe dejar, expresamente, la respectiva consideración en el acta, para efectos de que el juez la analice al momento de realizar el respectivo control judicial.

Es por ello que la posición adoptada por el Consejo de Estado en el mencionado Auto de 27 de enero de 2005 comporta una solución plausible al problema planteado, pues toma un punto de referencia más adecuado como es el valor de lo conciliado, facilitando así, notablemente, la determinación del órgano de la Jurisdicción Contenciosa competente para aprobar o improbar el acuerdo.

En la importante decisión, mediante la cual se unificaron los criterios encontrados utilizados hasta ese momento, sostuvo la Corporación:

“El acuerdo consignado en el acta, que es, se reitera, el que se somete a la aprobación de la jurisdicción contenciosa, es el valor que la parte interesada ha aceptado como límite de sus pretensiones, con el fin de solucionar de la manera más expedita su diferencia con la entidad estatal y es ese mismo, el límite que la entidad ha aceptado deber. En otros términos, no es el valor de la petición que se formula ante el Ministerio Público el que define el interés de las partes y que se somete a la decisión del juez.

(...) Conviene tener claro que la solicitud de conciliación prejudicial no es una demanda y en ese trámite no existe una demanda, entendiendo como tal la solicitud que se formula al juez con el fin de que profiera una decisión, con efectos de cosa juzgada, pues en la conciliación prejudicial que se surte ante el Ministerio Público, éste sólo puede mediar para que se logre un acuerdo y declarar que éste se produjo, cuando en efecto así suceda, pero no tiene potestad para solucionar el conflicto al margen de la voluntad de las partes y el juez circunscribe la revisión del acuerdo al valor convenido por las partes, sin que le sea dado, en uso del arbitrio judicial, modificar la suma convenida para adecuarla a la cuantía señalada en la petición, como quiera que el sustrato de la conciliación es la voluntad de las partes, expresada en ejercicio de su libre autonomía, y al juez sólo se le asigna la función de aprobar o improbar el acuerdo, sin modificación alguna.

Por lo tanto, en relación con los autos que aprueben o imprueben la conciliación no hay lugar a aplicar lo dispuesto en el artículo 134 E del Código Contencioso Administrativo, que fue adicionado por el artículo 43 de la ley 446 de 1998, en cuanto establece que para efectos de establecer la competencia, la cuantía se determinará por el valor de los perjuicios causados, según la estimación razonada hecha por el actor en la demanda.

*La Sala clarifica así su criterio jurisprudencial, ya que en oportunidades anteriores, para efectos de establecer la competencia en razón de la cuantía, en relación con los autos que decidan sobre la conciliación prejudicial, se tuvo en cuenta, en unas oportunidades **el valor de lo conciliado y en otras el valor de la petición, para establecer como nuevo criterio que siempre será aquél el factor que permitirá determinar la competencia en razón de la cuantía en relación con los autos que aprueban o imprueban las conciliaciones prejudiciales realizadas por las partes ante el Ministerio Público, en asuntos de competencia de esta jurisdicción.***

Cabe señalar que en cada caso la determinación de la cuantía debe tener en cuenta si a través del acuerdo se dio solución a las reclamaciones de varias personas, y si a su vez cada una de ellas satisfizo varias reclamaciones, evento en el cual la cuantía se determinará para cada una de ellas. Igualmente, el tema debe consultar la naturaleza de la acción que se hubiera intentado para la formulación de la reclamación”¹⁷⁰².

Así mismo, la cuantía del acuerdo determinará si el trámite de aprobación judicial de la conciliación es de única o doble instancia, para efectos de la eventual procedencia del recurso de apelación contra la respectiva decisión, toda vez que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 181-5 del C.C.A., el auto *que apruebe o impruebe conciliaciones prejudiciales* es apelable, desde luego cuando es proferido en el curso de la primera instancia.

3.3. La competencia en razón del territorio.

Finalmente, ha de verificarse el factor territorial, a fin de determinar a cual de los jueces o tribunales corresponde el conocimiento del respectivo asunto.

Las reglas sobre el particular se encuentran contenidas en el artículo 134 D del C.C.A., de cuyo texto se extraen los siguientes apartes que resultan pertinentes respecto de los asuntos que pueden ser objeto de conciliación extrajudicial:

“1. Por regla general, la competencia territorial se determinará por el lugar de ubicación de la sede de la entidad demandada o por el domicilio del particular demandado.

2. En los asuntos del orden nacional se observarán las siguientes reglas:

(...)

b) En los de nulidad y restablecimiento se determinará por el lugar donde se expidió el acto, o en el del domicilio del demandante, siempre y cuando que la entidad demandada tenga oficina en dicho lugar⁷⁰³;

c) En los asuntos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral se determinará por el último lugar donde se prestaron o debieron prestarse los servicios;

d) En los contractuales ... se determinará por el lugar donde se ejecutó o debió ejecutarse el contrato. Si éste comprendiere varios departamentos será tribunal competente a prevención el que elija el demandante;

(...)

f) En los de reparación directa se determinará por el lugar donde se produjeron los hechos, las omisiones o las operaciones administrativas;

(...)

h) En los casos de imposición de sanciones, la competencia se determinará por el lugar donde se realizó el acto o el hecho que dio origen a la sanción.”

Así mismo, de conformidad con lo previsto en el artículo 134 del C.C.A., en los asuntos asignados a los tribunales administrativos en los cuales sea parte actora la Nación o una entidad del orden nacional, la competencia por razón del territorio se determina por el domicilio del demandado.

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto, se concluye que la competencia para el control judicial de los acuerdos conciliatorios por parte de los distintos órganos que conforman la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se determina por la conjunción de diferentes factores como la acción que eventualmente ejercería el convocante, el valor de lo conciliado –el cual se emplea para efectos de la determinación de la cuantía, de conformidad con el criterio adoptado por la Sección Tercera del Consejo de Estado a partir del Auto del 27 de enero de 2005, Radicación: 15001-23-31-000-2003-01254-01(27457), Consejera Ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO-, y el factor territorial.

2.5.3 parámetros que tiene en cuenta el juez.

PREGUNTA No. 74

TEMA(S): APROBACION DEL ACUERDO CONCILIATORIO
--

1.- PREGUNTA.

<i>¿Cuáles son los parámetros que tiene en cuenta el juez administrativo para aprobar o no un acuerdo conciliatorio?</i>

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• <u>Decreto 1716 de 2009, artículo 12</u>• <u>Ley 640 del 2001, artículo 24;</u>• <u>Ley 446 de 1998, artículo 73;</u>
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none">• <i>Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 21 de febrero de 2007;</i>

3.- CONSIDERACIONES.

El acuerdo extrajudicial al que lleguen las partes se somete a control judicial y, para tal efecto, el acta que lo contenga se envía al Juez o Corporación competente, para que *imparta su aprobación o improbación.*^[704]

El artículo 73 de la ley 446 de 1998 establece que la autoridad judicial ha de improbar el acuerdo conciliatorio sometido a su control, *cuando no se hayan presentado las pruebas necesarias para ello, sea violatorio de la ley o resulte lesivo para el patrimonio público.*

Siguiendo los lineamientos normativos expuestos, puede afirmarse, en aras de claridad y precisión, que se presentan unos *i)* parámetros generales que deben tenerse en cuenta al realizar el control judicial de legalidad del acuerdo conciliatorio extrajudicial y *ii)* unos parámetros especiales adicionales que deben verificarse cuando se trata de conciliación extrajudicial respecto de los efectos económicos de un acto administrativo de carácter particular.

3.1. Parámetros generales que deben tenerse en cuenta al realizar el control judicial de legalidad del acuerdo conciliatorio extrajudicial

Los parámetros jurídicos que deben ser objeto de verificación siempre que se realice el control judicial de legalidad de un acuerdo conciliatorio extrajudicial, son, de conformidad con la normatividad aplicable vigente, los siguientes:

i) Si el correspondiente asunto es, efectivamente, conciliable.

Al respecto es importante traer a colación que la conciliación extrajudicial sólo resulta jurídicamente viable para las entidades públicas y las personas privadas que desempeñen funciones públicas, respecto de aquellos asuntos que sean susceptibles de transacción, desistimiento o conciliación^[705]; de carácter particular y contenido económico^[706], de los cuales pueda conocer la Jurisdicción Contenciosa mediante las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del C.C.A., siempre que la conciliación no se encuentre legalmente prohibida –como lo está en el caso de los conflictos de carácter tributario–.

ii) Si las partes se encuentran debidamente representadas.

Sobre el particular resulta necesario verificar además de los documentos respectivos que acrediten la representación, que las partes obren por medio de apoderado, quien deberá ser abogado y contar con poder debidamente conferido, debidamente con facultad expresa para conciliar.

iii) Si la decisión de conciliar manifestada por el correspondiente apoderado cuenta con sustento debidamente acreditado.

Esto es, ha de verificarse si obra decisión favorable del respectivo Comité de Conciliación, cuando a ello hubiere lugar^[707] -copia auténtica del acta o certificación al efecto-, o, en su defecto, del representante legal de la respectiva entidad pública –*certificado que contenga la decisión tomada por la entidad*^[708]–.

iv) Si no ha operado la caducidad de la acción que eventualmente se ejercería.

Al respecto debe destacarse y reiterarse que, tal como lo ordena el párrafo segundo del artículo 81 de la Ley 446 de 1998 y el párrafo primero del artículo 2° del Decreto 1716 de 2009, en materia Contencioso Administrativa no hay lugar a conciliación cuando la correspondiente acción se encuentre caducada.

v) Si se han presentado las pruebas necesarias para soportar la conciliación.

Lo anterior por cuanto el acuerdo conciliatorio solamente puede ser aprobado si el juez advierte que los supuestos fácticos y jurídicos en los cuales se funda el reconocimiento patrimonial, se encuentran debidamente acreditados.

vi) Si el acuerdo resulta, o no, lesivo para el patrimonio público.

En relación con el patrimonio público se destaca que es un concepto jurídico indeterminado, que se encuentra consagrado como un derecho colectivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 88 de la Constitución Política^[709] y que tal como se establece en el artículo 277-7 de la Carta, el Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tiene la función de intervenir en su defensa ante las autoridades judiciales –para lo cual el agente del Ministerio Público incorpora en el acta de conciliación, con destino al juez, las consideraciones a que haya lugar- o administrativas –para lo cual puede solicitar a los Comités de Conciliación la reconsideración de las decisiones que considere afectan el patrimonio público-.

Acerca del alcance y contenido del concepto de *patrimonio público*, la jurisprudencia ha sostenido:

“Aprovecha la Sala esta oportunidad para señalar que el alcance de la noción de patrimonio público, prevista en el artículo 4 de la Ley 472, naturalmente incluye los bienes inmateriales y los derechos e intereses que no son susceptibles de propiedad por parte del Estado, pues existen eventos en que él mismo es el ‘sujeto’ llamado -a un título distinto de propiedad-, a utilizarlos, usarlos, usufructuarlos, explotarlos, concederlos y, principalmente, a defenderlos.

Tal es el caso del territorio nacional -del cual forman parte, entre otros, el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental, el espacio aéreo, el segmento de la órbita geostacionaria-, respecto del cual en la doctrina del Derecho Internacional se ha admitido la titularidad de un ‘dominio eminente’ por parte del Estado, sin que dicha noción corresponda o pueda confundirse con la de propiedad.

Igual criterio puede adoptarse en relación con el patrimonio histórico o cultural de la Nación colombiana a cuyo goce tiene derecho la colectividad y que, por tratarse de un derecho general que hace parte del patrimonio de la comunidad, puede ser susceptible de protección mediante las acciones populares, sin que necesariamente, respecto de los mismos, pueda consolidarse propiedad alguna por parte del Estado o de sus diversas entidades. Es por ello que al concepto de patrimonio público, en cuanto integrador de un derecho cuya titularidad corresponde a la colectividad, debe reconocérsele el alcance amplio que legalmente le corresponde, sin limitación alguna, incorporando en él tanto los bienes, derechos e intereses de los cuales sea titular el Estado o las entidades que lo conforman, como el conjunto de bienes, derechos e

intereses de los cuales es titular la colectividad en general, lo cual no significa, en modo alguno, que los derechos que tienen identidad propia y que como tales constituyen objeto de tutela jurídica vayan a perder su individualidad y su posibilidad de ser protegidos de manera autónoma, por la sola consideración de formar parte integrante de aquél.”^[710]

Siempre que el juez administrativo encuentre que un acuerdo resulta lesivo para el patrimonio público, entendido el concepto con la amplitud expuesta, deberá proceder a su improbación.

vii) Si el acuerdo resulta, o no, violatorio de la ley.

Tal como se mencionó, el artículo 73 de la Ley 446 determina que la autoridad judicial ha de improbar el acuerdo conciliatorio sometido a su control, cuando encuentre que resulta violatorio de la ley.

Sobre el particular debe destacarse que el término *ley*, ha de ser entendido, para efectos de la cabal interpretación de la norma en comento, en su sentido amplio, esto es referido en general a la normatividad aplicable vigente, de manera que si un determinado acuerdo resulta lesivo de un Decreto Reglamentario o de la Constitución misma, desde luego, no puede ser válidamente aprobado.

Al analizar este parámetro, el juez ha de verificar si el objeto del acuerdo ha sido redactado de manera clara, precisa y jurídicamente adecuada, de tal forma que una vez aprobado, emanen de él obligaciones claras y expresas.

3.2. Parámetros especiales adicionales que deben verificarse cuando se trate de conciliación extrajudicial respecto de los efectos económicos de un acto administrativo particular.

Además de los parámetros anteriormente expuesto, cuando se trate de conciliación extrajudicial respecto de los efectos económicos de un acto administrativo de carácter particular y concreto, el juez o Corporación que realice el respectivo control judicial, ha de verificar:

viii) Si se encuentra debidamente agotada la vía gubernativa.

El artículo 81 de la Ley 446 de 1998 y el parágrafo 3° del artículo 2° del Decreto 1716 de 2009, establecen que la conciliación extrajudicial sólo es jurídicamente procedente cuando la vía gubernativa estuviere debidamente agotada.

Tal como se expuso en respuesta anterior^[711], de conformidad con lo dispuesto en los artículos 62, 63 y 135 del C.C.A., el requisito de procedibilidad denominado agotamiento de la vía gubernativa se entiende cumplido en los siguientes eventos:

- Cuando contra el respectivo acto administrativo no proceda ningún recurso;
- Cuando los recursos -de reposición y/o el obligatorio de apelación- interpuestos se hayan decidido;

- Cuando el acto administrativo quede en firme por no haber sido interpuestos los recursos facultativos de reposición y queja;
- Cuando ocurre el silencio administrativo negativo en relación con la petición inicial;
- Cuando la Administración no hubiere dado oportunidad de interponer los recursos procedentes.

ix) Si se presenta alguna de las causales de revocatoria directa.

El artículo 71 de la Ley 446 de 1998 y el artículo 9º, numeral 3, inciso segundo del Decreto 1716 de 2009, prevén que cuando se trata de conciliación respecto de los efectos económicos de un acta administrativo particular, se requiere que el acto se encuentre incurso en alguna de las causales de revocatoria directa previstas en el artículo 69 del C.C.A., *evento en el cual, una vez aprobada la conciliación, se entenderá revocado el acto y sustituido por el acuerdo logrado.*

Dichas causales pueden analizarse todas desde la perspectiva del control de legalidad y se refieren a la manifiesta oposición a la Constitución o a la ley, a la inconformidad del acto con el interés público y a la causación, con el acto, de agravio injustificado a una persona.

Finalmente, es importante precisar que, de una parte, el auto mediante el cual se apruebe la conciliación no es susceptible del grado jurisdiccional de consulta^[712] y, de otro lado, que contra el auto que *i)* apruebe o *ii)* impruebe el acuerdo conciliatorio, en asuntos de doble instancia, procede el recurso de apelación^[713], destacando que, en el primer caso el recurso solamente puede ser interpuesto por el respectivo agente del Ministerio Público, mientras que en el segundo evento, el recurso puede ser interpuesto tanto por las partes como por el mencionado agente.

Ha de tenerse en cuenta que para establecer si el auto que decide sobre la aprobación o improbación de la conciliación extrajudicial es proferido en una actuación de única o de doble instancia, *“deberá tenerse en cuenta el valor de lo conciliado y no la cuantía señalada en la solicitud que con tal fin es formulada ante el funcionario que hace las veces de Ministerio Público del tribunal administrativo, a cuyo cargo está la aprobación de la conciliación.”*^[714]

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que el Juez o Tribunal Administrativo para efectos de aprobar, o no, un acuerdo conciliatorio

extrajudicial, ha de verificar los siguientes parámetros generales: si el correspondiente asunto es conciliable; si las partes se encuentran debidamente representadas; si la decisión de conciliar manifestada por el correspondiente apoderado cuenta con sustento debidamente acreditado; si no ha operado la caducidad de la acción que eventualmente se ejercería; si se han presentado las pruebas necesarias para soportar la conciliación; si el acuerdo resulta, o no, lesivo para el patrimonio público; y si el acuerdo resulta, o no, violatorio de la ley.

2.5.4 Efectos del acuerdo conciliatorio aprobado.

PREGUNTA No. 75

TEMA(S): EFECTOS DEL ACUERDO CONCILIATORIO APROBADO.

1.- PREGUNTA.

¿Cuáles son los efectos del acuerdo conciliatorio aprobado judicialmente?

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none"> • Ley 446 del 2008, artículo 66 • Decreto 1716 de 2009, artículo 13 • Código Contencioso Administrativo, artículo 177
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none"> • CONSEJO DE ESTADO, Sección Primera. 19 de marzo de 2009, Radicación número: 11001-03-24-000-2004-00203-01; • Corte Constitucional, Sentencia C-188 de 1999.
Marco Doctrinal	<ul style="list-style-type: none"> • Juan Ángel Palacio Hincapié, <i>La conciliación en materia Contenciosa Administrativa</i>; • Pedro Pablo Cardona Galeano, <i>Manual de Derecho Procesal Civil</i>.

3.- CONSIDERACIONES.

El acuerdo conciliatorio celebrado entre las partes ante el agente del Ministerio Público y debidamente aprobado por el órgano competente de la Jurisdicción ContenciosoAdministrativa, comporta dos efectos principales,

que se abordan a continuación: de una parte, *i*) hace tránsito a cosa juzgada y, de otro lado, *ii*) presta mérito ejecutivo.

3.1. El acuerdo conciliatorio debidamente aprobado por el órgano competente de la Jurisdicción Contencioso Administrativa hace tránsito a cosa juzgada.

La Ley 446 de 1998 en su artículo 66 determina que el *acuerdo conciliatorio hace tránsito a cosa juzgada*. En este mismo sentido el Decreto 1716 del 2009, en su artículo 13, establece que el acta contentiva del acuerdo conciliatorio, total o parcial, adelantado ante el respectivo agente del Ministerio Público junto con el correspondiente auto aprobatorio debidamente ejecutoriado, *tendrán efecto de cosa juzgada*.

Se tiene así, que el efecto de cosa juzgada sólo se genera con la aprobación del acuerdo conciliatorio por parte del juez o tribunal administrativo.^[715] En efecto, el *iter* que comienza con la presentación de la petición de conciliación, primero ante el convocado y luego ante el Ministerio Público, continúa con la celebración de la audiencia de conciliación, diligencia en la cual las partes, con el acompañamiento activo del conciliador, pueden llevar a convenir un acuerdo que, sin embargo, aún no ha nacido a la vida jurídica pues requiere de un paso adicional y trascendental como resulta ser el control judicial de legalidad, por tanto, solo una vez aprobado el acuerdo conciliatorio por parte del órgano competente de la Jurisdicción Contenciosa y encontrándose debidamente ejecutoriada la correspondiente providencia, el acuerdo cobra existencia y eficacia jurídica y, por tanto, genera los efectos legalmente previstos. Pero si, por el contrario, no se recorre a plenitud la integridad del *iter*, sencillamente resulta malogrado cualquier acercamiento que pudiere haberse presentado entre las partes, quedando en posición jurídica exactamente igual a la que se presentaba antes de que la solicitud hubiese sido presentada, salvo, desde luego, en lo que respecta al cumplimiento del requisito de procedibilidad, quedando el convocante en libertad de tomar los rumbos que estime pertinentes.

El profesor Hernando Devis Echandia, en su clásica obra de Derecho Procesal, define la cosa juzgada como “*la calidad inmutable y definitiva que la ley le otorga a las sentencias, en cuanto declara la voluntad del estado, contenida en la norma legal que aplica en el caso en concreto.*”^[716] Tratándose de la aprobación judicial del acuerdo conciliatorio extrajudicial, aunque la providencia que lo determine sea propiamente un auto y no una sentencia, igualmente resulta predicable la calidad inmutable y definitiva y, en consecuencia, al conflicto resulta así solucionado para todos los efectos a que haya lugar, de manera inalterable y permanente, vale decir tal como si hubiese sido definido tras un largo, dispendioso, costoso e incierto^[717] proceso contencioso administrativo.

Sobre el particular el Consejo de Estado ha destacado que “*la cosa juzgada que se le atribuye a la conciliación es tanto formal como sustancial, pues no se hace distinción alguna. Dicho de otra forma, lo acordado por las partes en las condiciones señaladas por la ley hace tránsito a cosa juzgada plena, debiéndose tener entonces que lo acordado o conciliado no es susceptible ni de recurso ni de modificación o mutación mediante un nuevo mecanismo procesal, salvo la situación de terceros directa e inmediatamente interesados en el asunto que no tuvieron la oportunidad de intervenir en la conciliación*”.

Agrega la Corporación en la misma providencia:

*“En ese orden, cabe decir que la conciliación y su correspondiente acta es equivalente o tiene la misma fuerza de una sentencia que ha hecho tránsito a cosa juzgada plena respecto del asunto o diferencias objeto del acuerdo conciliatorio; de modo que **cuando la ley señala que la conciliación tiene fuerza de cosa juzgada está diciendo que tiene materialmente fuerza de sentencia incontrovertible e irrevisable**; pues las partes no pueden plantear o formular litigio sobre lo ya acordado, sino que lo que les está dado después del acuerdo es promover acción ejecutiva en caso de incumplimiento de alguna de las partes. La cosa juzgada es entonces respecto de las obligaciones que adquieren y derechos que se reconozcan mutuamente”.*^[718]

Por otro lado, la fuerza vinculatoria del acuerdo se limita, desde luego, a quienes fueron parte o intervinieron directamente en la celebración del acuerdo que fue, a la postre, judicialmente aprobado, tal es el efecto relativo de la cosa juzgada que la legislación aceptan como norma general y que solo tienen limitadas excepciones para los casos en que expresamente la ley otorga valor *erga omnes*^[719] a las decisiones judiciales.

3.2. El acta contentiva del acuerdo conciliatorio y el correspondiente auto aprobatorio debidamente ejecutoriado prestan mérito ejecutivo.

Tal como se prevé en el artículo 66 de la Ley 446 de 1998, el acta contentiva del acuerdo conciliatorio celebrado ante el agente del Ministerio Público, junto con el correspondiente auto aprobatorio de la conciliación extrajudicial, debidamente ejecutoriado, prestan mérito ejecutivo^[720], esto es se le atribuye la suficiencia e idoneidad jurídicas necesarias para exigir el cumplimiento forzado de las obligaciones respectivas.

La Corte Constitucional, en Sentencia C-188 de 1999, sostuvo sobre el particular, que:

“Debe entenderse que al momento de conciliar, y por tanto en lo relacionado con el cumplimiento del acuerdo, las partes del mismo se encuentran en pie de igualdad. No es posible encontrar en esa relación jurídica una preeminencia del Estado ni ha de prestarse ella para establecer cláusulas exorbitantes. Estamos en presencia de conflictos que bien podrían resolverse por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, también en un plano de igualdad, pero que, con arreglo a las normas de las leyes 23 de 1991 y 446 de 1998, admite el mutuo acuerdo con miras a obtener con prontitud y con economía procesal y material los resultados de una solución conciliada.

Lo que se espera de este como de cualquier acuerdo, en especial cuando se trata de asuntos de contenido pecuniario, es el cabal y exacto cumplimiento de los obligados en virtud del mismo. Las partes pueden convenir plazos para que dentro de ellos tengan lugar las distintas prestaciones pactadas, y en razón de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda en el contexto de una economía inflacionaria, es lógico que acuerden intereses durante dichos plazos, es decir corrientes, y que asuman a plenitud el compromiso de pagar intereses de mora cuando, vencidos los términos, no se hubiere pagado lo debido

(...) Para la Corte es claro que el principio de igualdad y la equidad imponen que en estos casos las dos partes reciban igual trato, sin que se justifique en modo alguno que mientras el Estado cobra a los contribuyentes intereses moratorios cuando ellos no pagan a tiempo los impuestos, y ello a partir del primer día de retardo en el pago, las obligaciones en mora a cargo del Estado deban forzosamente permanecer libres de la obligación de cancelar dichos réditos durante seis meses, con notorio perjuicio para los particulares que han debido recibir oportunamente los recursos pactados. Durante ese tiempo, el dinero no recibido por el acreedor pierde poder adquisitivo y no existe razón válida para que esa pérdida la deba soportar el particular y no el Estado, que incumple.”^[721]

Se tiene así que, en principio corresponde a las partes incorporar en el acuerdo respectivo las circunstancias de tiempo y lugar en las cuales se realizará el pago respectivo y, desde luego se ha de partir de la total y sincera disposición de ellas para honrar cabalmente el acuerdo que libre y voluntariamente han confeccionado.

Para garantizar lo anterior, la ley ha dotado de mérito ejecutivo al acuerdo conciliatorio aprobado, de manera que resulta jurídicamente viable su cumplimiento forzado y, además, en aquellos eventos en los cuales la entidad pública no proceda al cumplimiento oportuno de lo acordado, ha de reconocer y pagar los respectivos intereses.

Sin embargo, resulta oportuno precisar que los respectivos beneficiarios cuentan, desde luego, con la carga de acudir ante la entidad responsable de hacer efectivo el cumplimiento del acuerdo en los términos de la providencia aprobatoria, aportando la documentación exigida para el efecto y si no lo hacen dentro de los seis (6) meses contados a partir de la ejecutoria de la providencia que apruebe la conciliación extrajudicial, *“cesará la causación de intereses de todo tipo desde entonces hasta cuando se presentare la solicitud en legal forma”*.^[722]

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que el acuerdo conciliatorio adelantado ante el agente del Ministerio Público y debidamente aprobado por el juez o tribunal Contencioso Administrativo, a partir de la ejecutoria de la respectiva providencia hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo, tal como lo consagran los artículos 66 de la Ley 446 y 13 del Decreto 1716 del 2009.

4. LAS ACCIONES CONTENCIOSAS.

4.1 ACCION D ENULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

PREGUNTA No. 76
TEMA(S): ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

1.- PREGUNTA.

<i>¿Procede la conciliación extrajudicial cuando la acción que se intentaría sería la de nulidad y restablecimiento del derecho?</i>

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• C.C.A., artículos 62, 69, 85 y 135;• Ley 1285 de 2009, artículo 13
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none">• Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 2008;• Corte Constitucional, Sentencia C-199 de 1997;• Consejo de Estado, Sección Tercera, 16 de marzo de 2005, Radicación número: 25000-23-26-000-2002-01216-01(27921)A.

3.- CONSIDERACIONES.

Para resolver el problema jurídico contenido en la pregunta anterior, se abordarán los siguientes temas *i)* configuración de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; *ii)* evolución normativa respecto de procedencia de la conciliación extrajudicial en acciones de nulidad y restablecimiento del derecho y *iii)* requisitos específicos para la procedencia de la conciliación extrajudicial cuando la acción que se ejercería sea la de nulidad y restablecimiento del derecho.

3.1. Configuración de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

La acción de nulidad y restablecimiento del derecho es un contencioso subjetivo, de conocimiento exclusivo de la Jurisdicción Contencioso Administrativa^[723], que se tramita mediante el procedimiento ordinario^[724] y en virtud del cual *“[t]oda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pago indebidamente.”*^[725]

El Consejo de Estado ha sostenido que el contencioso subjetivo consagrado en el artículo 85 del C.C.A., tiene dos finalidades esenciales: la primera, consistente en restaurar el ordenamiento jurídico trasgredido con ocasión del acto administrativo impugnado y la segunda, relacionada con *“obtener la reparación de un derecho de orden subjetivo vulnerado por el acto censurado”*.^[726]

La jurisprudencia constitucional se ha ocupado de precisar la características principales de esta acción y su diferencia con el contencioso objetivo de nulidad, consagrado en el artículo 84 del C.C.A., al señalar que la Acción de Nulidad *“se ejerce en interés y con el fin de defender el principio de legalidad, lo que constituye un propósito de interés eminentemente general y no particular. Es una acción pública, razón por la cual puede ser ejercida por cualquier persona. No existe término de caducidad, salvo las excepciones previstas en la ley. Los efectos de la sentencia se retrotraen a la expedición misma del acto anulado por la jurisdicción competente. Procede contra actos generales e individuales, siempre y cuando sólo se persiga el fin de interés general de respeto a la legalidad. No obstante, según jurisprudencia del Consejo de Estado, la acción de nulidad sólo procede contra actos individuales cuando así lo ha previsto expresamente una ley. Por el contrario, la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho se ejerce no sólo para garantizar el principio de legalidad en abstracto, sino que también con ella se pretende la defensa de un interés particular que ha sido vulnerado por la expedición del acto administrativo. Esta acción sólo puede ser ejercida por quien demuestre un interés específico, es decir, el afectado por el acto. Para su ejercicio se requiere el agotamiento previo de la vía gubernativa a través de los recursos procedentes ante la misma administración (Decreto 2304 de 1989). (...) Respecto a la sentencia que se dicte es desarrollo de esta acción, ella produce dos clases de efectos: generales o erga omnes en cuanto a la declaratoria de nulidad y relativos o interpartes en cuanto al restablecimiento de los derechos violados, pues este solo beneficia y obliga a las partes que intervinieron en el proceso. Igualmente, como pueden haberse producido efectos en virtud de la sentencia que no es posible eliminar, en estos casos el restablecimiento del derecho se traducirá en una indemnización de perjuicios, en la modificación de una obligación fiscal o en la devolución de lo pagado indebidamente. Finalmente, por regla general sólo procede contra actos de carácter individual o subjetivo.”*^[727]

En el mismo sentido, la Corte Constitucional, en la Sentencia T-945 de 2008, sostuvo que *“la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, regulada por el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, fue diseñada para que, una vez anulados los actos administrativos contrarios a la Constitución o la ley, puedan restablecerse los derechos subjetivos afectados por la irregularidad o pueda restituirse las cosas al estado anterior a la ilegalidad. En este caso, entonces, la demanda únicamente puede ser presentada por la persona que tiene interés jurídico para restablecer su derecho particular, concreto y subjetivo. Y, las pretensiones de la demanda en ejercicio de esta acción contenciosa, cuyo ámbito limita la competencia del juez contencioso administrativo, expresarán dos peticiones diferenciadas: De un lado, la que busca retirar del ordenamiento jurídico el acto administrativo ilegal o inconstitucional y, de otro, la que como consecuencia directa e inmediata de la anterior, busca restablecer el derecho afectado al*

demandante, reparar el daño causado o la devolución de pagos indebidamente cobrados. Por lo tanto, es natural que la sentencia que resuelve el litigio formulado en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no sólo se refiera a la validez del acto administrativo, sino también a las consecuencias dañinas del mismo que generaron la afectación de derechos individuales o concretos.”

De otra parte, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se ha caracterizado, en el Derecho Administrativo colombiano, por contar con un requisito de procedibilidad, como es el agotamiento de la vía gubernativa, tal como se prevé en el artículo 135 del C.C.A.^[728], en razón del cual resulta imperativo interponer el recurso administrativo de apelación siempre que sea procedente, para poder acudir, en ejercicio de dicha acción, a la Jurisdicción Contenciosa.

Cuando se interpone la acción en comento, puede solicitarse una especial medida cautelar consagrada en el artículo 238 de la Constitución Política, esto es, la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos impugnados, cuya procedencia y requisitos se encuentran regulados en los artículos 152 a 159 del C.C.A.

Finalmente, ha de tenerse en cuenta que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es de carácter desistible, tal como lo ha puesto de presente el Consejo de Estado al señalar que *“otros rasgos de estas dos acciones tienen que ver con el hecho de que la de nulidad no es desistible, cualquier persona puede coadyuvar o impugnar la demanda, lo que no sucede con la de nulidad y restablecimiento del derecho, que sí es desistible, con el cumplimiento de los requisitos de ley, y solamente a los terceros interesados les es permitido participar en un proceso de esa naturaleza. En el mismo orden de ideas, el fenómeno de la perención no opera, cuando se trata de acción de nulidad, lo que sí sucede en el caso de la otra acción.”*^[729]

3.2. Evolución normativa respecto de procedencia de la conciliación extrajudicial en acciones de nulidad y restablecimiento del derecho.

La viabilidad jurídica de ejercer la conciliación cuando se trata de actos administrativos impugnables mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, ha sido un tema controversial y poco pacífico.

En efecto, inicialmente, la Ley 23 de 1991 permitió la posibilidad de conciliar en asuntos de nulidad y restablecimiento del derecho, al establecer en su artículo 59:

“Podrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas de derecho público, a través de sus representantes legales, sobre conflictos de carácter particular y

*contenido patrimonial que ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se ventilarían mediante las acciones previstas en los artículos **85**, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo. (...)*”

Sin embargo, el Decreto 2651 de 1991, en su artículo 6º, suprimió la posibilidad de conciliar respecto de los asuntos que se ventilarían mediante la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., lo que fue confirmado mediante el Decreto 171 de 1993.^[730]

El artículo 70 de la Ley 446 de 1998, modificó el transcrito artículo 59 de la Ley 23, preservando, en los siguientes términos, la conciliación para eventos propios de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A.:

*“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. (...)*”

Así mismo, la mencionada Ley 446 determinó, en su artículo 65, que son *“conciliables todos los asuntos susceptibles de transacción, **desistimiento** y aquellos que expresamente determine la ley”* y, como se dijo, los asuntos que se tramitan mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho son de carácter desistible.

Posteriormente, la Ley 640 de 2001 reguló la materia en sus artículos 19 y 37, que se transcriben según el texto original correspondiente a la versión publicada en el Diario Oficial No 44.282 de 5 de enero de 2001, incorporando de nuevo el artículo 85 dentro de los asuntos conciliables:

“ARTÍCULO 19. CONCILIACIÓN. Se podrán conciliar todas las materias que sean susceptibles de transacción desistimiento y conciliación, ante los conciliadores de centros de conciliación, ante los servidores públicos facultados para conciliar a los que se refiere la presente ley y ante los notarios.”

*“ARTÍCULO 37. 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. (...)”

Sin embargo, el Decreto 131 de 2001, “[p]or el cual se corrigen yerros de la Ley 640 de 2001”, enmendó la redacción anterior, con fundamento en “[q]ue en el artículo 37 de la Ley 640 de 2001 se incluyó una referencia al artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, la cual es errada toda vez que el legislador sólo aprobó referenciar los artículos 86 y 87 del mismo Código, tal como consta en el texto aprobado en segundo debate por la Cámara de Representantes y en el texto de la Comisión Accidental de Conciliación, aprobado por las plenarias de las Cámaras, ambos el 12 de diciembre de 2000;”

En consecuencia, el artículo 2° del Decreto 131 de 2001, dispuso:

“Corrójase el artículo 37 de la Ley 640 de 2001 en el sentido de que su tenor literal es el siguiente:

*“Artículo 37. Requisito de procedibilidad en asuntos de lo Contencioso Administrativo. Antes de incoar cualquiera de las acciones previstas en los artículos **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. (...)*”

De conformidad con la corrección anterior, se excluyó expresamente la procedencia de la conciliación respecto de los asuntos que se tramitan mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho^[731].

Posteriormente, el legislador, en ejercicio de sus facultades de libre configuración normativa, mediante el artículo 13 de la Ley 1285, incorporó una nueva disposición en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, del siguiente tenor:

*“Artículo 42A. Conciliación judicial y extrajudicial en materia contencioso-administrativa. A partir de la vigencia de esta ley, cuando los asuntos sean conciliables, siempre constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos **85, 86 y 87** del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan, el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial.*

Se tiene de lo anterior que los asuntos susceptibles de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., no sólo resultan actualmente conciliables, sino

que, además, respecto de ellos ha de agotarse de manera obligatoria la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, tal como se prevé, además, en el artículo 2º del Decreto 1716 de 2009^[732].

Al respecto, la Corte Constitucional, al pronunciarse sobre el aparte transcrito de lo que entonces era el proyecto que se convertiría luego en la Ley Estatutaria 1285 de 2009, sostuvo:

“[E]n la disposición contenida en el inciso primero del artículo 13 del proyecto se prevé la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo –CCA–.

La Corte observa que se introduce como novedad la exigencia de la conciliación previa para interponer la acción de nulidad y de restablecimiento del derecho, por cuanto la norma hasta ahora vigente -artículo 37 de la Ley 640 de 2001- sólo menciona las acciones previstas en los artículos 86 (acción de reparación directa) y 87 (acción de controversias contractuales) del CCA.

*(...) De conformidad con la reiterada jurisprudencia de esta Corporación, la Sala considera que es conforme a la Carta Política que se mantenga el instituto de la conciliación como requisito de procedibilidad para las acciones consagradas en los artículos 86 y 87 del CCA. **Así mismo, es constitucionalmente válido que se haga extensiva su exigencia a la acción de nulidad y de restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del CCA.***

En este último evento resulta razonable aceptar la exigencia de conciliación prejudicial, pues lo que se discute son intereses de contenido particular y subjetivo, generalmente de orden patrimonial^[733], y no la legalidad o constitucionalidad en abstracto, que se ventila a través de la acción de simple nulidad (artículo 84 del Código Contencioso Administrativo) o de la acción de nulidad por inconstitucionalidad (art. 237-2 de la Constitución Política). En consecuencia, la Corte declarará la exequibilidad del inciso primero del artículo 13 del proyecto.”^[734]

Con lo anterior queda claro que, de conformidad con el diseño normativo actualmente vigente, los asuntos que se tramitarían mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, no sólo son, en general, susceptibles de conciliación, sino que, además, respecto de ellos opera la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, destacando que la norma que así lo consagra se ajusta a la Constitución Política, reiterando, que, en todo caso debe verificarse el control judicial de los respectivos

acuerdos conciliatorios, en los cuales, desde luego, no se puede conciliar sobre la legalidad de los actos administrativos, sino únicamente sobre sus efectos patrimoniales.

3.3. Requisitos específicos para la procedencia de la conciliación extrajudicial cuando la acción que se ejercería sea la de nulidad y restablecimiento del derecho.

Para la procedencia de la conciliación extrajudicial en asuntos contencioso administrativos que se tramitarían mediante el contencioso subjetivo previsto en el artículo 85 del C.C.A., el legislador ha previsto dos requisitos específicos adicionales, como son *i)* el agotamiento previo de la vía gubernativa y *ii)* la presencia de alguna de las causales de revocatoria directa previstas en la ley.

3.3.1. El agotamiento previo de la vía gubernativa^[735].

El artículo 61 de la Ley 23 de 1991, que fue modificado mediante al artículo 81 de la Ley 446 de 1998, establece en su inciso primero que:

“La conciliación administrativa prejudicial sólo tendrá lugar cuando no procediere la vía gubernativa o cuando ésta estuviere agotada”.

Se deriva de la exigencia anterior, que la conciliación en asuntos contencioso administrativos, como requisito de procedibilidad, solamente resulta procedente *i)* cuando en el respectivo asunto no proceda la vía gubernativa, como cuando se trata de hechos, omisiones, operaciones administrativas, ocupación temporal o permanente de inmuebles o de controversias originadas en contratos estatales o *ii)* la vía gubernativa estuviere debidamente agotada, destacando que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 62, 63 y 135 del C.C.A., el requisito de procedibilidad denominado agotamiento de la vía gubernativa se considera debidamente agotado, cuando se presente cualquiera de los siguientes eventos:

- Cuando contra el respectivo acto administrativo no proceda ningún recurso;
- Cuando los recursos -de reposición y/o el obligatorio de apelación- interpuestos se hayan decidido;
- Cuando el acto administrativo quede en firme por no haber sido interpuestos los recursos facultativos de reposición y queja;

- Cuando ocurre el silencio administrativo negativo en relación con la petición inicial;
- Cuando la Administración no hubiere dado oportunidad de interponer los recursos procedentes.

En consonancia con lo anterior, el Decreto Reglamentario 1716 del 14 de mayo de 2009, establece, de una parte que *“cuando la acción que eventualmente se llegare a interponer fuere la de nulidad y restablecimiento del derecho, la conciliación extrajudicial sólo tendrá lugar cuando no procedan recursos en la vía gubernativa o cuando esta estuviere debidamente agotada, lo cual deberá acreditarse, en legal forma, ante el conciliador.”*^[736]

Así mismo, prevé el referido decreto, al ocuparse de los requisitos de la petición de conciliación extrajudicial, que ésta debe contener *“la demostración del agotamiento de la vía gubernativa, cuando ello fuere necesario”*^[737], aspecto sobre el cual resulta importante tener en consideración que, puesto que la acreditación del agotamiento de la vía gubernativa, en general, se hace mediante prueba documental, tales pruebas deben aportarse por el convocante *“teniendo en cuenta los requisitos consagrados en los artículos 253 y 254 del Código de Procedimiento Civil”*^[738], es decir, en original o fotocopia autenticada, destacando que con la notificación personal se ha de entregar al notificado copia íntegra y auténtica de la respectiva decisión^[739].

3.3.2. La presencia de alguna de las causales de revocatoria directa previstas en la ley.

El artículo 71 de la Ley 446 de 1998, modificó el artículo 62 de la Ley 23 de 1991, disponiendo que *“cuando medie acto administrativo de carácter particular, podrá conciliarse sobre los efectos económicos del mismo si se da alguna de las causales del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, evento en el cual una vez aprobada la conciliación se entenderá revocado el acto y sustituido por el acuerdo logrado.”*

Las mencionadas causales de revocatoria directa de los actos administrativos, son las siguientes:

1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley;
2. Cuando no estén conformes con el interés público o social o atenten contra él;
3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.^[740]

Así mismo, en estrecha relación con lo anterior, el Decreto 1716 de 2009, prevé, al referirse al acta de conciliación, que *“si la conciliación versa sobre los efectos económicos de un acto administrativo de carácter particular, también se indicará y justificará en el acta cuál o cuáles de las causales de revocación directa previstas en el artículo 69 del Código Contencioso administrativo, o normas que lo sustituyan, sirve de fundamento al acuerdo e igualmente se precisará si con ocasión del acuerdo celebrado se produce la revocatoria total o parcial del mismo.”*^[741]

El Consejo de Estado ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto de la procedencia de todas las causales de revocatoria directa previstas en el C.C.A., para sustentar una conciliación extrajudicial, revisando así algunas posiciones doctrinales que aseguraban que la segunda y la tercera hacían referencia a asuntos de mérito u oportunidad y no estrictamente de legalidad; así mismo se ha referido a la especial carga que sobre el particular tienen la partes al llegar a acuerdo conciliatorio en estos eventos.

En efecto, en una importante providencia sostuvo la Corporación:

“En contraste, tratándose de acuerdos conciliatorios, no obstante la remisión a las causales contendidas en el artículo 69 del C.C.A., la situación es enteramente distinta, justamente porque la ley exigió un control previo de legalidad a cargo del juez administrativo. Si la ley le otorgó la competencia de revisar el acuerdo -que como se dijo es por definición una revisión de legalidad-, corresponde a las partes del acuerdo que se somete a examen de legalidad judicial no sólo afirmar, como sucede en la revocatoria, sino demostrar la existencia de la causal.

Como lo señaló la providencia recurrida, las tres causales son en definitiva de legalidad y, por ello, el juez debe entrar a cotejar si el acuerdo se aviene al orden jurídico. La potestad de revocación, en todo caso, sea basada en razones de estricta legalidad o en motivos de oportunidad relacionados con la valoración del interés público, tiene como límite el ordenamiento jurídico (que no es una restricción baladí). En otras palabras, si bien la administración pública está encargada de la satisfacción de los intereses públicos, esta finalidad ha de lograrse, por supuesto, dentro de los límites de la ley.

*De ahí que, conforme a la **primera causal del artículo 69 del C.C.A.** procede la conciliación sobre los efectos económicos de un acto administrativo, cuando sea manifiesta (subraya la Sala) su oposición a la Constitución Política o a la ley, por consiguiente es inevitable evaluar si el acto objeto de conciliación acusa una*

ostensible infracción del orden jurídico, que sea apreciable a primera vista.

*En cuanto hace a la **segunda causal del citado artículo 69 del C.C.A.**, vale decir, cuando el acto administrativo no esté conforme con el interés público o social o atente contra él, y que fue la invocada en el sub lite, si bien suele asociarse a un juicio de conveniencia, cuando se aborda exclusivamente como causal de revocación, al estudiarse desde la perspectiva judicial en los eventos de conciliación judicial administrativa, su revisión pasa por el tamiz de legalidad propio de las actuaciones judiciales, por lo que inevitablemente debe evaluarse si el acto administrativo que se concilia estuvo o no conforme con el interés general^[742].*

En definitiva, corresponderá a las partes demostrar la ocurrencia de esta causal en sede judicial y no bastará, como se dijo una y otra vez en la providencia recurrida, aducir razones de conveniencia para “revivir” un contrato que ha sido objeto de una drástica determinación como la caducidad, en ejercicio de los poderes exorbitantes a cargo del Estado y que, en consecuencia, se encuentra terminado.

(...) La conciliación supone, entonces, que la solución adoptada por las partes para poner fin al litigio sea ajustada a derecho, y si no es así el juez tiene la obligación de improbarla. Y ello es así, porque, si como considera Merlk, “se reconoce que la voluntad jurídica y el interés del Estado coinciden, que no es posible una contradicción entre los intereses del Estado y el ordenamiento jurídico, y se considera, por lo tanto, que el funcionario administrativo, lo mismo que el juez, no es más que un ejecutor, un órgano, un servidor del derecho y, en virtud de esta función, órgano del Estado” pues, en definitiva, la guarda de los intereses del Estado y la realización del derecho no son tareas distintas y, a fortiori, nunca pueden resultar irreconciliables.

*(...) Por lo que dice relación a la **tercera de las causales del artículo 69 del C.C.A.**, esto es, cuando con el acto se cause agravio injustificado a una persona, no reviste en realidad- como lo afirma parte de la doctrina nacional- un juicio de conveniencia, sino que se trata en realidad de una hipótesis que involucra una valoración estrictamente jurídica en tanto que exige la presencia de un perjuicio sin motivo, razón o fundamento a una persona, el cual sólo puede darse cuando medie la ilegalidad del acto, o cuando se rompe el postulado de la igualdad ante las cargas públicas, principio que, a su vez, retoma lo dispuesto por el artículo 13 Superior.”^[743]*

La providencia anterior permite concluir que un acuerdo conciliatorio respecto de los efectos económicos de un acto administrativo de carácter particular y concreto puede sustentarse en cualquiera de las tres causales de revocatoria directa previstas en el artículo 69 del C.C.A., pues todas pueden analizarse desde la óptica del control de legalidad atribuido, respecto del acuerdo al que lleguen las partes, al órgano competente de la Jurisdicción Contenciosa.

Finalmente, resulta importante destacar que, tal como lo señala el Consejo de Estado, existe una *“presunción legal en el sentido de que una vez conciliados los efectos patrimoniales de un actos administrativo, se entenderá revocado, de tal manera, que dicha presunción opera ipso iure y no requiere la decisión de la entidad de retirar el acto del ordenamiento jurídico. Ello, siempre que se haya cumplido la disposición de la norma citada –esto es el artículo 71 de la Ley 446-, en el sentido de que sólo procede la conciliación cuando se dé alguna de las causales”*^[744] legales de revocatoria directa y en los evento en los cuales se requiera el consentimiento expreso y escrito del correspondiente titular, el mismo se considera otorgado con la firma del acta de conciliación.

4.- RESPUESTA.

De lo anteriormente expuesto se concluye que respecto de los asuntos que se tramitarían mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, de carácter particular y de contenido económico, efectivamente procede conciliación extrajudicial y, además, respecto de ellos opera la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, destacando, de una parte, que en los respectivos acuerdos conciliatorios no se concilia sobre la legalidad de los actos administrativos, sino únicamente sobre sus efectos patrimoniales y, de otro lado, que la procedencia de la conciliación extrajudicial en estos asunto se encuentra supeditada a que se haya agotado debidamente la vía gubernativa y a que los respectivos actos administrativos se encuentre incursos en alguna de las causales de revocatoria directa previstas en el artículo 69 del C.C.A.

4.1.1.1 Término de caducidad.

PREGUNTA No. 77

TEMA(S): CADUCIDAD/ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.

1.- PREGUNTA.

¿Cómo está regulado el término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho?

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• Constitución Política, artículos 29 y 209;• C.C.A., arts. 3, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 62, 64, 69, 85, 135 y 136;• C.P.C., artículo 121;• C.C., artículo 67;• C.R.P.M., Ley 4ª de 1913, artículo 62.
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none">• Corte Constitucional, Sentencia C-351 de 1994;• Corte Constitucional, Sentencia C-446 de 2000;• Corte Constitucional, Sentencia C-565 de 2000;• Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, Sentencia del 8 de marzo de 2007, Radicación número: 25000-23-26-000-1995-01143-01(14850);• Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero ponente: Nicolás Pájaro Peñaranda, sentencia del 13 de mayo de 2004, Radicación número: 15001-23-31-000-1997-7666-01(2969-02).

3.- CONSIDERACIONES.

Para resolver el problema jurídico contenido en la pregunta anterior, se abordarán los siguientes temas *i)* regla general respecto del término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y *ii)* excepciones a la regla general anteriormente referida.

3.1. Regla general respecto del término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Como se dijo en la respuesta anterior, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se ejerce con el fin de impugnar un acto administrativo y obtener, consecuentemente, el respectivo restablecimiento del derecho o la reparación del daño originado con el acto.

El artículo 136 del C.C.A., -con la modificación que introdujo la Ley 446 de 1998 en su artículo 44- en su numeral segundo, establece la regla general respecto del término de caducidad de dicha acción, al señalar que “[l]a de restablecimiento del derecho, caducará al cabo de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación, o ejecución del acto según el caso.”

El término de cuatro meses fue revisado por la Corte Constitucional, la cual lo consideró conforme a la Constitución, con fundamento en los siguientes argumentos:

“Para nadie es desconocido que la sociedad entera tiene interés en que los procesos y controversias se cierren definitivamente, y que atendiendo ese propósito, se adoptan instituciones y mecanismos que pongan término a la posibilidad de realizar intemporal o indefinidamente actuaciones ante la administración de justicia, para que las partes actúen dentro de ciertos plazos y condiciones, desde luego, con observancia plena de las garantías constitucionales que aseguren amplias y plenas oportunidades de defensa y de contradicción del derecho en litigio.

El derecho de acceso a la administración de justicia, sufriría grave distorsión en su verdadero significado si, como lo desean los demandantes, este pudiera concebirse como una posibilidad ilimitada, abierta a los ciudadanos sin condicionamientos de ninguna especie. Semejante concepción conduciría a la parálisis absoluta del aparato encargado de administrar justicia. Implícitamente supondría además la exoneración del individuo de toda ética de compromiso con la buena marcha de la justicia, y con su prestación recta y eficaz. Y, en fin, el sacrificio de la colectividad, al prevalecer el interés particular sobre el general. En suma, esa concepción impediría su funcionamiento eficaz, y conduciría a la imposibilidad de que el Estado brindara a los ciudadanos reales posibilidades de resolución de sus conflictos. Todo lo cual sí resultaría francamente contrario a la Carta.

De otra parte, al examinar este cargo es del caso tener en cuenta que, como acontece con la prescripción, la institución jurídica de la caducidad de la acción se fundamenta en que, como al ciudadano se le imponen obligaciones relacionadas con el cumplimiento de los deberes de colaboración con la justicia para tener acceso a su

dispensación, su incumplimiento, o lo que es lo mismo, su no ejercicio dentro de los términos señalados por las leyes procesales -con plena observancia de las garantías constitucionales que integran el debido proceso y que aseguran plenas y amplias posibilidades de ejercitar el derecho de defensa-, constituye omisión en el cumplimiento de sus obligaciones de naturaleza constitucional y, por ende, acarrea para el Estado la imposibilidad jurídica de continuar ofreciéndole mayores recursos y oportunidades, ante la inactividad del titular del derecho en reclamar el ejercicio que le corresponde.

De ahí que tampoco sea sostenible el argumento según el cual la caducidad frustra el derecho de acceso a la justicia pues, mal podría violarse este derecho respecto de quien gozando de la posibilidad de ejercerlo, opta por la vía de la inacción. Es imposible que pueda desconocerse o vulnerarse el derecho de quien ha hecho voluntaria dejación del mismo, renunciando a su ejercicio o no empleando la vigilancia que la preservación de su integridad demanda.

Vistas las cosas desde este ángulo, tampoco se observa violación al Estatuto Supremo, pues, como de vieja data lo ha puesto de resalto la jurisprudencia constitucional, en aquellos casos en que se ha planteado idéntico reparo en relación con los términos de prescripción, sólo al titular que no hace uso de su derecho le es endilgable la pérdida que es consecuencia de su no ejercicio.

No puede pretenderse que la tutela constitucional de los derechos fundamentales ampare la inacción o negligencia del titular que los pierde por no ejercerlos. Es un hecho cierto que quien ejerce sus derechos, jamás se verá expuesto a perderlos en virtud de la operancia de la caducidad de la acción. Abandona su derecho quien no lo ejercita, demostrando voluntad de no conservarlo.

Finalmente y a propósito de la supuesta vulneración al principio de igualdad esta Corte advierte que la hipótesis fáctica de las acciones de restablecimiento del derecho no se corresponde con la de las acciones de nulidad. Pese a lo obvio que para algunos pudieren ser sus diferencias, en punto a la consideración de este cargo, es pertinente recordar que en aquellas el titular del derecho tiene un interés subjetivo de carácter particular, en lograr por la vía de la nulidad del acto administrativo, el restablecimiento de su derecho.

Por lo expuesto, encuentra la Corte que al establecer términos de caducidad para las acciones contencioso administrativas de restablecimiento del derecho, el legislador ejerció las competencias

que le ha entregado la Constitución Política, sin desconocer el derecho de acceso a la administración de justicia, ni ninguno otro de la Carta. Así se declarará.” [745]

La Ley 446 incorporó a la normatividad que el término se comenzará a contar a partir del *día siguiente*, asunto sobre el cual la Corte Constitucional, al encontrar que tal modificación se ajustaba a la Carta, sostuvo que *“la modificación mediante la cual se dispone que el término de caducidad empieza a correr a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso, constituye una garantía para los administrados en la medida en que agrega un día al término de caducidad respecto del anterior. Por otra parte, al empezar éste a correr al día siguiente, se tiene en cuenta un principio de realidad evidente, ya que, dependiendo de la hora en que le fuera dado a conocer, el administrado no contaba con ese día para interponer la demanda, toda vez que bien podía encontrarse por fuera del horario de atención de los despachos judiciales. Por lo tanto, esta modificación es más razonable y rigurosa jurídicamente, en la medida en que tiene en cuenta la situación anterior, para efectos de contabilizar el término de caducidad. A juicio de esta Corporación, por lo tanto, esta modificación se aviene perfectamente a la norma fundamental.”[746]*

Como puede advertirse al revisar la normatividad vigente, aunque existe un solo término general de caducidad para la acción en comento -4 meses^[747]- , el momento a partir del cual comienza su cómputo, varía según haya sido la forma de conocimiento del acto por parte de quien pretenda impugnarlo; es así como existen dos hipótesis generales: *i)* la primera, referida a la publicidad del respectivo acto y *ii)* la segunda relacionada con su ejecución.

3.1.1. La publicidad de los actos administrativos.

La publicidad de los actos administrativos dice relación con su eficacia, pero además se encuentra íntimamente relacionada con el Derecho al Debido Proceso Administrativo^[748] y con los principios de transparencia y publicidad consagrados en el artículo 209 de la Carta y en el artículo 3° del C.C.A.

Sobre el particular la jurisprudencia constitucional ha destacado que la publicidad *“es una condición de legitimidad, que activa el principio de obligatoriedad de la norma jurídica (...) son dos los objetivos que se persiguen con la exigencia de realización del principio de publicidad respecto de los actos administrativos, el primero determinar la fecha de entrada en vigencia de las disposiciones que contiene el respectivo acto y el segundo garantizar la oponibilidad al contenido de los mismos por parte de los ciudadanos legitimados para el efecto. La regla general es que el acto administrativo entre en vigencia desde el momento de su expedición, siempre y cuando se hayan cumplido los requisitos de publicación o notificación según sea el caso. En*

consecuencia, el acto administrativo que no haya sido publicado o notificado será un acto ineficaz, esto es que no producirá efectos, lo que no quiere decir, desde luego, que sea nulo o inexistente. El acto administrativo es válido desde que se expide, pero su contenido únicamente vincula y se impone desde el momento en que se cumplen los requisitos de publicación o notificación, según se trate de actos de contenido general y abstracto o de actos de contenido particular y concreto respectivamente.”^[749]

En desarrollo de lo anterior, el Código Contencioso regula, en el capítulo X del Título I, del Libro Primero, la “*publicaciones, comunicaciones y notificaciones*”, como formas concretas de aplicación del principio de publicidad respecto de los actos administrativos.

3.1.1.1. Publicación de los actos de carácter general.

En primer término, el artículo 43 de dicho código, establece que “*[l]os actos administrativos de carácter general no serán obligatorios para los particulares mientras no hayan sido publicados*”, poniendo de presente el indisoluble nexo entre publicidad y eficacia. Tal publicación se debe realizar en el Diario Oficial o en el órgano de publicidad de la respectiva entidad (diario, gaceta, boletín) o “*en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expide el acto*”. Igualmente se prevé que los “*municipios en donde no haya órgano oficial de publicidad podrán divulgar estos actos mediante la fijación de avisos, la distribución de volantes, la inserción en otros medios, o por bando.*”^[750]

La Ley 446 de 1998 regula la publicidad de los actos generales expedidos por las autoridades nacionales y establece, respecto de la publicación en el Diario Oficial, que en él se deben publicar “*los decretos y resoluciones ejecutivas expedidas por el Gobierno Nacional y los demás actos administrativos de carácter general, expedidos por todos los órganos, dependencias, entidades u organismos del orden nacional de las distintas ramas del poder público y de los demás órganos de carácter nacional que integran la estructura del Estado.*”^[751] Reitera la ley en mención la relación entre publicidad y eficacia, ordenando que “*únicamente con la publicación que de los actos administrativos se haga en el Diario Oficial, se cumple con el requisito de publicidad para efectos de su vigencia y oponibilidad.*”^[752]

3.1.1.2. Notificación de los actos de carácter particular.

Por su parte el artículo 44 del C.C.A., establece que los actos administrativos de carácter particular y concreto, que pongan término a una actuación administrativa, se deben notificar personalmente al interesado o a su representante o apoderado^[753], diligencia en la que se le entrega copia íntegra y auténtica de la decisión y se han de indicar los recursos que

legalmente proceden contra la decisión, la autoridad ante quien deben interponerse y los plazos para hacerlo^[754].

La falta o irregularidad de la notificación, aunque no constituye causal de nulidad del respectivo acto, implica que la decisión no produzca efectos, es decir, afecta su eficacia mas no su validez, “*a menos que la parte interesada dándose por suficientemente enterada, convenga en ella o utilice en tiempo los recursos legales.*”^[755]

La Administración debe realizar todas las actividades que tenga a su alcance para realizar la notificación personal de los actos administrativos y de conformidad con la normatividad vigente, si no hay otro medio más eficaz, dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del acto se envía por correo certificado citación al interesado para que comparezca a notificarse^[756], sin embargo, si la notificación personal no puede realizarse al cabo de cinco (5) días de enviada la citación, se ha de fijar edicto en lugar público del despacho por el término de diez (10), insertando la parte resolutive de la decisión.^[757]

Se contempla una excepción a lo anteriormente dicho, cuando se trata de actos de inscripción “*realizados por las entidades encargadas de llevar los registros públicos*”^[758], caso en el cual se verifica la llamada notificación ficta, en cuya virtud el respectivo acto se entiende notificado “*el día en que se efectúe la correspondiente anotación*”.^[759] Sobre el particular resulta importante destacar, de una parte, que los actos de inscripción o registro constituyen verdaderos actos administrativos^[760], susceptibles de recursos en vía gubernativa y de impugnación judicial y, de otro lado, que la excepción descrita respecto de la notificación personal, resulta únicamente aplicable a los actos de inscripción, esto es el acto que resuelve favorablemente una petición de registro y, desde luego, opera solamente respecto del solicitante, por lo que, en caso contrario, si la decisión fue la de no registrar, es decir, no realizar la inscripción solicitada, el acto habrá de notificarse de conformidad con el procedimiento normal.

De otra parte, se prevé que la parte resolutive de las decisiones que afecten en forma directa a terceros que no intervinieron en la actuación, debe publicarse “*por una vez, en el Diario Oficial, o en medio oficialmente destinado para estos efectos, o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expidió las decisiones.*”^[761]

3.1.1.3. Comunicación de los actos administrativos.

Las decisiones que de conformidad con lo referido en los numerales anteriores no tengan que ser publicadas ni notificadas, simplemente se comunican a los interesados por el medio que la administración considere

pertinente, lo cual usualmente, para efectos de memoria futura, se hace mediante un simple oficio.

A manera de ejemplo, se deben comunicar, no notificar, *i)* las decisiones que no pongan término a la actuación administrativa, como resultan ser los actos de trámite, preparatorios o de ejecución; *ii)* las decisiones que pongan término a una actuación administrativa iniciada con una petición en interés general^[762] y *iii)* las decisiones respecto de las cuales la ley, de manera expresa, haya previsto que no deben ser notificadas personalmente como los nombramientos, la declaratoria de insubsistencia en casos de libre nombramiento y remoción, la aceptación de renunciaciones^[763] la adjudicación de una licitación respecto de los proponentes no favorecidos.

En fin, la Corte Constitucional al revisar la modificación que introdujo la Ley 446, según la cual se permite comenzar el cómputo de la caducidad desde la comunicación del acto, la consideró ajustada la Carta Política, afirmando que *“la comunicación, como forma de dar a conocer los actos administrativos, tampoco puede considerarse inconstitucional para efectos de determinar el inicio del término de caducidad, siempre y cuando ella se realice de conformidad con los principios y reglas que rigen el debido proceso.”*^[764]

3.1.2. La ejecución de los actos administrativos.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 62 del C.C.A., los actos administrativos quedan en firme en cualquiera de los siguientes eventos:

- Cuando contra ellos no proceda ningún recurso.
- Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido.
- Cuando no se interpongan recursos.
- Cuando se renuncie expresamente a los recursos.
- Cuando haya lugar a la perención de los recursos.
- Cuando se acepte el desistimiento.

La firmeza de los actos administrativos constituye requisito necesario para su ejecución, tal como lo prevé el artículo 64 del mismo cuerpo normativo al señalar que *“salvo norma expresa en contrario los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento. La firmeza de tales actos es indispensable para la ejecución contra la voluntad de los interesados”*.

Se tiene, en consecuencia, que la eficacia de los actos administrativos se encuentra íntimamente ligada a su firmeza, por lo que la ejecución material, como en el caso de una orden de demolición de un inmueble, o jurídica, como cuando se hace efectiva una sanción disciplinaria, de la decisión

contenida en el objeto del acto, requiere que se haya verificado alguno de los supuesto legales anotados, pero, además, que el acto no se encuentre incurso en alguna de las causales de pérdida de fuerza ejecutoria, la cuales son, a voces del artículo 66 del C.C.A., las siguientes:

- Suspensión provisional.
- Decaimiento, es decir, cuando desaparecen sus fundamentos de hecho o de derecho.
- Inejecución por cinco (5) años.
- Cumplimiento de la condición resolutoria a la que se encuentre sometido el acto.
- Pérdida de vigencia.

Finalmente, ha de tenerse en cuenta, tal como lo pone de presente la doctrina, que el término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho sólo se comienza a computar a partir de la ejecución del acto en aquellos eventos excepcionales, en los cuales no hubo publicación, notificación ni comunicación, es decir, en los eventos “*en los que el acto administrativo se de a conocer mediante su ejecución*”^[765]

3.2. Excepciones a la regla general anteriormente referida.

Existen dos importantes excepciones a la regla general que respecto del término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, se presentó en el numeral anterior, a saber: *i)* cuando se impugnen actos que reconozcan prestaciones periódicas y *ii)* cuando se impugnen actos provenientes del silencio administrativo.

3.2.1. Cuando se impugnen actos que reconozcan prestaciones periódicas.

Puesto que el asunto será tratado en respuesta posterior, baste por ahora poner de presente que de conformidad con lo previsto en el artículo 136-2 del C.C.A., “*los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe.*”

Para los efectos de la presente respuesta, interesa destacar de la norma transcrita, el supuesto que permite al particular interesado impugnar tales actos administrativos, sin sujeción al límite temporal previsto en la regla general, resaltando que aunque la demanda puede presentarse en cualquier tiempo, ha de cumplirse previamente con los requisitos de procedibilidad legalmente impuestos para el efecto.

3.2.2. Cuando se impugnen actos provenientes del silencio administrativo.

Respecto la importancia y justificación de la figura del silencio administrativo, el Consejo de Estado ha sostenido^[766]:

“Con el fin de asegurar la efectividad de los derechos constitucionales de Petición (artículo 23, C.P.), y, principalmente, de Acceso a la Administración de Justicia (artículo 229, C.P.), la normatividad nacional ha previsto, como instituto que opera como una garantía, exclusivamente en favor de los peticionarios, que una vez transcurra el término consagrado en la ley para que las autoridades respondan las peticiones que les sean formuladas, sin que el solicitante hubiere obtenido decisión que la resuelva, opere el silencio administrativo, en virtud del cual se entiende, para los efectos jurídicos a que haya lugar, que la Administración adoptó la decisión correspondiente con la cual decide de fondo la petición que le ha sido elevada, decisión que estará contenida en lo que se ha convenido en denominar como acto administrativo ficto o presunto, el cual bien puede ser negativo o positivo.

Oportuno resulta precisar que -independientemente de la responsabilidad disciplinaria a que haya lugar- a la configuración del silencio administrativo y, por tanto, del correspondiente acto administrativo ficto o presunto, habrá lugar en todos aquellos eventos en que la Administración no resuelva o no decida el fondo de la petición que le ha sido elevada, lo cual incluye todos aquellos casos en los cuales la respuesta que se brinde a la petición correspondiente resulte puramente formal o de trámite, pero sin adoptar decisión o, lo que es lo mismo, sin resolver de fondo el objeto de la petición, así como los casos en que expedida la decisión la misma no se notifica en la forma y con el lleno de las exigencias legales (artículos 44 y 45 C.C.A.), puesto que la falta de notificación o la irregularidad de la misma impide la generación de efectos legales respecto del acto administrativo proferido en virtud de una petición (artículo 48 C.C.A.), de tal suerte que su sola expedición -sin notificación en debida forma-, no tiene la virtualidad para interrumpir el término consagrado en la ley como requisito para la configuración del silencio administrativo.

En consecuencia, sólo las respuestas que resuelvan o decidan el fondo de la petición o solicitud que se ha elevado y que se hubieren notificado en debida forma, impedirán de manera efectiva la configuración del respectivo silencio administrativo.

A ello se impone agregar, aunque por su obviedad parecería innecesario, que para la configuración del silencio administrativo resulta indispensable que la petición previa cumpla con las cargas de claridad, precisión y concreción respecto del objeto mismo de aquello que se solicita, de tal manera que lo que se pida admita, sin mayores dificultades de interpretación, una respuesta asertiva: positiva o negativa. De otra manera, si lo que se eleva ante la Administración, bajo la apariencia formal de petición, en realidad no contiene una solicitud específica, concreta y clara, sino que se limita a realizar consideraciones o reflexiones acerca de una o diversas materias de cualquier índole -jurídica, política, social, etc.-, o simplemente se contrae a formular aspiraciones vagas, imprecisas, amplias e incluso contradictorias entre sí, por razones de simple lógica formal resultará imposible que tales manifestaciones, ante la ausencia de respuesta expresa por parte de la Administración, puedan entenderse resueltas, en algún sentido, por razón de la configuración del silencio administrativo, puesto que mal podría concluirse que la Administración hubiere decidido negar -caso del silencio administrativo negativo-, o aceptar -caso del silencio administrativo positivo-, las apreciaciones, las consideraciones, las reflexiones, las tesis, las recomendaciones u otra clase de expresiones que hubiere expuesto el aparente peticionario, como quiera que aun en el supuesto de asumir que pudiere formarse un acto administrativo ficto o presunto, lo cierto es que el mismo no contendría, ni podría contener, decisión alguna de fondo que además pudiere ser impugnada posteriormente ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Añádase además que, por elemental imposibilidad ontológica, la adopción de una decisión o resolución en relación con una determinada petición, debidamente notificada, impide la configuración del silencio administrativo. Dicho de otra manera, si la autoridad administrativa destinataria de la petición profiere un acto administrativo para efectos de resolver o decidir el objeto de aquella y lo notifica en debida forma al peticionario, resulta claro que se estará en presencia de un acto administrativo expreso, el cual, por su sola existencia, excluye de plano la opción de que acerca de ese mismo asunto se pudiere configurar entonces un acto administrativo ficto o presunto.”

Respecto del término para impugnar un acto ficto o presunto, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, se ha presentado una evolución normativa a partir de la expedición del Decreto 01 de 1984. En efecto, la norma original contenida en el artículo 136 del C.C.A., fue modificada en 1989 mediante el Decreto 2304 en cuyo artículo 23 se dispuso que “*si se demanda un acto presunto, el término de caducidad será de cuatro*

(4) meses contados a partir del día siguientes a aquél en que se configure el silencio negativo.”

Dicha norma fue, a su vez, modificada por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998 y es así como el artículo 136-3 del C.C.A., actualmente vigente, establece, que *“la acción sobre actos presuntos que resuelvan un recurso podrá interponerse en cualquier tiempo”*.

La norma transcrita incurre en la imprecisión de referirse únicamente a los actos presuntos provenientes del llamado silencio administrativo procesal previsto en el artículo 60 del C.C.A., dejando de lado los que emanan del silencio administrativo sustancial consagrado en el artículo 40 del mismo cuerpo normativo, con lo que se genera incoherencia con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 135 de dicha obra, según el cual *“el silencio negativo en relación con la primera petición también agota la vía gubernativa”*^[767], por lo cual el Consejo de Estado ha reiterado que la posibilidad de demandar en cualquier tiempo ha de predicarse en ambos eventos:

*“El artículo 44 de la Ley 446 de 1998 dispuso que la acción sobre actos presuntos que resuelvan un recurso podrá interponerse en cualquier tiempo, es decir, los regulados por el artículo 60 del C.C.A., y **aunque no mencionó expresamente la situación de los actos fictos producto del silencio de la administración respecto de la petición inicial, debe entenderse que el espíritu del legislador fue sustraer del término de caducidad todos los actos originados por el silencio de la administración**, pues si el silencio de la administración frente a los recursos no está sometido a términos de caducidad alguno, tampoco puede estarlo el silencio frente a la petición; si bien la Ley no dijo nada al respecto, no encuentra la Sala ninguna razón jurídica ni lógica para considerar que los actos regulados por el artículo 40 del C.C.A. quedaron por fuera de esta previsión. La nueva disposición contempla cuatro momentos a partir de los cuales debe contarse el término de caducidad: la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, y los actos presuntos, como es obvio, no pueden enmarcarse en ninguna de estas situaciones.”*^[768]

En el mismo sentido, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha sostenido:

“[E]s claro que como la entidad omitió dar respuesta al derecho de petición formulado por la demandante, se configuró válidamente el silencio administrativo por haber “transcurrido un plazo de tres meses contados a partir de la presentación de una petición, sin que se haya notificado decisión que la resuelva...” (art. 40 del C.C.A.), y

que en consecuencia la respuesta se entiende como negativa. Como puede observarse, el artículo 44 de la citada Ley 446 dispuso que la acción sobre actos presuntos que resuelvan un recurso podrá interponerse en cualquier tiempo, es decir, los regulados por el artículo 60 del C.C.A., y aunque no mencionó expresamente la situación de los actos fictos producto del silencio de la administración respecto de la petición inicial, debe entenderse que el espíritu del legislador fue sustraer del término de caducidad todos los actos originados por el silencio de la administración, pues si el silencio de la administración frente a los recursos no está sometido a término de caducidad alguno, tampoco puede estarlo el silencio frente a la petición; si bien la Ley no dijo nada al respecto, no encuentra la Sala ninguna razón jurídica ni lógica para considerar que los actos regulados por el artículo 40 del C.C.A. quedaron por fuera de esta previsión. En este orden de ideas, como el acto producto del silencio de la administración, como el que se demanda en el sub lite, no está sometido a término de caducidad alguno, se impone revocar la decisión del a quo que se declaró inhibido por esta causa y examinar el fondo de la litis”.[769]

Así mismo, en providencia posterior, la Sección Tercera del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo afirmó que *“cualquier duda que pudiere subsistir acerca de la afirmación de que el silencio administrativo negativo sustancial o inicial no opera de manera automática, queda despejada por completo en cuanto se considera que **la acción para demandar el correspondiente acto administrativo ficto o presunto, ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, no se encuentra sometida a término alguno de caducidad, razón por la cual, la respectiva acción** -que por regla general suele ser la de nulidad y restablecimiento del derecho-, **podrá ejercerse en cualquier tiempo,** conclusión que en modo alguno resultaría compatible con la hipótesis encaminada a sostener que dicha modalidad del silencio administrativo operaría de manera automática, puesto que en ese caso la acción judicial de nulidad y restablecimiento del derecho tendría que ejercerse dentro del término de caducidad establecido para su ejercicio, el cual tendría que empezar a contarse a partir del momento en que, por el sólo vencimiento del plazo respectivo, se tuviere que tener por configurado el correspondiente acto administrativo ficto o presunto.”[770]*

De la reiterada posición jurisprudencial anteriormente referida, se tiene que los actos administrativos fictos o presuntos derivados tanto del silencio administrativo sustancial, es decir, el generado a partir de petición inicial, como del silencio administrativo procesal, o sea el generado a partir de la interposición de recurso en vía gubernativa, pueden ser impugnados judicialmente en cualquier tiempo.

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que el término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se encuentra actualmente regulado sobre la base de una regla general –cuatro (4) meses a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto cuya nulidad se pretende- y de otras importantes excepciones, a saber: (i) los actos que reconozcan o nieguen prestaciones periódicas y los actos presuntos, pueden demandarse en cualquier tiempo; (ii) los actos de adjudicación de baldíos, se demandan dentro del término de dos (2) años; y (iii) cuando una persona de derecho público impugne su propio acto, tiene dos (2) años contados a partir del día siguiente de su expedición, para acudir a la jurisdicción.

4.1.2 Suspensión provisional.

PREGUNTA No. 78

TEMA(S): NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/SUSPENSION PROVISIONAL

1.- PREGUNTA.

<i>¿Es jurídicamente necesario surtir el requisito de procedibilidad para ejercer acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuando en la respectiva demanda el actor va a solicitar la suspensión provisional de los efectos de los actos impugnados?</i>

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• Constitución Política, artículo 238;• C.C.A., artículos 152 a 159;• Ley 640 de 2001, artículo 35.
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none">• Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejera Ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, Sentencia de 26 de marzo de 2007, Radicación número 33067.

3.- CONSIDERACIONES.

Para resolver el problema jurídico contenido en la pregunta anterior, se abordarán los siguientes temas *i)* la Suspensión Provisional de los efectos de los actos administrativos impugnados, como medida cautelar procedente en las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, y *ii)* la utilización de medidas cautelares exime del agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad.

3.1. La Suspensión Provisional de los efectos de los actos administrativos impugnados, como medida cautelar procedente en las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho.

Cuando se ejercen acciones en las que se esgriman pretensiones tendientes a que se declare la nulidad de actos administrativos, esto es, en cuanto interesa para efectos de la respuesta, nulidad y restablecimiento del derecho, lesividad y controversias contractuales respecto de actos expedidos una vez celebrado el contrato y con ocasión de la actividad contractual, procede la medida cautelar denominada suspensión provisional.

El artículo 238 de la Constitución Política dispone que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo puede suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establece la ley, los efectos^[771] de los actos administrativos susceptibles de impugnación por vía judicial y, por su parte, el Código Contencioso Administrativo^[772] consagra para el efecto los siguientes requisitos:

- Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o en escrito separado presentado antes de la admisión;
- Que se presente manifiesta infracción de las normas invocadas como fundamento de la medida cautelar, si se trata de acción de nulidad;
- Que se demuestre, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto comportaría, si se trata de acción diferente al contencioso objetivo.

El carácter de medida cautelar de la suspensión provisional, ha sido reconocido en forma reiterada por el Consejo de Estado, como se advierte, entre muchas, en las siguientes providencias:

- *“La suspensión provisional, si no implica insubsistencia del acto, es un juzgamiento provisional del mismo, mientras se profiere sentencia que decida si infringe o no las disposiciones de jerarquía superior invocadas en la demanda. Por consiguiente, con la misma provisionalidad, **esta medida cautelar** tiene efectos *ex tunc*,*

desde cuando el acto tuvo vigencia, no idénticos, pero semejantes a los de la sentencia que declare su nulidad. Se diferencia en que, mientras ésta es definitiva, aquella es temporal o transitoria."^[773]

- “[E]ste **instituto precautorio** (...) está concebido para castigar los errores groseros de ilegalidad en que incurra la Administración cuando expida sus actos, siempre que aparezca a primera vista, en un proceso comparativo -a doble columna- la oposición flagrante con las disposiciones que se invocan como contrariadas, exigencia que debe configurarse sin que sea menester entrar a un análisis de fondo de la situación controvertida para advertir con el solo cotejo del acto acusado con la normatividad superior que se presenta -con claridad- su trasgresión y desconocimiento. Por manera que esta figura excepcional y restrictiva es corolario directo del principio de legalidad (preámbulo, artículos 1, 6, 121 y 122 Constitucionales) que tiene por the los sancionar, como lo ha señalado esta Corporación, la rebeldía de la Administración ante mandatos superiores. De allí que el rasgo característico dominante de esta **medida cautelar** radica en que de la sola confrontación se advierta la contradicción palmar entre la norma superior y el acto administrativo demandado.”^[774]

3.2. La utilización de medidas cautelares exime del agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad.

Habiendo precisado que la suspensión provisional es una medida cautelar procedente en las acciones en las que se impugnen actos administrativos, como es el caso de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, prevista en el artículo 85 del C.C.A., debe destacarse que en el artículo 35 de la Ley 640 de 2001, estableció, en su inciso quinto, el legislador consagró una excepción a la carga de agotar la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, relacionada con la circunstancia de que el eventual convocante hará uso, en el proceso judicial, de las medidas cautelares procedentes.

En efecto, la norma en comento establece que “[c]uando en el proceso de que se trate, y se quiera solicitar el decreto y la práctica de medidas cautelares, se podrá acudir directamente a la jurisdicción. De lo contrario, tendrá que intentarse la conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad, de conformidad con lo previsto en la presente ley.”

En consecuencia, cuando en el respectivo proceso judicial en interesado hace uso adecuado y oportuno de la medida cautelar denominada suspensión provisional, no tendrá que agotar previamente el requisito de

procedibilidad de la conciliación extrajudicial, independientemente de si el juez respectivo decide favorablemente, o no, la medida cautelar solicitada.

Puesto que la solicitud de suspensión provisional puede presentarse, como se dijo, con la demanda, en este caso presentada en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, o en escrito separado antes de su admisión, al momento de decidir acerca de la admisión del libelo^[775], el juez ha de verificar que ocurra uno de los siguientes supuestos:

i) Que se haya cumplido debidamente con el trámite de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, para lo cual habrá de aportarse la respectiva constancia, según dispone el artículo 2° de la Ley 640, o

ii) Que se haya solicitado debida y oportunamente la medida cautelar procedente, es decir, la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos impugnados

En caso contrario, esto es, si no se presenta ninguno de los supuestos anteriores, el juez tendrá que rechazar la demanda tal como lo ordena el artículo 36 de la Ley 640 de 2001.

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que puesto que la suspensión provisional es una medida cautelar, de conformidad con lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 35 de la Ley 640 de 2001, no resulta jurídicamente necesario surtir el requisito de procedibilidad para ejercer acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuando en la respectiva demanda, o en escrito separado presentado antes de que sea admitida, el actor solicite la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos impugnados.

4.1.3 Congruencia entre lo aducido en la solicitud y lo alegado en la demanda.

PREGUNTA No. 79

TEMA(S): ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/ARGUMENTOS

1.- PREGUNTA.

¿Pueden esgrimirse en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho argumentos nuevos respecto de los aludidos en la solicitud de conciliación extrajudicial?

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• C.C.A., artículos 85, 137.
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none">• Corte Constitucional, Sentencia C-197 de 1999.

3.- CONSIDERACIONES.

Para resolver el problema jurídico contenido en la pregunta anterior, se abordarán los siguientes temas *i)* contenido de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, y *ii)* la posibilidad de incluir en la demanda argumentos nuevos.

3.1. Contenido de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

Toda demanda que se presente ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, debe contener los siguientes requisitos:

- i. La designación de las partes y de sus representantes.
- ii. Lo que se demanda.
- iii. Los hechos u omisiones que sirvan de fundamento de la acción.
- iv. Los fundamentos de Derecho de las pretensiones.
- v. La petición de pruebas que el demandante pretende hacer valer.
- vi. La estimación razonada de la cuantía, cuando sea necesaria para determinar la competencia.

Sin embargo, en las demandas en las que se pretenda la declaratoria de nulidad de actos administrativos, los fundamentos de Derecho resultan ser de mayor exigencia y precisión jurídica, toda vez que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 137-4 del C.C.A., en ellas “*deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación*”^[776].

En el contexto de la denominada Justicia Rogada, en el cual el juez administrativo al estudiar la impugnación de un acto administrativo, sólo puede detenerse a analizar las normas que el actor manifiesta como violadas en la demanda, junto con el correspondiente concepto de la violación, la doctrina pone de presente la relevancia de los fundamentos jurídicos contenidos en el libelo introductorio, al sostener que:

“En tratándose de la impugnación de actos administrativos viene a ser ésta la parte de la demanda que requiere mayor esmero en su elaboración, no sólo por su significación sustantiva, sino por las consecuencias que para la suerte de las pretensiones tiene. Frente a litigios diferentes la fundamentación jurídica será similar a la que se formula ante la justicia ordinaria.

En los procesos de impugnación se exige una mayor técnica porque fuera de que se deben determinar las normas que se estiman violadas por la actividad de la administración, se tiene que explicar el sentido de la infracción. En este punto se asemeja al recurso extraordinario de casación.”^[777]

La Corte Constitucional al revisar la constitucionalidad del mencionado artículo 137-4 del C.C.A., consideró lo siguiente:

“A juicio de la Corte, la exigencia que contiene el segmento normativo acusado, cuando se demandan actos administrativos, encuentra su justificación en lo siguiente:

Los actos administrativos constituyen la forma o el modo usual en que se manifiesta la actividad de la administración, con miras a realizar las múltiples intervenciones en la actividad de los particulares, que en cumplimiento de los cometidos que le son propios autoriza el derecho objetivo.

La existencia de un régimen de derecho administrativo como el que nos rige, implica que la administración a través de dichos actos unilateralmente crea situaciones jurídicas impersonales y abstractas o define situaciones jurídicas subjetivas, es decir, que imponen obligaciones o reconocen derechos a favor de particulares.

La administración no requiere acudir al proceso judicial para declarar lo que es derecho en un caso concreto e imponer obligaciones a cargo del administrado, pues ella al igual que el juez aplica el derecho cuando quiera que para hacer prevalecer el interés público y dentro de la órbita de su competencia necesite actuar una pretensión frente a un particular, en virtud de una decisión que es ejecutiva y ejecutoria.

La necesidad de hacer prevalecer los intereses públicos o sociales sobre los intereses particulares y de responder en forma inmediata a la satisfacción de las necesidades urgentes de la comunidad, determina que los actos administrativos, una vez expedidos conforme a las formalidades jurídicas y puestos en conocimiento de los administrados, se presuman legales y tengan fuerza ejecutiva y ejecutoria, es decir, sean obligatorios para sus destinatarios y pueden ser realizados materialmente aun contra la voluntad de éstos.

Los anteriores caracteres que se predicán del acto administrativo tienen su fundamento constitucional en el régimen de derecho administrativo que institucionaliza nuestra Constitución, con fundamento en los arts. 1, 2, 3, 4, 6, 83, 84, 90, 91, 92, 113, 115, 121, 122, 123-2, 124, 150-2-4-5-7-8-9-19-21-22-23-25, 189, 209, 210, 211, 236, 237 y 238, entre otros.

Reitera la Corte, que si la administración debe realizar sus actividades con el propósito de satisfacer en forma inmediata y oportuna los intereses públicos o sociales, ajustada a los principios de legalidad y buena fe, dentro de los límites de su competencia, observando los criterios de igualdad, moralidad, publicidad, imparcialidad, eficiencia, economía y celeridad, y sujeta a un régimen de responsabilidad, la consecuencia necesaria es que sus actos gozan de la presunción de legalidad y son oponibles y de obligatorio cumplimiento por sus destinatarios.

La naturaleza y características propias del acto administrativo, que se han puesto de presente anteriormente, justifican plenamente que el legislador, dentro de la libertad de configuración de las normas procesales que regulan el ejercicio de las acciones contencioso administrativas, haya dispuesto que cuando se impugna un acto administrativo deban citarse las normas violadas y explicarse el concepto de la violación. En efecto: Si el acto administrativo, como expresión de voluntad de la administración que produce efectos jurídicos se presume legal y es ejecutivo y ejecutorio, le corresponde a quien alega su carencia de legitimidad, motivada por la incompetencia del órgano que lo expidió, la existencia de un vicio de

forma, la falsa motivación, la desviación de poder, la violación de la regla de derecho o el desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa, la carga procesal de cumplir con las exigencias que prevé la norma acusada.”^[778]

No obstante lo anterior, advirtió la Corte que en virtud del principio de la prevalencia del derecho sustancial, no se debe extremar la aplicación de la norma acusada, al punto tal que se aplique un rigorismo procesal que atente contra dicho principio. *“En tal virtud, defectos tales como la cita errónea de una disposición legal que por su contenido es fácilmente identificable por el juez, o el concepto de la violación insuficiente pero comprensible, no pueden conducir a desestimar un cargo de nulidad.”* Agregó que tratándose de derechos fundamentales de aplicación inmediata, *“el juez administrativo a efecto de asegurar su vigencia y goce efectivos debe aplicar la correspondiente norma constitucional, en forma oficiosa, así la demanda no la haya invocado expresamente”*.

En fin, a manera de conclusión afirmó la Corte que *“el aparte normativo acusado no viola las normas invocadas por el demandante ni ningún otro precepto de la Constitución. No obstante, la norma será declarada exequible condicionada a que cuando el juez administrativo advierta la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata, deberá proceder a su protección, aun cuando el actor en la demanda no hubiere cumplido con el requisito tantas veces mencionado, y que cuando dicho juez advierte incompatibilidad entre la Constitución y una norma jurídica deberá aplicar el art. 4 de la Constitución.”*

En síntesis, con la providencia anterior, se pone de presente que la Constitución Política de 1991 es norma de normas y que, en consecuencia, los valores y principios que la Carta consagra han de irradiar todo el ordenamiento y, desde luego, han de orientar su aplicación en concreto por parte de todos los operadores jurídicos.

3.2. La posibilidad de incluir en la demanda argumentos nuevos respecto de los aludidos en la solicitud de conciliación extrajudicial.

En el contexto referido en el punto anterior cobra especial importancia el asunto que se analiza, toda vez que si los argumentos no pudieran alterarse en absoluto al momento de confeccionar y presentar la demanda respecto de los que se dijo en la solicitud de conciliación extrajudicial, el contenido de ésta ataría por completo incluso la labor decisoria del juez.

En respuesta anterior^[779] se puso de presente que en relación con los hechos de los que surge el conflicto, se debe procurar la mayor precisión en la solicitud de conciliación, pues lo que se busca con la conciliación

extrajudicial es procurar que los interesados no lleguen al litigio sino que puedan poner fin a su controversia a través de este mecanismo alternativo de solución de conflictos. En pro de dicha finalidad, la causa *petendi*, es decir, “*aquel grupo de hechos jurídicamente calificados de los cuales se busca extraer una concreta consecuencia jurídica*”^[780], deberá coincidir, en gran medida, con el contenido de la demanda, en caso que no se llegue a ningún acuerdo. Esto precisamente para evitar que en la conciliación se señalen unos hechos y un determinado contexto normativo al que se adecuan los mismos y que luego, en el proceso judicial se aleguen otros, sin que ello implique que los argumentos expuesto en la solicitud de conciliación tengan que coincidir por completo con los fundamentos de derecho incorporados en la demanda.

En efecto, en primer término debe tenerse en cuenta que, de conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 6° del Decreto 1716 de 2009, no constituye, por regla general, requisito de la petición de conciliación, la exposición de los fundamentos de Derecho, como si se dispone respecto de la demanda, la cual, como se advirtió, ha de contener “*los fundamentos de derecho de las pretensiones*” y más exactamente la indicación precisa de las normas violadas y del concepto de la violación.

Lo anterior sería suficiente para concluir que puesto que el convocante no está obligado a incluir expresamente el fundamento de derecho de su solicitud, lógicamente no tienen que coincidir con los que esgrima en la demanda. No obstante, es usual que el convocante incorpore en la petición de conciliación argumentos jurídicos que sirvan de sustento a la solicitud, lo cual contribuye de manera importante al estudio jurídico que debe realizar la parte convocada. Aunque así ocurriere, en la demanda pueden incorporarse argumentos nuevos o diferentes a los presentados en la conciliación, incluso porque una de las importantes ventajas de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad es constituir un espacio en el que las partes puedan escucharse mutuamente, intercambiar opiniones y criterios, lo que puede comportar que el ahora demandante deseché algunos argumentos luego de agotada tal etapa, al llegar a convicción de que efectivamente carecen de vocación de prosperidad y mal podría obligársele a seguir invocando de manera obstinada un fundamento del que ya no está convencido.

Así mismo, puede ocurrir que a raíz de lo sucedido en la audiencia de conciliación o de la misma óptica de análisis por parte del agente del Ministerio Público, surjan para el actor nuevos argumentos que, desde luego, no fueron expuestos previamente.

En fin, una conclusión en sentido contrario comportaría una ilegítima intervención en el derecho constitucional fundamental de acceso a la Administración de Justicia y sería tanto como sostener que la parte

convocada no puede esgrimir en su defensa judicial argumentos o excepciones diferentes a los que planteó en el curso del trámite conciliatorio.

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que evidentemente la demanda que, ante la imposibilidad de conciliar, se presente en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, puede contener argumentos jurídicos nuevos respecto de los aludidos previamente en la solicitud de conciliación extrajudicial.

4.1.4 Accion de lesividad.

PREGUNTAS No. 80 y 81

TEMA(S): ACCION DE LESIVIDAD

1.- PREGUNTA.

<p><i>¿Es jurídicamente necesario surtir el requisito de procedibilidad para ejercer la denominada acción de lesividad?</i></p>
--

<p><i>¿Cómo está regulada la caducidad de la acción de lesividad?</i></p>
--

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• C.C.A., artículos 85, 136-7,149;
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none">• <i>CONSEJO DE ESTADO, SECCION TERCERA, C. P. MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, Sentencia de 4 de diciembre de 2006, expediente 10.227</i>

3.- CONSIDERACIONES.

Para resolver el problema jurídico contenido en la pregunta anterior, se abordarán los siguientes temas *i)* configuración de la acción de lesividad, y *ii)* procedencia de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para ejercer la acción de lesividad.

3.1. Configuración de la acción de lesividad.

En aquellos eventos en los cuales una entidad pública profiere un acto administrativo de carácter particular, favorable para su destinatario, encontrando posteriormente que resulta afectado por una o varias de las causales de nulidad y ante la imposibilidad jurídica de acudir a revocatoria directa –por ejemplo por no encontrarse incurso el acto en alguna de las causales contempladas en el artículo 69 del C.C.A., o por no contarse con el consentimiento expreso y escrito del destinatario de la decisión-, la entidad interesada cuenta con un mecanismo judicial para impugnar su propio acto, pretendiendo, además de la correspondiente declaratoria de nulidad, que se restablezca su derecho.

En efecto, el artículo 85 del C.C.A., consagra la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y al regular lo relativo a su titularidad, establece que ella recae en “*toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica*”, sin prever distinción alguna, por lo que puede, en consecuencia, ser ejercida por una persona natural, jurídica, privada o pública. Y es que, aunque en Derecho Administrativo lo usual sea que un particular demanda a la Administración, también se encuentra expresamente previsto que las entidades públicas puedan obrar en el proceso en calidad de demandantes, tal como lo establece el artículo 149 del C.C.A.^[781]

Esta posibilidad se encuentra prevista respecto de las acciones de reparación directa, contractual, repetición y, en cuanto interesa respecto de la pregunta, nulidad y restablecimiento del derecho. Respecto de esta última acción, por ejemplo, el artículo 136-2 del C.C.A., prevé que los actos que reconozcan prestaciones periódicas pueden demandarse en cualquier tiempo “**por la administración** o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe”. (Se destaca). Se trata de la denominada acción de *lesividad* –término que aunque no se encuentra previsto en la legislación colombiana es de uso frecuente en la academia y en la doctrina, tomado del derecho español- que no es otra cosa que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho impetrada por una entidad pública –que obra en calidad de demandante- pretendiendo, además del restablecimiento, que la Jurisdicción Contenciosa declare la nulidad de un acto –particular y favorable, se reitera- que ella misma expidió. En calidad de demandado obra el beneficiario del acto impugnado.

En relación con la configuración e historia de la denominada acción de lesividad, el Consejo de Estado en una trascendental providencia, ha sostenido:

“La Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra el acto propio.

Tal como sucede en otras legislaciones, en el ordenamiento colombiano se encuentra expresamente consagrada la posibilidad de que la Administración acuda ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pretendiendo que se declare la nulidad de un acto administrativo propio, esto es, expedido por la misma persona jurídica que obra en calidad de demandante y, consecuentemente se restablezca el derecho vulnerado.

(...) En el texto original del Decreto-Ley 01 de 1.984 se preveía expresamente que las entidades administrativas podían comparecer al proceso contencioso, no sólo en calidad de demandadas, como generalmente ocurre, sino también en calidad de demandantes^[782]. En efecto, se establecía que en algunos de estos eventos la competencia, por razón del territorio, se determinaba por el domicilio del demandado^[783]; que la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho sería de dos años “si el demandante es una entidad pública”^[784] y que las entidades públicas deberían estar representadas por abogado, tanto “en los procesos que promuevan” como en los que se adelanten contra ellas.^[785]

La Ley 446 de 1.998 reguló el tema en forma más directa e introdujo una clara diferencia entre la acción de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por un entidad pública contra acto administrativo expedido por otra entidad y la misma acción contra acto administrativo propio, al disponer expresamente que “Cuando una persona de derecho público demande **su propio acto** la caducidad será de dos años, contados a partir del día siguiente al de su expedición”.^[786] (Destaca la Sala).

De lo anterior se desprende que, de conformidad con el diseño normativo actualmente vigente, la acción en comento se circunscribe, en nuestro medio, a aquellos eventos en los cuales una entidad de derecho público impugna judicialmente un acto administrativo que ella misma expidió, pretendiendo que se declare su nulidad y el restablecimiento –automático o no- del derecho conculcado con el acto, caso en el cual, desde luego, no se aplica el requisito de procedibilidad relacionado con el agotamiento de la vía gubernativa^[787] y existe un término especial de caducidad (dos años), que se empieza a contar no desde la publicación o notificación del acto sino a partir del día siguiente al de su expedición.

Por el contrario, si una entidad de derecho público demanda un acto que ha sido expedido por otra, pretendiendo su nulidad y el consecuente restablecimiento de su derecho, se está en presencia de una típica acción ordinaria de nulidad y restablecimiento a la

que se deberá aplicar tanto el término de caducidad de 4 meses,^[788] como los demás requisitos de procedibilidad a que haya lugar.

Ha de precisarse que además de los eventos expuestos, siempre podrá la entidad pública^[789] impugnar un acto administrativo, propio o de otra entidad, en ejercicio de la acción de nulidad, acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A., la cual por regla general, puede interponerse –con esa única pretensión–, en cualquier momento a partir de la expedición del acto,^[790] teniendo en consideración que para determinar cuál es la acción procedente para el caso concreto, habrá de acudir a la teoría de los móviles y finalidades.”^[791]

Como puede advertirse, el máximo Tribunal Contencioso Administrativo se resiste a emplear el término acción de lesividad y prefiere la utilización de acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra acto propio, acción que se caracteriza por que, como se señala en la providencia anterior, no requiere del agotamiento de la vía gubernativa.

Además de lo anterior, al ejercer dicha acción procede la suspensión provisional de los efectos de los actos impugnados como medida cautelar, la cual deberá solicitarse y sustentarse expresamente en la demanda o en escrito separado presentado antes de su admisión, demostrando aún en forma sumaria, además de la manifiesta infracción de las disposiciones invocadas, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar a la entidad demandante, según dispone el artículo 152-2 del C.C.A.

El término de caducidad de esta acción se encuentra previsto en el artículo 136-7 del C.C.A., en la siguiente forma:

“Cuando una persona de derecho público demande su propio acto la caducidad será de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de su expedición”

Al respecto se destaca que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra acto propio no se encuentra cobijada por el término general de caducidad de cuatro meses y que, contrario al régimen normal, su cómputo no se inicia al día siguiente a la publicación o notificación del acto que se impugna, sino que se toma como referencia inicial el día siguiente a su expedición.

3.2. Procedencia de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para ejercer la acción de lesividad. Excepciones.

Como se dijo en el numeral anterior, la denominada acción de lesividad es, en rectitud, una acción de nulidad y restablecimiento del derecho ejercida por una entidad pública para impugnar sus propios actos y se encuentra consagrada en el artículo 85 del C.C.A.

Por consiguiente, debe tenerse en consideración que el artículo 13 de la Ley 1285 prevé que la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad se aplique respecto de las acciones previstas en los artículos **85**, 86 y 87 del C.C.A., por lo que, sin lugar a hesitación alguna, resulta aplicable respecto de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho^[792], incluyendo, por supuesto, su modalidad de ejercicio para impugnar acto propio.

En consecuencia, antes de ejercer la denominada acción de lesividad, debe agotarse la conciliación extrajudicial, por cuanto esta constituye un requisito de procedibilidad legalmente previsto para el ejercicio de tal acción. Sin embargo, se han establecido dos excepciones^[793] al agotamiento del mencionado requisito, las cuales resultan relevantes tratándose de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra acto propio:

i) La excepción por desconocimiento del domicilio del eventual convocado: Esta excepción a la obligatoriedad de agotar el requisito de procedibilidad, está consagrada en el inciso cuarto del artículo 35 de la Ley 640 de 2001, norma según la cual *“podrá acudir directamente a la jurisdicción cuando bajo la gravedad del juramento, que se entenderá prestado con la presentación de la demanda, se manifieste que se ignora el domicilio, el lugar de habitación y el lugar de trabajo del demandado, o que este se encuentra ausente y no se conoce su paradero.”*

ii) La excepción por utilización de la medida cautelas de suspensión provisional: Esta excepción se encuentra prevista en el inciso quinto del artículo 35 de la Ley 640 de 2001, en los siguientes términos: *“[c]uando en el proceso de que se trate, y se quiera solicitar el decreto y la práctica de medidas cautelares, se podrá acudir directamente a la jurisdicción. De lo contrario, tendrá que intentarse la conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad, de conformidad con lo previsto en la presente ley.”*

Se tiene de lo anterior que cuando se presente cualquiera de los supuestos exceptivos anteriores, podrá la entidad pública actora, acudir directamente a la Jurisdicción Contenciosa, en ejercicio de la denominada acción de lesividad.

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que, efectivamente, es jurídicamente necesario surtir la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para ejercer la denominada acción de lesividad o acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra acto propio, aunque existen dos importantes excepciones, acción que ha de ejercerse entro de los dos años contados a partir del día siguiente al de la expedición del acto que la Administración pretende impugnar.

4.1.7 Accion contenciosa especial ley 388 articulo 71

PREGUNTA No. 82

TEMA(S): ACCION CONTENCIOSA ESPECIAL LEY 388 ARTICULO 71

1.- PREGUNTA.

¿Se requiere agotar la conciliación previamente al ejercicio de la acción establecida en el artículo 71 de la Ley 388 de 1997?

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none"> • Constitución Política, artículo 58; • C.C.A., artículo 85; • Ley 388 de 1997, artículo 71
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none"> • Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 15 de mayo de 2003, Radicación número: 05001-23-31-000-2001-4053-01(23707).

3.- CONSIDERACIONES.

El artículo 58 de la Constitución, reformado por el Acto Legislativo 1 de 1999, prevé que “[s]e garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social”.

A renglón seguido, agrega la norma que *“La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica”*.

Y en su inciso final, determina la norma el tema que resulta especialmente relevante para la presente respuesta:

*“Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Ésta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. **En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa administrativa, incluso respecto del precio”**.*

En desarrollo de aparte resaltado, la Ley 388 de 1997, en su Capítulo VIII, regula la expropiación por vía administrativa, disponiendo sobre el particular que la determinación inicial del carácter administrativo de la expropiación se toma mediante acto administrativo que se notifica al titular del derecho de propiedad del respectivo inmueble y se inscribe en el correspondiente folio de matrícula inmobiliaria.^[794] En dicho acto administrativo se debe indicar el valor del precio indemnizatorio^[795] que se reconocerá al propietario y se precisarán las condiciones para el pago.

En el artículo 68 de la mencionada ley, se norma lo relacionado con la posterior y eventual decisión de expropiación por vía administrativa, su contenido y alcance, en los siguientes términos:

*“Cuando habiéndose determinado que el procedimiento tiene el carácter de expropiación por vía administrativa, y transcurran treinta (30) días hábiles contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo de que trata el artículo 66 de la presente ley, sin que se haya llegado a un acuerdo formal para la enajenación voluntaria contenido en un contrato de promesa de compraventa, **la autoridad competente dispondrá mediante acto motivado la expropiación administrativa** del bien inmueble correspondiente, el cual contendrá lo siguiente:*

- 1. La identificación precisa del bien inmueble objeto de expropiación.*
- 2. El valor del precio indemnizatorio y la forma de pago.*
- 3. La destinación que se dará al inmueble expropiado, de acuerdo con los motivos de utilidad pública o de interés social que se hayan invocado y las condiciones de urgencia que se hayan declarado.*
- 4. La orden de inscripción del acto administrativo, una vez ejecutoriado, en la correspondiente Oficina de Registro de*

Instrumentos Públicos, para los efectos de que se inscriba la transferencia del derecho de dominio de su titular a la entidad que haya dispuesto la expropiación.

5. La orden de notificación a los titulares de derecho del dominio u otros derechos reales sobre el bien expropiado, con indicación de los recursos que legalmente procedan en vía gubernativa.”

Contra esta decisión sólo procede el recurso de reposición en vía gubernativa^[796] y una vez en firme cobra la plenitud de sus efectos^[797], relacionados con la transferencia de la propiedad, el pago del precio indemnizatorio, la posibilidad de exigir la entrega material del bien, entre otros.

Es precisamente respecto de tal decisión que, en cumplimiento de la norma constitucional transcrita que determina la garantía de existencia de acción contencioso administrativa, incluso respecto del precio, el artículo 71, objeto de la pregunta, establece la configuración de la respectiva acción en los siguientes términos:

*“PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Contra la decisión de expropiación por vía administrativa procede **acción especial contencioso-administrativa** con el fin de obtener su nulidad y el restablecimiento del derecho lesionado, o para controvertir el precio indemnizatorio reconocido, la cual deberá interponerse dentro de los cuatro meses calendario siguientes a la ejecutoria de la respectiva decisión. El proceso a que da lugar dicha acción se someterá a las siguientes reglas particulares:*

- 1. El órgano competente será el Tribunal Administrativo en cuya jurisdicción se encuentre el inmueble expropiado, en primera instancia, cualquiera que sea la cuantía.*
- 2. Además de los requisitos ordinarios, a la demanda deberá acompañarse prueba de haber recibido los valores y documentos de deber puestos a disposición por la administración o consignados por ella en el mismo Tribunal Administrativo, y en ella misma deberán solicitarse las pruebas que se quieran hacer valer o que se solicita practicar.*
- 3. [Numeral declarado INEXEQUIBLE].*
- 4. Notificada la demanda a la entidad autora de la decisión de expropiación por vía administrativa, y concluido el término de cinco (5) días para la contestación de la misma, en la cual igualmente deberán indicarse las pruebas que se solicitan, se ordenará un período probatorio que no podrá ser superior a dos (2) meses, concluido el cual y después de dar traslado común a las partes para alegar por tres días, se pronunciará sentencia.*
- 5. Contra la sentencia procederá recurso de apelación ante el honorable Consejo de Estado, el cual decidirá de plano, salvo que*

discrecionalmente estime necesario practicar nuevas pruebas durante un lapso no superior a un mes. La parte que no haya apelado podrá presentar sus alegaciones, por una sola vez, en cualquier momento antes de que el proceso entre al despacho para pronunciar sentencia.

6. <Numeral derogado por el Acto Legislativo 01 de 1999>

7. Cuando la sentencia revoque la decisión del Tribunal Administrativo y declare la nulidad y el consiguiente restablecimiento del derecho, dispondrá lo siguiente:

a) La suspensión en forma inmediata, por parte de la respectiva entidad pública, de todas las acciones y operaciones en curso para utilizar el bien expropiado;

b) La práctica, antes del cumplimiento de la sentencia, por el Tribunal Administrativo ante el cual se haya surtido la primera instancia, de una diligencia de inspección con intervención de peritos, a fin de determinar mediante auto de liquidación y ejecución de la sentencia que pronunciará la respectiva Sala de Decisión contra el cual sólo procederá el recurso de reposición, si el bien ha sido o no utilizado o si lo ha sido parcialmente y, según el caso, el valor de la indemnización debida. En el mismo acto se precisará si los valores y documentos de deber compensan la indemnización determinada y en qué proporción, si hay lugar a reintegro de parte de ellos a la administración, o si ésta debe pagar una suma adicional para cubrir el total de la indemnización;

c) La orden de registro de la sentencia de la respectiva Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, a fin de que la persona recupere en forma total o parcial la titularidad del bien expropiado, conforme a la determinación que se haya tomado en el auto de liquidación y ejecución de la sentencia, para el caso en que la administración no haya utilizado o sólo haya utilizado parcialmente el inmueble expropiado. Cuando haya lugar al reintegro de valores o documentos de deber, para efectuar el registro se deberá acreditar certificación auténtica de que se efectuó el reintegro respectivo en los términos indicados en el auto de liquidación y ejecución de la sentencia;

d) La orden de pago del valor que a título de restablecimiento del derecho lesionado debe pagar adicionalmente la administración, sin que haya lugar a reintegro alguno de los valores y documentos de deber recibidos ni al registro de la sentencia de la oficina de Registro de Instrumentos Públicos, cuando la administración haya utilizado completamente el bien expropiado.

8. Si la sentencia decide, conforme a la demanda, sobre el precio indemnizatorio reconocido por la administración, dispondrá si hay lugar a una elevación del valor correspondiente o a una modificación de la forma de pago. En este caso, las determinaciones que se hagan en el auto de liquidación de la sentencia, tendrán en

cuenta el nuevo precio indemnizatorio y la diferente modalidad de pago.”

Se trata de una acción contencioso administrativa especial, como la misma ley determina, diferente de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., tal como lo ha puesto de presente la jurisprudencia del Consejo de Estado, que luego de resaltar las características de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y de reparación directa hace referencia a la acción especial consagrada en el artículo 71 de la Ley 388. En efecto, señaló la Corporación:

“[E]l criterio útil en la determinación de la acción procedente para reparar daños generados por la administración es el origen de los mismos, de manera tal que, si la causa del perjuicio es un acto administrativo ilegal debe acudirse a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Dicho criterio tiene por fundamento, además del texto del artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, una regla práctica: si el daño es generado por la aplicación de un acto administrativo ilegal, seguramente, para que la reparación sea posible será necesario dejarlo sin efectos y ello, dada la presunción de legalidad que lo cobijaría, sólo sería posible la declaración judicial de anulación del mismo.

La acción de reparación directa, consagrada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, si bien coincide en su naturaleza reparatoria con la de la de nulidad y restablecimiento del derecho, difiere de ésta última en la causa del daño. En efecto, la primera solo será procedente en los casos en que el perjuicio haya sido causado por un hecho, una omisión, una operación administrativa, la ocupación temporal o permanente de un inmueble o, incluso por un acto administrativo legal; en cambio, la de nulidad y restablecimiento del derecho procede siempre que el origen del daño sea un acto administrativo viciado de algún tipo de ilegalidad.

Debe recordarse que, la procedencia de una u otra acción y su elección por parte del demandante tienen relación con el debido proceso del posible demandado, de manera que, no puede entenderse que la indebida escogencia de la acción es un simple defecto formal de la demanda.

*Respecto de las decisiones de expropiación de inmuebles urbanos por vía administrativa, la **ley 388 de 1997 estableció una acción especial contencioso administrativa** con el fin de obtener “la nulidad y restablecimiento del derecho lesionado, o para controvertir el precio indemnizatorio reconocido”. La acción deberá*

interponerse dentro de los cuatro meses siguientes a la ejecutoria del acto de expropiación. Se trata, además, de un proceso de doble instancia, cualquiera que sea la cuantía de lo reclamado.

(...) lo solicitado por el demandante corresponde a la acción especial de nulidad y restablecimiento del derecho establecida en el artículo 71 de la ley 388 de 1997, en la que se determina una vía procesal de esa índole para la impugnación de actos de expropiación por vía administrativa de inmuebles urbanos o cuando se cuestione el precio indemnizatorio pagados por los mismos. Ambos supuestos se cumplen en la demanda rechazada por el Tribunal.”^[798]

Así mismo, la doctrina ha precisado que se trata de una acción “*que tiene por objeto no solo la nulidad y restablecimiento del derecho vulnerado con la expedición del acto de expropiación por vía administrativa, sino también lo relativo a las controversias sobre el precio ofrecido por la administración, retomando en este último aspecto lo que en la expropiación ordinaria correspondería a la justicia ordinaria a través de los jueces del circuito dentro del llamado proceso de expropiación. Se trata de una combinación procesal que economiza tiempo en la definición de la situación jurídica de la expropiación.*”^[799]

En síntesis, la acción consagrada en el artículo 71 de la Ley 388, constituye una acción contencioso administrativa de carácter especial, dotada de identidad y características propias, diferente de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C.C.A., pese a tener en común con ésta las pretensiones que puede esgrimir el actor, tal como las comparte con la acción de controversias contractuales^[800] en la que se solicite la declaratoria de nulidad de un acto administrativo y el consecuente restablecimiento del derecho, o tal como las acciones de simple nulidad^[801] y de nulidad por inconstitucionalidad^[802] pueden tener pretensiones comunes.

La acción prevista en el mencionado artículo 71, es una acción contenciosa especial, no sólo por su consagración y origen legal diferente, sino por su configuración específica en cuanto a los siguientes trascendentales aspectos:

- **Su objeto:** por proceder exclusivamente para impugnar un especial acto administrativo, esto es el que contiene la decisión de expropiación por vía administrativa.
- **Competencia para su conocimiento:** Toda vez que se atribuye al Tribunal Administrativo, no al juez, y se determina el factor territorial por el lugar de ubicación del inmueble expropiado.
- **Caducidad:** Su término, de cuatro meses, comienza a computarse desde el día de ejecutoria de la respectiva decisión.

- **Requisitos de la demanda:** Debe acompañarse la prueba de haber los valores y documentos de deber puestos a disposición por la Administración.
- **Procedimiento:** No se rige por el procedimiento ordinario previsto en los artículos 206 y siguientes del C.C.A.
- **Segunda instancia:** Siempre procede recurso de apelación contra la sentencia proferida por el tribunal y la tramitación de la segunda instancia no se rige por las normas del C.C.A.
- **Alcance de la sentencia:** El alcance y contenido de la sentencia se encuentra regulado por lo previsto en los cuatro literales del numeral 7° y por el numeral 8° del mencionado artículo.

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que la acción consagrada en el artículo 71 de la Ley 388 de 1997, en virtud de la garantía establecida en el artículo 58 de la Constitución Política, es un acción contencioso administrativa especial, en consecuencia, diferente de la prevista en el artículo 85 del C.C.A., y, por tanto, no es susceptible de la conciliación extrajudicial que como requisito de procedibilidad se encuentra establecido en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, exclusivamente respecto de las acciones consagradas en los artículos 85, 86 y 87 del C.C.A.

4.1.5 Sobre que actos administrativos se puede conciliar.

PREGUNTA No. 83

TEMA(S): ACTO ADMINISTRATIVO/CONCILIACION
--

1.- PREGUNTA.

<i>¿Sobre cuáles actos administrativos se puede conciliar extrajudicialmente?</i>

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none"> • Ley 446 de 1998, artículos 70 y 71; • Ley 1285 de 2009, artículo 13; • Decreto 1716 de 2009, artículo 9-3.
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none"> • Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 2008; • Corte Constitucional, Sentencia C-033 de 2005; • Corte Constitucional, Sentencia C-1436 de 2000; • Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 16 de marzo de 2005, Exp. 17.921A, M.P. Ruth Stella Correa Palacio; • Consejo de Estado, Sección Tercera, providencia del 9 de diciembre de 2004, Radicación (27921), M.P., RAMIRO SAAVEDRA BECERRA; • Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 143 del 12 de diciembre de 1991.

3.- CONSIDERACIONES.

Por acto administrativo se entiende en el Derecho Administrativo colombiano toda manifestación unilateral de la voluntad de una autoridad o de un particular en desarrollo de una función administrativa que produce efectos jurídicos, sometida a la Constitución y a la ley, y cuyo control jurisdiccional corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

La jurisprudencia constitucional ha sostenido respecto del concepto, importancia y características del acto administrativo, lo siguiente:

“El acto administrativo definido como la manifestación de la voluntad de la administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de éstos, tiene como presupuestos esenciales su sujeción al orden jurídico y el respeto por las garantías y derechos de los administrados.

Como expresión del poder estatal y como garantía para los administrados, en el marco del Estado de Derecho, se exige que el acto administrativo esté conforme no sólo a las normas de carácter constitucional sino con aquellas jerárquicamente inferiores a ésta. Este es el principio de legalidad, fundamento de las actuaciones administrativas, a través del

cual se le garantiza a los administrados que en ejercicio de sus potestades, la administración actúa dentro de los parámetros fijados por el Constituyente y por el legislador, razón que hace obligatorio el acto desde su expedición, pues se presume su legalidad.

Presunción de legalidad que encuentra su contrapeso en el control que sobre él puede efectuar la jurisdicción. Así, la confrontación del acto con el ordenamiento jurídico, a efectos de determinar su correspondencia con éste, tanto por los aspectos formales como por los sustanciales, la ejerce, entre nosotros, el juez contencioso, que como órgano diverso a aquel que profirió el acto, posee la competencia, la imparcialidad y la coerción para analizar la conducta de la administración y resolver con efectos vinculantes sobre la misma. Esta intervención de la jurisdicción, permite apoyar o desvirtuar la presunción de legalidad que sobre el acto administrativo recae, a través de las acciones concebidas para el efecto, que permiten declarar la nulidad del acto y, cuando a ello es procedente, ordenar el restablecimiento del derecho y el resarcimiento de los daños causados con su expedición.

En este sentido, debemos decir que la administración debe actuar con sujeción al orden público normativo, entendido éste como “el conjunto de normas positivas absolutamente obligatorias, donde no cabe transigencia ni tolerancia, por afectar a los principios fundamentales de la sociedad, de una institución o de las garantías precisas para su subsistencia...” (Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Guillermo Cabanellas), en donde el legislador ha previsto, como una forma de mantener el respeto por ese orden normativo, las acciones de simple nulidad (artículo 84 del Código Contencioso Administrativo), cuyo propósito principal es la conservación y restitución del principio de legalidad y las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 85 del Código Contencioso Administrativo), en las que no sólo se busca la efectividad del principio de legalidad sino la indemnización de los daños causados con la expedición del acto administrativo correspondiente.”^[803]

La legislación actualmente vigente permite la conciliación extrajudicial de los actos administrativos, siempre y cuando, en el caso concreto, se reúnan los siguientes supuestos: *i)* que se trate de un acto de carácter particular y concreto^[804]; *ii)* que se trate de un acto que tenga efectos de contenido patrimonial; *iii)* que el acto se encuentre incurso en causal de revocatoria directa; *iv)* que el acto sea susceptible de impugnación mediante cualquiera de las acciones consagradas en los artículos 85, 86 y 87 del C.C.A.; y *v)* que se encuentre debidamente agotada la vía gubernativa.

A continuación se abordará cada uno de los anteriores supuestos.

3.1. Que se trate de un acto de carácter particular y concreto.

El artículo 70 de la Ley 446 de 1998, establece que, en asuntos contencioso administrativos, la conciliación extrajudicial procede “*sobre conflictos de carácter particular*” y, en consonancia con lo anterior, el artículo 71 de la misma ley regula la posibilidad de conciliar “*cuando medie acto administrativo de carácter particular*”

El acto administrativo de carácter particular y concreto es aquel que crea modifica o extingue una situación jurídica de carácter subjetivo y concreto. Por definición, el acto administrativo tiene naturaleza decisoria y en tal virtud, tiene “*la fuerza suficiente para crear situaciones jurídicas –en este caso particulares- a partir de su contenido*”^[805], a punto tal que “*si la manifestación de voluntad no decide ni crea situación jurídica, no es un acto administrativo*”^[806]

En efecto, la doctrina española precisa que los actos administrativos deben dirigirse “*a la producción o al establecimiento de una consecuencia jurídica, consecuencia que consistirá en la creación, la modificación o la extinción de un derecho o un deber, o en su declaración vinculante, o, también, en cuanto se reconoce la existencia de actos administrativos reales, a la determinación de la condición jurídica de una cosa*”.^[807]

El acto administrativo de carácter subjetivo, particular y concreto, puede resultar respecto de su destinatario favorable –por incrementar su patrimonio jurídico, reconocerle un derecho, mejorar su situación jurídica anterior- o desfavorable –cuando restringe el patrimonio jurídico del particular destinatario al tener un efecto negativo o desventajoso respecto de él- y en algunos eventos se pueden combinar los dos tipos de efectos.

Son, precisamente esos intereses de contenido particular y subjetivo los que se discuten y son objeto de conciliación^[808]. A *contrario sensu*, cuando se trata de actos administrativos generales, impersonales y abstracto, como por ejemplo o decreto reglamentario o cualquier acto de carácter normativo, no resulta jurídicamente viable la conciliación extrajudicial en asuntos contencioso administrativos.

3.2. Que se trate de un acto que tenga efectos de contenido patrimonial.

El artículo 70 de la Ley 446 de 1998, establece que en asuntos contencioso administrativos la conciliación extrajudicial procede “*sobre conflictos de ... **contenido económico***” y, por su parte, el artículo 71 se ordena que cuando medie acto administrativo de carácter particular, “*podrá conciliarse sobre los **efectos económicos del mismo***”.

En la Sentencia C-033 del año 2005, la Corte Constitucional, preciso al respecto:

*“En lo que toca con la conciliación en materia administrativa, el régimen especial estatuido en la mencionada Ley 23 de 1991 fue objeto de análisis en la Sentencia No. 143 del 12 de diciembre de 1991 de la Corte Suprema de Justicia, que declaró la conformidad con la Constitución Política de 1991 pero en el entendido de 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 ante alguno de los supuestos que la legitiman para **revocar directamente el acto**, bien por inconstitucionalidad o ilegalidad manifiestas o por inconveniencia y sólo en caso afirmativo podrá proceder a la conciliación” y aclarando que “...**la institución de la conciliación contencioso administrativa** prevista en las normas sub iudice y contraída a los casos que en precedencia fueron examinados, **no entraña posibilidad alguna de que la legalidad del acto o su firmeza pendan del mero querer de las partes involucradas en la litis contenciosa, lo cual sería a todas luces inaceptable por inconstitucional**. En ese entendimiento y con las precisiones anotadas, la Corporación la juzga exequible”.*”

Claramente se desprende de lo anterior, que no se trata de concitar respecto de la legalidad ni de la presunción de legalidad de los actos administrativos sino única y exclusivamente respecto de los efectos económicos que de ellos se deriven, efectos que, a su vez, son el centro del conflicto a conciliar.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional en la Sentencia C-713 de 2008, señaló que, en estos eventos “*lo que se discute son intereses de contenido particular y subjetivo, **generalmente de orden patrimonial**, y no la legalidad o constitucionalidad en abstracto*”.

En consecuencia, no procedería la conciliación si del acto no se derivan efectos de contenido patrimonial, es decir si en la eventual demanda ninguna de las pretensiones fuese de contenido económico, toda vez que, se reitera la conciliación se ejerce únicamente respecto de tales efectos.

3.3. Que el acto se encuentre incurso en causal de revocatoria directa.

El artículo 71 de la Ley 446 de 1998, establece que “[c]uando medie Acto Administrativo de carácter particular, podrá conciliarse sobre los efectos económicos del mismo **si se da alguna de las causales del artículo 69**

del Código Contencioso Administrativo, evento en el cual, una vez aprobada la conciliación, se entenderá revocado el acto y sustituido por el acuerdo logrado."

Las causales que permiten la revocación directa de los actos administrativos son las siguientes, bastando, para efectos de la conciliación extrajudicial, la presencia de una de ellas:

1. Cuando el acto administrativo sea manifiestamente opuesto a la Constitución Política o la Ley, destacando que el vocablo *manifiesta*, - que se emplea también como requisito de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos-, implica que la oposición a las normas superiores sea patente clara, evidente, grosera.
2. Cuando el acto administrativo no esté conforme con el interés público o social o atente contra él. En este caso se trata de un concepto jurídico indeterminado, el *interés público*, pero que en nada resulta ajeno al Derecho Administrativo.
3. Cuando con el acto se cause agravio injustificado a una persona, que, en términos del artículo 90 constitucional, comporta la presencia de un *daño antijurídico*, esto es, un daño respecto del cual el afectado no tiene la obligación jurídica de soportar.

Se destaca así que cualquiera de la tres causales de revocatoria tiene la virtualidad jurídica de servir de fundamento para efectos de la conciliación extrajudicial, con lo que se deja de lado la vieja discusión doctrinal relacionada con el eventual contenido de mérito o conveniencia de las dos últimas causales, por lo que, para efectos de la conciliación extrajudicial, todas las causales de revocatoria directa han de entenderse como de legalidad, en los términos expuestos, lo que, a su vez, permite que, en caso de llegarse a acuerdo, el juez verifique, como le corresponde, un control de legalidad –entendido en términos actuales y no decimonónicos, lo que implica tener en cuenta el concepto de bloque de legalidad incorporando los derechos, valores y principios que de la Constitución emanan- respecto del acuerdo y no, se insiste, una evaluación de mérito, conveniencia u oportunidad.

El Consejo de Estado ha señalado sobre el particular:

“Cuando el precepto reseñado hace un reenvío al artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, que se ocupa de regular las causales de procedencia de la revocatoria directa, no restringe las funciones de control de legalidad a cargo del juez administrativo. A pesar de que la norma transcrita remita a las causales del 69 del C.C.A., que usualmente se han distinguido entre las relativas a la

conveniencia y las atinentes a la legalidad, lo cierto es que está regulando una figura distinta a la revocatoria directa consagrada en ese artículo: la simple remisión legislativa, con miras a establecer causales para su procedencia, no hace equiparable exactamente la revocatoria que directamente profiere la Administración con la figura de la revocación del acto que se entiende como producto del acuerdo conciliatorio sobre sus efectos.

En el primer evento, el acto administrativo que ordena la revocatoria directa, como declaración unilateral del órgano en ejercicio de la función administrativa, obviamente debe motivarse, pero a la Administración no le compete probar lo allí afirmado, pues el mismo goza de la doble presunción de legalidad y veracidad, y el juicio sobre la verdad de lo afirmado sólo tiene lugar si se demanda el acto de revocatoria.

En contraste, tratándose de acuerdos conciliatorios, no obstante la remisión a las causales contendidas en el artículo 69 del C.C.A., la situación es enteramente distinta, justamente porque la ley exigió un control previo de legalidad a cargo del juez administrativo. Si la ley le otorgó la competencia de revisar el acuerdo -que como se dijo es por definición una revisión de legalidad-, corresponde a las partes del acuerdo que se somete a examen de legalidad judicial no sólo afirmar, como sucede en la revocatoria, sino demostrar la existencia de la causal.

Como lo señaló la providencia recurrida, las tres causales son en definitiva de legalidad y, por ello, el juez debe entrar a cotejar si el acuerdo se aviene al orden jurídico. La potestad de revocación, en todo caso, sea basada en razones de estricta legalidad o en motivos de oportunidad relacionados con la valoración del interés público, tiene como límite el ordenamiento jurídico (que no es una restricción baladí). En otras palabras, si bien la administración pública está encargada de la satisfacción de los intereses públicos, esta finalidad ha de lograrse, por supuesto, dentro de los límites de la ley.”^[809]

En otra providencia, el Consejo de Estado enfatizó, en esa misma línea, que las razones de simple conveniencia no resultan ser suficientes para conciliar en materia contencioso administrativa y, desde luego, para aprobar judicialmente el respectivo acuerdo. En efecto, sostuvo la Corporación que “[n]i las razones de conveniencia ni las razones de equidad, constituyen elemento suficiente para conciliar los efectos patrimoniales de una decisión de la administración, pues, **para que proceda la conciliación debe superarse el test de legalidad, y superado este, el juzgador velará**

porque el acuerdo no resulte lesivo para el patrimonio público; verificará que existan las pruebas necesarias que lo respalden.^[810]

Por su parte, el artículo 9-3 del Decreto 1716 de 2009, prevé que si la conciliación “*versa sobre los efectos económicos de un acto particular*” se debe indicar de manera expresa en el acta de conciliación cual o cuales de las causales de revocatoria previstas en el artículo 69 del C.C.A., sirve de fundamento al acuerdo, lo cual debe justificarse debidamente y, además, ha de precisarse si con ocasión del acuerdo celebrado se entiende el respectivo acto revocado total o parcialmente.

3.4. Que el acto sea susceptible de impugnación mediante cualquiera de las acciones consagradas en los artículos 85, 86 y 87 del C.C.A.

El mencionado artículo 70 de la Ley 446 de 1998, establece que en asuntos contencioso administrativos la conciliación extrajudicial procede “*sobre conflictos ... de que 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*”.

Así mismo, la Ley 1285 de 2008 y el Decreto 1716 de 2009 – art. 2º - consagran la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para el ejercicio de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del C.C.A. Sin embargo, resulta pertinente destacar que en cuanto interesa para efecto de la presente respuestas de tales acciones las únicas que son jurídicamente idóneas para pretender que se declare la nulidad de actos administrativos son:

i) La de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., incluyendo como una especie de ella la denominada acción de lesividad; y

ii) La acción de controversias contractuales, en cuanto mediante ella se puede solicitar que se declare la nulidad de actos administrativos expedidos en desarrollo de la actividad contractual del Estado.

3.5. Que se encuentre debidamente agotada la vía gubernativa.

El artículo 61 de la Ley 23 de 1991, modificado mediante el artículo 81 de la Ley 446 de 1998, establece que “[l]a conciliación administrativa prejudicial sólo tendrá lugar cuando no procediere la vía gubernativa o cuando ésta estuviere agotada”.

Se deriva de la exigencia anterior, que la conciliación en asuntos contencioso administrativos, como requisito de procedibilidad, solamente resulta procedente *i)* cuando en el respectivo asunto no proceda la vía gubernativa, como cuando se trata de hechos, omisiones, operaciones administrativas, ocupación temporal o permanente de inmuebles o de controversias originadas en contratos estatales o *ii)* la vía gubernativa estuviere debidamente agotada.

Resulta oportuno insistir en que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 62, 63 y 135 del C.C.A., el requisito de procedibilidad denominado agotamiento de la vía gubernativa se considera debidamente agotado, cuando se presente cualquiera de los siguientes eventos:

- Cuando contra el respectivo acto administrativo no proceda ningún recurso;
- Cuando los recursos -de reposición y/o el obligatorio de apelación- interpuestos se hayan decidido;
- Cuando el acto administrativo quede en firme por no haber sido interpuestos los recursos facultativos de reposición y queja;
- Cuando ocurre el silencio administrativo negativo en relación con la petición inicial;
- Cuando la Administración no hubiere dado oportunidad de interponer los recursos procedentes.

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que respecto de los actos administrativos, entendidos como manifestaciones unilaterales de la voluntad de las autoridades, en desarrollo de una función administrativa, tendientes a la producción de efectos jurídicos, la conciliación extrajudicial resulta jurídicamente procedente, siempre y cuando, en el caso concreto, se reúnan los siguientes supuestos: *i)* que se trate de un acto de carácter particular y concreto^[811]; *ii)* que se trate de un acto que tenga efectos de contenido patrimonial; *iii)* que el acto se encuentre incurso en causal de revocatoria directa; *iv)* que el acto sea susceptible de impugnación mediante cualquiera de las acciones consagradas en los artículos 85, 86 y 87 del C.C.A.; y *v)* que se encuentre debidamente agotada la vía gubernativa.

4.1.1.2

Reconocimiento de prestaciones periódicas.

PREGUNTA No. 84

TEMA(S): CADUCIDAD/ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.

1.- PREGUNTA.

<p><i>¿Procede la conciliación extrajudicial, en cualquier tiempo, cuando se trate de actos administrativos expresos que reconozcan o nieguen el reconocimiento de prestaciones periódicas?</i></p>

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• C.C.A., artículo 85, 136-2.
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none">• Corte Constitucional, Sentencia C-108 de 1994;• Corte Constitucional, Sentencia C-351 de 1994;• Corte Constitucional, Sentencia C-1049 de 2004;• Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 27 de marzo de 2008, Rad. 2006-08346;• Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 2 de octubre de 2008, Rad. 2002-06050.

3.- CONSIDERACIONES.

Tal como se ha referido en respuesta anterior, si ha operado el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción contencioso administrativa que se ejercería, no resulta jurídicamente procedente la conciliación extrajudicial.

En consecuencia, para resolver el problema jurídico contenido en la pregunta anterior, resulta necesario precisar *i)* el término de caducidad cuando se trata de la impugnación de actos que reconozcan prestaciones periódicas y *ii)* el término de caducidad para impugnar actos que nieguen el reconocimiento de prestaciones periódicas.

3.1. Término de caducidad cuando se trata de la impugnación de actos que reconozcan prestaciones periódicas.

El artículo 136-2 del C.C.A., consagra, en los siguientes términos, una excepción a la regla general que gobierna el término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho: *“los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe.”*

En efecto, la mencionada norma establece, como regla general, en cuatro (4) meses el término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, prevista en el artículo 85 del mismo cuerpo normativo. Sin embargo, a reglón seguido consagra una excepción, aplicable respecto de aquellos eventos en los cuales mediante el ejercicio de dicha acción se impugnen **actos administrativos que reconozcan prestaciones periódicas** y, desde luego, los demás eventos se ha de regir por la citada regla general.

Debe destacarse que la excepción en comento, en cuanto tal, debe entenderse como de interpretación restrictiva y, en consecuencia, se ha de aplicar única y exclusivamente respecto de los actos que efectivamente reconozcan prestaciones periódicas, esto es, respecto de los actos administrativos favorables –entendiendo por tales aquellos amplían la esfera o el patrimonio jurídico del destinatario, es decir, que crean o reconocen un derecho o una ventaja jurídica^[812]- mediante los cuales se resuelve de manera positiva para su destinatario una solicitud de reconocimiento de una o varias de tales prestaciones.

Permite la citada excepción al término ordinario de caducidad, que tales actos puedan ser impugnados sin límite temporal alguno, bien por la misma administración -representada en este caso por la entidad que profirió el acto- mediante la denominada acción de lesividad, bien por parte del particular ininteresado, mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho propiamente dicha. Sin embargo, ha de reiterarse que el supuesto exceptivo contenido en el mencionado artículo 136-2 del C.C.A., no excluye al interesado del deber de cumplir previamente con los requisitos de procedibilidad legalmente impuestos para el efecto.

De otra parte, en relación con el concepto de prestaciones periódicas, la jurisprudencia constitucional ha precisado lo siguiente:

“En el régimen laboral colombiano por “prestaciones sociales” se entienden los pagos que el empleador hace al trabajador en dinero,

especie, servicios u otros beneficios, con el fin de cubrir los riesgos o necesidades de este que se originan durante la relación de trabajo o con motivo de la misma. Se diferencian de los salarios en que no retribuyen directamente los servicios prestados y de las indemnizaciones en que no reparan perjuicios causados por el empleador.

En cuanto a su origen, las prestaciones pueden ser creadas por ministerio de la ley, o pactadas en convenciones y pactos colectivos o en el contrato de trabajo, o establecidas en los reglamentos de trabajo, en fallos arbitrales, o en cualquier otro acto unilateral del empleador.

La doctrina distingue las prestaciones en dinero, según se concreten en **una suma única** o en **el abono de prestaciones periódicas**. Se cita como ejemplo más frecuente el de los sistemas de capital o renta para indemnizar a las víctimas de riesgos o infortunios laborales. Las prestaciones periódicas a su vez pueden ser transitorias o permanentes; por lo general, se denominan **subsidios** a las indemnizaciones periódicas con corta duración y **pensiones** cuando se abonan durante bastante tiempo e incluso con carácter vitalicio.

Con respecto a su forma, las prestaciones a su vez pueden ser **uniformes o variables**. Las primeras se limitan a garantizar niveles mínimos de subsistencia o de atención, con independencia de los diversos recursos de los beneficiarios. En cambio, las segundas actúan de acuerdo a los ingresos de los asegurados con las contribuciones que ellos mismos efectúan o que por ellos se producen y con el objetivo de mantener un nivel económico determinado.

Por su parte, el Código Sustantivo del Trabajo clasifica las prestaciones sociales a cargo del empleador en "comunes" y "especiales" según estén a cargo de todo patrono o empresa independientemente de su capital; o de patronos específicos, teniendo en cuenta su capacidad económica.

En dinero o especie, las prestaciones sociales tienden hacia los siguientes fines:

***Resarcir Riesgos:** Se concede la indemnización prevista, por lo general adaptada al siniestro o perjuicio y a las contribuciones efectuadas, con sujeción a escalas y establecimiento de límites máximos. Se trata de compensar la falta de ingresos que el riesgo haya determinado.

****Atender Cargas Familiares:** Se denominan asignaciones, subvenciones, subsidios o salario familiar. Se originan por el número de hijos, la nupcialidad, la maternidad y la escolaridad.*

****La Subsistencia de las clases pasivas** a favor del que ha dejado de trabajar por haber alcanzado el número de años de vida y de servicios para tener derecho a esta percepción, que recibe los nombres de jubilación o retiro; o bien por un vínculo personal y económico inmediato con un trabajador en activo, jubilado o retirado y que se denomina pensión.*

****Por medida Graciable,** a favor de personas en caso de involuntaria e insuperable necesidad, por desgracias individuales o colectivas que mueven recursos de beneficencia pública y de asistencia social.”^[813]*

En conclusión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136-2 del C.C.A., los actos administrativos favorables que reconozcan prestaciones periódicas, pueden ser impugnados en cualquier tiempo, mediante la acción de lesividad o mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

3.2. Término de caducidad para impugnar actos que nieguen el reconocimiento de prestaciones periódicas.

Tal como se dijo en el numeral anterior, el artículo 136 del C.C.A., establece en su numeral segundo que los actos que reconozcan prestaciones periódicas pueden demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados. Aunque la norma exceptiva se refiere solamente a los actos favorables –que reconozcan prestaciones periódicas–, dos han sido las interpretaciones que la jurisprudencia ha derivado de dicha norma respecto del término de caducidad aplicable para impugnar, en general mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, los actos administrativos desfavorables –entendiendo por tales, aquellos que restringen el patrimonio jurídico de los particulares, que tiene un efecto desventajoso o perjudicial para su destinatario, como la negación de un derecho o ventaja solicitada o la determinación del nacimiento de una obligación a su cargo^[814]- que nieguen el reconocimiento de una o varias prestaciones periódicas, a saber: *i)* tesis que propugna por la aplicación de la regla general de caducidad y *ii)* tesis que propugna por la aplicación de la excepción.

3.2.1. Tesis que propugna por la aplicación de la regla general de caducidad.

De conformidad con el primer criterio, la regla general de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es aquella según la cual la acción caduca al cabo de cuatro meses y, excepcionalmente, se prevé que *los actos que reconozcan prestaciones periódicas* pueden demandarse en cualquier tiempo. Esta excepción es de interpretación restringida y se aplica únicamente respecto de los actos favorables descritos en el supuesto fáctico y, en consecuencia, no puede hacerse extensiva a los actos que, por el contrario, nieguen el reconocimiento de tales prestaciones.

Esta tesis se encuentra, por ejemplo, en la Sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, Subsección B, con ponencia de Bertha Lucia Ramírez de Páez, del 27 de marzo de 2008, Rad. 2006-08346, actor: Gustavo Motealegre Almario, demandado: Fondo de Previsión del Congreso de la República.

Así mismo, en Sentencia del 8 de octubre del mismo año, la Subsección A, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, aunque opta por una línea jurisprudencia diferente, reconoce, de manera expresa, que esta tesis ha sido la dominante, al señalar que:

*“Tradicionalmente y en forma uniforme, esta Corporación ha venido sosteniendo la no caducidad de la acción contenciosa respecto de los actos administrativos **que reconocen** prestaciones periódicas de acuerdo a la prescripción establecida en el artículo 136 numeral 2° del C.C.A, modificado por la Ley 446 de 1998. Sin embargo, en esta oportunidad la Sala define un enfoque distinto a tal regulación;*

(...) en Sentencia del 29 de junio de 1993, Expediente No. 5594^[815], la Corporación, en Sala de Sección afirmó que, si bien es cierto, la pensión de jubilación es imprescriptible y por ello aun negada puede volverse a solicitar a la Administración en cualquier tiempo, el ejercicio de la acción contenciosa administrativa contra el acto que niega la referida pensión está sujeto al término de caducidad de 4 meses, previsto en el artículo 136 del C.C.A.. En este sentido, la expresión “en cualquier tiempo”, se refiere a los actos que reconozcan prestaciones periódicas no a los que niegan el derecho, que sí se rigen por lo dispuesto en el inciso segundo ibídem.

El pensamiento jurisprudencial anotado, volvió a reiterarse por la Sección Segunda del Consejo de Estado en decisión del 19 de diciembre de 1995^[816], expresando esta vez que cuando se trata de un acto que culminó una petición en interés particular, pero que

no tiene el efecto positivo o afirmativo de haber reconocido al demandante el derecho a una prestación periódica, éste habrá de demandar dentro del plazo o término hábil establecido por la Ley para proponer las acciones contencioso administrativas.

Posteriormente, en providencia del 18 de julio de 1996^[817], se reafirma la posición señalada, de tal manera que pareciera que el alcance establecido a la interpretación del numeral 2° del artículo 136 del C.C.A., es entendido jurisprudencialmente en un sentido uniforme, y por tanto de manera inexorable, los actos que niegan una prestación periódica aun tratándose de una prestación pensional, habrán de impugnarse dentro del término general de caducidad.”^[818]

La Corte Constitucional, por su parte, ha propugnado por esta tesis. En efecto, en la Sentencia C-108 de 1994, al declarar exequible el inciso tercero del artículo 136 del C.C.A., modificado por el artículo 23 del Decreto 2304 de 1989^[819], sostuvo:

“[E]ntiende la Corte que la demanda se endereza a censurar el inciso tercero del artículo 136 del Decreto-Ley 01 de 1984, como fue subrogado por el artículo 23 del Decreto Extraordinario 2304 de 1989, en cuanto no contempló que los actos que nieguen el reconocimiento de prestaciones periódicas puedan demandarse en cualquier tiempo por la vía de la acción de restablecimiento del derecho, de manera análoga a como lo previó respecto de los actos que sí reconocen dichas prestaciones.

(...) Considera la Corporación que la norma que es materia del examen de constitucionalidad se refiere al acto administrativo que afecta a la entidad en lo concerniente al reconocimiento de prestaciones periódicas que benefician a un particular o servidor del Estado. En esta situación, es procedente la demanda en cualquier tiempo, por parte de aquella, a fin de obtener la nulidad de la correspondiente providencia del reconocimiento decretado sin sujeción a los ordenamientos superiores.

Es bien sabido como los actos creadores de situaciones jurídicas individuales, como son los que versan sobre reconocimientos periódicos en materia de prestaciones, no pueden ser revocados por la misma administración en forma directa, sin el consentimiento expreso y escrito de su titular. Por ello el instrumento jurídico con que cuenta la respectiva entidad para obtener la nulidad de dicho acto, es la demanda ante la jurisdicción contencioso-administrativa,

en cualquier tiempo, en la forma indicada en el precepto demandado.

Empero, cuando se trata de actos que niegan el reconocimiento de prestaciones periódicas en favor de un ciudadano o cualquier derecho particular, que es lo planteado en la demanda, el afectado con la decisión administrativa tiene un término de cuatro meses contados a partir del día de la publicación, notificación o ejecución del acto, según el caso y una vez que haya agotado la vía gubernativa correspondiente de que tratan las disposiciones consagradas en el Código Contencioso Administrativo (Decreto 01/84, subrogado por el artículo 23 del Decreto 2304/89).

Por ello, para estas situaciones se consagró la acción de restablecimiento del derecho, denominada antes de la reforma de 1984, en materia contenciosa administrativa, acción de plena jurisdicción, a través de la cual la persona que se siente lesionada por un acto de la administración que le ha desconocido el derecho individual reclamado, puede ejercer aquella, a fin de obtener de la jurisdicción contencioso administrativa la nulidad del acto administrativo y el restablecimiento del derecho correspondiente, que en el asunto controvertido se refiere al reconocimiento de las prestaciones periódicas, que en virtud de la decisión de la autoridad oficial le había sido negada por la misma administración.

En estas circunstancias se considera que, más bien la igualdad se configura en el sentido de establecer un tratamiento idéntico en relación con los actos de la administración que niegan el reconocimiento de derechos de los ciudadanos, entre los cuales se encuentran, los que versan sobre prestaciones periódicas, a través del ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, dentro de los cuatro meses siguientes, contados a partir del día de la publicación, notificación o ejecución del acto, una vez agotada la vía gubernativa correspondiente, como lo señala el inciso segundo del artículo 136 del Decreto 01/84, subrogado por el artículo 23 del Decreto 2304/89, en razón de que el inciso tercero demandado se refiere a las acciones que tiene la entidad que reconozca prestaciones periódicas, no ajustadas a los ordenamientos superiores y en general a actos que reconozcan prestaciones periódicas, que pueden demandarse en cualquier tiempo.

De otro lado, debe tenerse en cuenta que como en tratándose de prestaciones periódicas se configura la prescripción trienal, en relación con las mismas, ello no obsta para que la persona a quien se le ha negado el reconocimiento de estas pueda promover con posterioridad al vencimiento del término del ejercicio de la acción de

restablecimiento del derecho, nuevamente una reclamación de carácter administrativo a la misma entidad oficial tendiente a obtener el reconocimiento de su prestación periódica y obtener un pronunciamiento de la respectiva administración, agotando la vía gubernativa para que en caso de negativa pueda ejercer la acción correspondiente, ya que lo que prescribe en esta materia no es el derecho sino las mesadas correspondientes en forma trienal.

De todo lo anterior se deduce que el demandante aspira es a que la norma demandada según la cual "los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo", se extienda también para los efectos de ejercer la acción en forma intemporal a todas las personas a quienes se les negó el derecho reclamado que versa sobre prestaciones periódicas, lo que no es materia de una decisión de inexecuibilidad y más aún, cuando para estas existe la acción de restablecimiento del derecho dentro de los cuatro meses, en la forma indicada, que es la que rige en relación con todas las personas a quienes no solamente se les ha desconocido el reconocimiento de prestaciones periódicas, sino cualquier derecho particular, razón por la cual considera la Corte que no se quebranta el principio de la igualdad ni ninguno de los preceptos constitucionales invocados."

Posteriormente, en la Sentencia C-351 de 1994, decidió la Corte que “*dados los efectos de cosa juzgada con alcance definitivo y erga omnes que produce la sentencia que se cita –se refiere a la C-108 de 1994, anteriormente transcrita-, se ordenará estarse a lo ya decidido en ella, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de este fallo.*”

Así mismo en la Sentencia C-1049 de 2004, la Corte Constitucional al pronunciarse sobre la norma actualmente vigente, específicamente respecto de la excepción contenida en el artículo 136-2 del C.C.A., con la modificación que respecto de ella introdujo la Ley 446 de 1998, sostuvo:

*“la **finalidad** perseguida por la norma es doble: brindarle la posibilidad a una persona, que viene recibiendo una prestación periódica, a que en cualquier tiempo demande ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo la reliquidación de su pensión, cuando quiera que existan, por ejemplo, nuevos elementos de juicio o pruebas que le permitan reclamar su derecho; por otra, apunta a la salvaguarda del interés general, en especial, a defender el erario público, al brindarle asimismo a la administración la facultad para que, en cualquier tiempo, pueda demandar su propio acto ante los jueces competentes por cuanto se está ante la imposibilidad jurídica de revocarlos directamente cuando no ha obtenido el consentimiento del particular, salvo cuando se trate de la comisión de un delito.*

La disposición acusada por tanto, establece un tratamiento idéntico entre la administración pública y los particulares en lo que concierne al acceso a la administración de justicia, por cuanto ambos pueden acudir, en cualquier tiempo, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo con el propósito del restablecimiento del derecho respecto de un acto administrativo mediante el cual se reconoció una prestación periódica, pero la administración no recuperará las prestaciones pagadas a particulares de buena fe. En este caso, por no haberse formulado un cargo de igualdad, la Corte no abordará el estudio relacionado con dicho trato legal. Por lo tanto, solo se abordará el estudio relacionado con los cargos propuestos y que aluden a la protección que el Estado debe acordarle a los derechos adquiridos, en virtud del artículo 2 Superior, por cuanto, en su opinión “los derechos no son garantizados, puesto que permanecen en permanente zozobra, con una “espada de Damocles” imprescriptible sobre ellos”, así como el relativo a determinar si la norma acusada se ajusta al debido proceso, y a los principios de buena fe y confianza legítima.

Contrario a lo que sostiene el demandante, la Corte considera que la intemporalidad que el legislador estableció en beneficio de la administración para demandar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo su propio acto de reconocimiento de prestaciones periódicas, no desconoce los deberes de protección del Estado por cuanto, (i) el Congreso cuenta con un amplio margen de discrecionalidad al momento de establecer los procedimientos judiciales; (ii) si bien la regla general es el establecimiento de términos de caducidad para el ejercicio de las acciones judiciales, nada obsta para que, en determinados casos específicos, se pueda consagrar excepciones en defensa del interés general; (iii) el ordenamiento jurídico no ampara derechos adquiridos en contra de la Constitución y la ley; (iv) la administración no puede directamente revocar el acto; y, (v) el afectado cuenta con todas las garantías procesales para defender su derecho.”

Con fundamento entre otras, en las consideraciones anteriores, la Corte declaró exequible la expresión “en cualquier tiempo por la administración”, del segundo numeral del artículo 136 del C.C.A.

3.2.2. Tesis que propugna por la aplicación de la excepción.

La segunda tesis considera que tanto el acto que reconoce prestaciones periódicas como el que las niega participan de la misma naturaleza y, en

consecuencia, respecto de ambos resulta aplicable la excepción que permite demandarlos en cualquier tiempo.

Esta Tesis se encuentra expuesta ampliamente en el fallo de la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia de Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, del 2 de octubre de 2008, Rad. 2002-06050, actor: María Araminta Muñoz, demandado: Caja de Retiro de las Fuerza Militares.

En esta providencia, que dada su pertinencia se transcribe *in extenso* se dijo, en sustento del cambio de criterio jurisprudencial, lo siguiente:

“Con este pensamiento, la premisa que la Sala sienta, se distancia de la interpretación que ha sostenido la Sección en las referencias jurisprudenciales anotadas homogéneamente en los últimos años; por consiguiente, la excepción de caducidad respecto de los actos que reconozcan prestaciones periódicas, se aplica indiscutiblemente también a los actos que las niegan, para lo cual se invocan además las siguientes razones:

1. La Corte Constitucional, en sentencia de exequibilidad frente al inciso tercero del artículo 136 del C.C.A., subrogado por el artículo 23 del Decreto Extraordinario 2304 de 1989^[820] y respecto de la acusación del precepto, en cuanto resultaba contrario a los derechos a la igualdad, al acceso a la Administración de Justicia, a la prevalencia del derecho sustancial y a los principios que rigen la actuación de la Administración Pública, reconoció en suma, que el tema no es materia de una decisión de inexecutable, por tratarse de una omisión constitucional frente a una competencia exclusiva del Legislador para regular la oportunidad en el ejercicio de las acciones judiciales, respecto de la cual, la Carta le brinda plena autonomía. Este mismo criterio, fue sostenido en la sentencia C- 477 de 2005^[821], cuando la Corte analizó el mismo texto de la norma pero bajo la denominación establecida en el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, ordenando estarse a lo resuelto en las sentencias C- 108 de 1994 y C-1049-04, y pronunciándose de fondo frente a la norma acusada y la violación alegada por desconocimiento en su contenido del efecto vinculante del preámbulo de la Constitución. Afirmó el Tribunal Constitucional que la diferencia de trato en caducidad frente al acto que niega prestaciones periódicas, constituye un instrumento normativo que se orienta a fomentar el ejercicio de acciones legales dentro de plazos determinados y que ello es compatible con múltiples disposiciones constitucionales que se orientan a la promoción de la seguridad jurídica. En esa dimensión, concluyó que la aplicación del término de caducidad al

acto que niega la prestación periódica “no es algo que contraría sino que afirma los fundamentos del Estado social de derecho, pues si esta fórmula legitima el poder político, por su sujeción a formas y contenidos jurídicos, una decisión como aquella, que sea coherente con tales formas y contenidos, contribuye a legitimar esa organización política”, razón por la cual declaró exequible el numeral 2° del artículo 136 del C.C.A. modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, respecto del cargo analizado.

Pareciera que el Tribunal Constitucional esta vez, reiterara su tesis en sentido de que la discriminación que restringe la exención de caducidad en el debate sobre prestaciones periódicas respecto del acto negativo, es constitucional simplemente porque la opción elegida por el Legislador aparece como una potestad in situ de la misma organización política del Estado. Es evidente en consecuencia que no aborda ningún análisis material, y su criterio lo delimita al examen de competencias permitiendo entonces que sea el intérprete de la norma quien profundice sobre los contenidos de su aplicación; de ahí, esta Sala encuentra fundamento para examinar el alcance hermenéutico que facilite la aplicación del precepto procesal de modo que no estorbe sino que permita en condiciones de equidad la vigencia del derecho sustancial en discusión, que vale la pena reiterarlo, no es otro que el derecho a la seguridad social como garantía constitucional de los ciudadanos y con aplicación reforzada en personas de la tercera edad.

2. El artículo 48 de la Constitución Política, habilita el carácter irrenunciable del derecho a la seguridad social, y en esa misma dimensión el artículo 46 ibidem, constitucionaliza el amparo prevalente frente a la protección y asistencia de las personas de la tercera edad. Estos dos preceptos constitucionales que suponen protección frente a situaciones de necesidad, resultarían completamente ineficaces a la interpretación consolidada que no exime de caducidad a los actos que niegan prestaciones periódicas, y teniendo en consideración que los mandatos constitucionales suponen principios para la protección de derechos fundamentales, es evidente para esta Sala que el alcance regulador del numeral 2 del artículo 136 del C.C.A., debe ser reinterpretado en el sentido de exonerar del término de caducidad a los actos que niegan prestaciones periódicas.

3. El análisis puramente lingüístico del precepto, ofrece una realidad que en la perspectiva interpretativa planteada facilita la

posibilidad para indagar acerca de los significados del verbo “reconocer”, y las implicaciones que en este ámbito, de él puedan derivarse. Pues bien, la regulación de la actuación administrativa a que se refirió el Legislador, al señalar la exoneración de caducidad para los actos que reconozcan prestaciones periódicas, ciertamente no excluye que tal actividad administrativa es un contenido de un contexto más amplio, el que eficazmente se conecta con la actividad de decidir sobre peticiones orientadas al objeto del establecimiento de prestaciones periódicas; en otras palabras, el significado del verbo “reconocer” lo contiene la actividad de “decidir”, para precisar entonces que el sustrato de la actividad administrativa privilegiada de esta forma por el Legislador es justamente aquel que toca con la decisión relativa a un fenómeno de prestaciones sociales de carácter periódico, en suma se trata de una materialidad integrada por elementos en un todo idénticos entre sí, donde la distinción que creó el intérprete entre “reconocer” y “negar” no halla justificación lógica. Por ende, cabe agregar que la interpretación de la que nos separamos aun con esquema puramente formal, refleja una necesidad de unidad racional en la interpretación del derecho positivo.

4. Finalmente, cabe señalar que esta Corporación en providencia del 23 de mayo del 2002^[822], subrayó cómo la Constitución Política consagra el principio de equidad como criterio auxiliar de la actividad judicial, por lo que debe tenerse en cuenta que la justicia es un valor supremo en esta delicada función y que existen en el Ordenamiento Jurídico disposiciones que habilitan al fallador para lograr la eficacia del derecho. Por mandato de nuestra Carta es imprescindible observar estos principios en las actuaciones judiciales, “(...) y se incurre en el pecado que señala el aforismo latino de “súmmum jus summa injuria” -derecho estricto injusticia suprema- que se suele utilizar para indicar que al juez no puede considerársele como un autómatas o esclavo de la norma escrita, por ley; debe entenderse el ordenamiento jurídico como un todo. Incluso, en los casos como el aquí examinado, la doctrina constitucional permite dejar de lado el texto de la ley para no proferir decisiones que contraríen el orden justo, valor este constitutivo de nuestro ordenamiento constitucional (...).”

En suma, la relectura y alcance que en esta oportunidad fija la Sala al artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, en cuanto dispone que los actos que reconocen prestaciones periódicas pueden demandarse en cualquier tiempo, no apunta sólo a aquéllos que literalmente tienen ese carácter, sino que igualmente

comprende a los que las niegan. Ello por cuanto de un lado, la norma no los excluye sino que el entendimiento en ese sentido ha sido el resultado de una interpretación restringida, y de otro, tratándose de actos que niegan el reconocimiento de prestaciones periódicas, tales como pensiones o reliquidación de las mismas, para sus titulares que son personas de la tercera edad, ello se traduce en reclamaciones y controversias que envuelven derechos fundamentales. No puede perderse de vista que la Carta Política garantiza la primacía de los derechos inalienables y éstos prevalecen sobre aspectos procesales. El derecho a la pensión y su reliquidación es un bien imprescriptible e irrenunciable para sus titulares.

*En el sub examine, al tiempo que como quedó expresado en párrafos anteriores, la demanda contra los actos impugnados fue presentada por fuera del término de caducidad -cuestión que extrañamente ignoró el Magistrado que admitió la demanda y la Sala que la decidió-, sin embargo bajo la motivación expuesta precedentemente, su extemporaneidad se torna en una inconsistencia inane, pues en cualquier caso, **si no hay caducidad para los actos que reconocen prestaciones periódicas tampoco la habrá para aquellos que las niegan**, fundamento que facilita el examen de fondo del asunto propuesto en esta instancia.”*

A la fecha en que se elabora la presente respuesta no se han unificado los criterios anteriormente expuestos por cada una de las subsecciones, por lo tanto ha de estarse atento a la evolución que al respecto pueda presentarse en la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que la excepción contenida en el artículo 136-2 del C.C.A., resulta, sin lugar a dudas, aplicable en relación con los actos que reconocen prestaciones periódicas, sin embargo, respecto de los actos administrativos que niegan el reconocimiento de tales prestaciones no existe criterio uniforme y pacífico, por lo que, además de evidenciar el asunto, se limita la presente respuesta a aportar elementos de juicio sobre el particular.

4.1.6 Alcance de la conciliación en materia laboral.

PREGUNTA No. 85

TEMA(S): ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO/CARÁCTER LABORAL

1.- PREGUNTA.

<i>¿Cuál es el alcance de la expresión “asuntos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral” contenida en el literal c del numeral 2° del artículo 134D del CCA?</i>
--

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• C.C.A., artículo 134d, literal c;
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none">• Corte Constitucional, Sentencia C-540 de 1999;• Corte Constitucional, Sentencia C-458 de 2002;

3.- CONSIDERACIONES.

Para resolver el problema jurídico contenido en la pregunta anterior, se abordarán los siguientes temas *i)* constitucionalidad del literal c del numeral 2° del artículo 134D del C.C.A., y *ii)* alcance de la expresión “asuntos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral” contenida en dicha norma.

3.1. Constitucionalidad del literal c del numeral 2° del artículo 134D del C.C.A.

El artículo 134D del C.C.A., adicionado mediante el artículo 43 de la Ley 446 de 1998, determina la distribución de competencias por el factor territorial entre los distintos órganos que integran la Jurisdicción Contencioso Administrativa y luego de señalar la regla general para el efecto, esto es, el lugar de la sede o domicilio del demandado, prevé una serie de suposiciones especiales aplicables respecto de los asuntos del orden nacional, entre ellas la contenida en su literal c, objeto de la pregunta que se aborda, el cual es del siguiente tenor:

*“En los asuntos de **nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral** se determinará –la competencia territorial- por el último lugar donde se prestaron o debieron prestarse los servicios.”*

El transcrito literal c del numeral 2º del artículo 134D del C.C.A., fue impugnado ante la Corte Constitucional, por cuanto consideró el actor que determinar la competencia territorial por el último lugar donde se prestó o debió prestarse el servicio, impide que la persona interesada tenga la posibilidad real de instaurar la demanda, vulnerando así el derecho al acceso a la administración de justicia.

La Corte encontró ajustado a la Constitución el aparte impugnado, con fundamento en los siguientes argumentos:

“Al respecto, considera la Corte que, realmente, lo que se plantea en esta demanda es la confusión en que incurre el demandante sobre los conceptos de jurisdicción y competencia, como factores para la distribución del trabajo en los despachos judiciales del país, pues, considera que regulaciones para acceder a la justicia, constituyen, por sí mismos, obstáculos para su ejercicio, lo que, a su juicio, vulnera la Constitución.

Es pertinente recordar las distinciones elementales que la doctrina ha hecho en relación con los conceptos de jurisdicción y competencia. El profesor Devis Echandía explicó el asunto, así : "Si bien la jurisdicción, como facultad de administrar justicia, incumbe a todos los jueces y magistrados, es indispensable reglamentar su ejercicio para distribuirla, en cada rama jurisdiccional, entre los diversos jueces. Y es esta la función que desempeña la competencia. La competencia es, por lo tanto, la facultad que cada juez o magistrado de una rama jurisdiccional tiene, para ejercer la jurisdicción en determinados asuntos y dentro de cierto territorio. La jurisdicción es el género y la competencia es la especie, ya que por ésta se le otorga a cada juez el poder de conocer de determinada porción de asuntos, mientras que la jurisdicción corresponde a todos los jueces de la respectiva rama. (...) En otras palabras, un juez es competente para un asunto, cuando le corresponde su conocimiento con prescindencia de los demás que ejercen igual jurisdicción, en el mismo territorio o en territorio distinto." (Hernando Devis Echandía, "Compendio de Derecho Procesal. Teoría General del Proceso" Tomo I, pags. 107 y 108.)

Retomando estos conceptos, se puede decir que cuando el legislador fija la jurisdicción y la competencia, dentro de las facultades constitucionales del artículo 150, numeral 2o., no está haciendo otra cosa que permitiendo racionalizar el trabajo de los jueces y

magistrados. Racionalización que necesariamente debe redundar en una mejor administración de justicia. De lo contrario, ¿cómo podría, en un mundo jurídico tan complejo, un juez o un magistrado entrar a conocer de todos los asuntos (civiles, penales, laborales, etc.), sin importar la cuantía, y en todo el territorio nacional ? De allí la importancia de la fijación de la jurisdicción y de la competencia.

Sin embargo, lo anterior, no quiere decir que el legislador tiene libertad absoluta de configuración legal para establecer una competencia. Deben mediar ciertos límites, y cuando dichos límites se rebasan, la norma procesal puede llegar a ser inconstitucional. Pero, si se realiza dentro de los parámetros de razonabilidad y justicia, permite desarrollar los principios que animan el acceso a la administración de justicia (arts. 209 y 228 de la Constitución y arts. 2o., 4o. y 7o. de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia). Se verá qué ocurre en este caso. El legislador ha determinado que en asuntos de nulidad y restablecimiento del derecho, de carácter laboral, la competencia, en razón del territorio, se determina por el último sitio donde se prestaron o debieron prestarse los servicios.

En primer lugar, hay que decir que este factor territorial no es nuevo, ni fue introducido sólo en la ley 446 de 1998. Por el contrario, ya en el decreto 01 de 1984 "Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo", se estableció en el artículo 132, numeral 6, que para los asuntos de restablecimiento del derecho de carácter laboral "La competencia en razón del territorio se determinará en todo caso por el último lugar donde se prestaron o debieron prestarse los servicios personales." (La Corte Suprema de Justicia, en sentencia Nro. 74, del 23 de mayo de 1991, con ponencia del doctor Rafael Méndez Arango, declaró la exequibilidad de la fijación de esta competencia territorial. Señaló que no obstante las molestias que podía ocasionar a la persona que reside en lugar distinto al sitio en que se tramita el proceso, no puede decirse que tal norma obligue al interesado a cambiar de domicilio, en violación del art. 23 de la anterior Constitución).

Ahora, la ley se limitó a reproducir, en forma semejante, el factor territorial para fijar la competencia para demandar en asuntos laborales.

La Corte encuentra que la competencia territorial establecida en la norma controvertida es razonable, pues conserva un principio lógico de relación entre lo que se pretende con la demanda: la nulidad y restablecimiento del derecho, en un asunto laboral, y el sitio donde se debe incoar : el último lugar donde se prestó o debió prestar el

servicio. Obsérvese que no se están introduciendo elementos extraños en la fijación de la competencia, sino que, por el contrario, se parte de un elemento directo : el último lugar donde se prestó el servicio. El legislador consideró que en este lugar se deben encontrar los elementos que permitirán que la administración de justicia se imparta de conformidad con los principios de eficacia, celeridad, economía procesal, al existir el contacto inmediato con los documentos y pruebas de la relación laboral.

Además, estos principios no sólo se predicán del demandante, sino del Estado, cuando, eventualmente, es la parte demandada. El Estado también tiene derecho a defender sus intereses en estas materias. Defensa que se facilita cuando tiene a su disposición los documentos que reposan en el lugar en donde el demandante prestó sus servicios. Se trata, pues, de un asunto en el que está de por medio, el cumplimiento del debido proceso.

También, tal como lo dijo en su oportunidad la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia a que se hizo antes referencia, el hecho de que a ciertas personas se les causen algunas molestias, por no tener el domicilio en el último lugar donde prestaron sus servicios, no hace el precepto por sí mismo inconstitucional.

Además, de todas maneras, quien inicie una demanda de esta naturaleza, debe hacerlo a través de apoderado, sin importar en donde tenga su domicilio. Y será su apoderado el que tenga el deber judicial de estar pendiente del desarrollo del proceso.

Finalmente, de esta norma, también puede afirmarse que contribuye a la descongestión de la justicia, pues, descentraliza los procesos laborales en que es demandado el Estado, a lugares distintos a la sede de la entidad correspondiente, sede principal, que usualmente es Bogotá, lo que ha contribuido a los grandes volúmenes de trabajo que se concentran en el Tribunal Administrativo de este Distrito Judicial.”^[823]

Los importantes planteamientos anteriores, contribuyen, igualmente, a brindar justificación jurídica a la necesidad de agotar la conciliación extrajudicial bajo idéntica regla de distribución razonable de la competencia por el factor territorial.

3.2. Alcance de las expresión “asuntos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral” contenida en el literal c del numeral 2° del artículo 134D del C.C.A.

Para delimitar el alcance del aparte normativo *asuntos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral*, en primer término debe tenerse en consideración que se trata de aquéllos cuyo conocimiento ha sido atribuido a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, excluyéndose los de carácter laboral que provengan de contrato de trabajo, tal como se dispone en los artículos 132-2 y 134b numeral 1° del C.C.A. Tales asuntos tocan básicamente con trece (13) temas, a saber: (i) noción y clasificación de empleos; (ii) requisitos para su ejercicio; (iii) creación, supresión y fusión de empleos; (iv) formas de provisión; (v) carrera administrativa; (vi) situaciones administrativas; (vii) derechos, deberes y prohibiciones; (viii) jornada de trabajo; (ix) régimen salarial; (x) régimen prestacional; (xi) régimen disciplinario; (xii) estímulos y distinciones; y (xiii) formas de retiro.

De otra parte, debe tenerse en cuenta que, de conformidad con lo previsto en la Ley 1107 de 2006, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha sido instituida *“para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado”*^[824], pero que, sin embargo, *“se mantiene la vigencia en materia de competencia, de las Leyes 142 de 1994, 689 de 2001 y 712 de 2001”*^[825], por lo que las competencias que el Código Procesal del Trabajo, contenido en la última de estas leyes, atribuyó a la Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social^[826], conservan plenamente su vigencia, pese a la modificación que respecto del objeto de la Jurisdicción Contenciosa introdujo la referida Ley 1107.

En segundo término debe tenerse en cuenta que la Jurisdicción Contenciosa conoce de tales asuntos a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A.

De acuerdo con el diseño normativo de esta acción, mediante ella se impugnan, generalmente, actos administrativos de carácter individual, particular y concreto, por lo que mediante tal mecanismo judicial se pretende la declaratoria de nulidad de la decisión administrativa, junto con el consecuente restablecimiento del derecho.

Dicho actos administrativos han de tener como objeto la regulación – creación, modificación, extinción- de una situación jurídica relacionada con el Derecho Administrativo de la Función Pública^[827]. Debe destacarse de, que conformidad con el reglamento del Consejo de Estado, corresponde, entre otros, a la Sección Segunda el conocimiento de los siguientes asuntos:

“1-. Los procesos de simple nulidad de actos administrativos que versen sobre asuntos laborales.

- 2-. *Los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral no provenientes de un contrato de trabajo.*
- 3-. *El recurso extraordinario de revisión contra las sentencias de única instancia dictadas por los tribunales administrativos, en asuntos relacionados con la competencia de esta sección.*
- 4-. *Los procesos contra los actos de naturaleza laboral expedidos por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.”*

Finalmente es relevante destacar que dentro del concepto de asuntos de carácter laboral se incorporan las sanciones disciplinarias, tal como lo ha sostenido la Sala Plena del Consejo de Estado, al indicar:

*“En este sentido, es necesario precisar que **la sanción disciplinaria** impuesta por la Procuraduría General de la Nación, **repercute directamente en la relación laboral del actor**, lo que demuestra que el asunto debatido es de carácter laboral, como puede comprobarse con las pretensiones de la demanda las cuales están encaminadas, entre otras, a que se le indemnicen los perjuicios materiales al dejar de percibir los conceptos de salarios y demás prestaciones sociales.*

De tal manera que, de acuerdo con lo precedente, el Tribunal Administrativo competente para conocer de la demanda instaurada por el actor es el del Quindío, en razón de que el último lugar en que prestó el servicio el actor fue en la ciudad de Armenia, Quindío, sede de dicho Tribunal.”^[828]

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que la expresión *asuntos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral*, comprende todos los asuntos que, siendo de conocimiento de la Jurisdicción Contencioso administrativa, se tramitan mediante la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., y hace referencia a la impugnación de actos administrativos relativos a la relación laboral de una de las partes con el Estado, en el contexto de la Función Pública.

2.2.7 Actos que imponen sanciones administrativas.

PREGUNTA No. 87

TEMA(S): ACTOS QUE IMPONEN SANCIONES ADMINISTRATIVAS

1.- PREGUNTA.

¿Se puede conciliar sobre actos administrativos que imponen sanciones administrativas?

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• C.C.A., artículos 85 y 87;• Ley 1285 de 2009, artículo 13.
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none">• Corte Constitucional, Sentencia SU-1010 de 2008.

3.- CONSIDERACIONES.

Por actos administrativo de carácter sancionatorio, se entienden aquellas manifestaciones unilaterales de la administración, desfavorables para su destinatario, expedidos en ejercicio de la potestad sancionatoria.

Dicha potestad comprende, básicamente dos modalidades: i) la disciplinaria, que se ejerce frente a la comisión de conductas antijurídicas en las que incurran los servidores públicos o, en general aquellas personas que puedan considerarse sujetos pasivos de la potestad disciplinaria, y ii) la correccional, que se aplica a los particulares que infringen las obligaciones y restricciones que se les han impuesto, por ejemplo, en materia de contratación estatal, financiera, de tránsito, fiscal, etc.^[829]

Respecto del fundamento e importancia de la facultad sancionatoria de la Administración, la Corte Constitucional ha sostenido:

“La potestad sancionatoria de la Administración.

6.1. *La concepción del Estado moderno ha evolucionado hacia la búsqueda de un mayor compromiso de las autoridades públicas en la satisfacción de las necesidades de la sociedad y en la garantía y efectividad de los derechos ciudadanos.*

Con la introducción de la cláusula de Estado “Social de Derecho”, éste ha asumido un papel activo y protagónico como promotor de toda la dinámica social, lo que ha producido un incremento considerable de las funciones y actividades que están a su cargo,

en aras de cumplir con los fines que le han sido trazados. Dicho incremento tuvo lugar con particular intensidad en las funciones administrativas del Estado, por lo que el aumento de las actividades encomendadas al ejecutivo significó correlativamente el incremento de sus poderes, entre ellos, el relacionado con la imposición de sanciones.

Tal facultad es una manifestación propia del poder punitivo del Estado que se encuentra regulado en el llamado “derecho sancionador”, el cual, tal y como lo ha señalado esta Corporación, acogiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema, es una disciplina compleja que, como género, recubre al menos cinco especies a saber: el derecho penal, el derecho contravencional, el derecho disciplinario, el derecho correccional y el derecho de punición por indignidad política o “impeachment”.

En este escenario, la potestad sancionadora de la Administración consiste en la facultad de imponer sanciones de tipo correctivo y disciplinario, encaminada a reprimir la realización de acciones u omisiones antijurídicas en las que incurren tanto los particulares como los funcionarios públicos, que surge como un instrumento eficaz para facilitar el ejercicio de las funciones públicas y un medio para asegurar la consecución de los fines estatales.

(...) Dentro de este contexto, esta Corporación ha sido enfática en reconocer la importancia de esta facultad para lograr los cometidos estatales; en efecto, sobre este tema la Corte ha señalado:

“Así, se ha expresado, en forma reiterada, que i) la potestad sancionadora como potestad propia de la administración es necesaria para el adecuado cumplimiento de sus funciones y la realización de sus fines, pues ii) permite realizar los valores del orden jurídico institucional, mediante la asignación de competencias a la administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia propende indudablemente a la realización de sus cometidos y iii) constituye un complemento de la potestad de mando, pues contribuye a asegurar el cumplimiento de las decisiones administrativas.”

Desde esta perspectiva, la facultad sancionadora de la Administración Pública se diferencia de las demás especies del derecho sancionador particularmente por las siguientes características:

(i) La actividad sancionatoria de la Administración “persigue la realización de los principios constitucionales que gobiernan la función pública a los que alude el artículo 209 de la Carta (...).”

(ii) La sanción administrativa, constituye la “respuesta del Estado a la inobservancia por parte de los administrados de las obligaciones, deberes y mandatos generales o específicos que se han ideado para el adecuado funcionamiento y marcha de la Administración (...).”

(iii) Dicha potestad, se ejerce “a partir de la vulneración o perturbación de reglas preestablecidas, pero que no obstante ese contenido represivo presenta una cierta finalidad preventiva en el simple hecho de proponer un cuadro sancionador, junto al conjunto de prescripciones de una norma, lo cual implica una amenaza latente para quien sin atender pacífica y voluntariamente al cumplimiento de tales prescripciones las infringe deliberadamente.”

(iv) En relación con la sanción aplicable, “dentro del ámbito sancionador administrativo cabe destacar la aceptación de la interdicción de las sanciones privativas de la libertad, la instauración de la multa como sanción prototípica y la necesaria observancia de un procedimiento legalmente establecido.”

(v) Y, finalmente, “la decisión sancionatoria adoptada por la Administración está sujeta a control judicial ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo”.^[830]

En el contexto anterior, es precisamente la decisión sancionatoria asunto de mayor trascendencia, toda vez que ella constituye la manifestación de tal potestad, tomada luego de la respectiva actuación administrativa la cual ha de desarrollarse en total observancia de los postulados propios del Debido Proceso Administrativo.

Dicha decisión constituye el objeto del acto administrativo sancionatorio, que, como tal, es susceptible de conciliación extrajudicial, siempre que se presenten los supuestos jurídicos necesarios para el efecto y, desde luego, que no se trate de la imposición de sanciones tributarias, las cuales se encuentran incorporadas dentro del concepto de conflictos de carácter tributario, respeto de los cuales se encuentra legalmente proscrita la conciliación^[831].

Tal como se indicó en respuesta anterior^[832], respecto de los actos administrativos, entendidos como manifestaciones unilaterales de la voluntad de la administración, tendientes a la producción de efectos

jurídicos, la conciliación extrajudicial resulta jurídicamente procedente, siempre y cuando, en el caso concreto, se reúnan los siguientes supuestos:

- i) que se trate de un acto de carácter particular y concreto;
- ii) que se trate de un acto que tenga efectos de contenido patrimonial;
- iii) que el acto se encuentre incurso en causal de revocatoria directa;
- iv) que el acto sea susceptible de impugnación mediante cualquiera de las acciones consagradas en los artículos 85, 86 y 87 del C.C.A.; y
- v) que se encuentre debidamente agotada la vía gubernativa.

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que los actos administrativos sancionatorios, normalmente impugnables mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y, excepcionalmente, mediante la acción de controversias contractuales, son susceptibles de conciliación extrajudicial, en la medida en que no se trate de sanciones tributarias y se presenten los supuestos jurídicos requeridos para el efecto.

4.2 Reparación directa (caducidad)

PREGUNTA No. 89

TEMA(S): ACCION DE REPARACION DIRECTA/CADUCIDAD
--

1.- PREGUNTA.

<i>¿Cómo está regulado el término de caducidad de la acción de reparación directa?</i>
--

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• C.C.A., arts. 86 y 136-8;• Ley 589 de 2000, art. 7º
------------------------	--

Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none"> • Corte Constitucional, Sentencia C-115 de 1998; • Consejo de Estado, Auto del 25 de noviembre de 2009, exp. 37.555, M.P. Enrique Gil Botero.
------------------------------	--

3.- CONSIDERACIONES.

Para resolver el problema jurídico contenido en la pregunta anterior, se abordarán los siguientes temas *i)* regla general de caducidad de la acción de reparación directa, y *ii)* casos especiales de caducidad en dicha acción

3.1. Regla general de caducidad para el ejercicio de la acción de reparación directa.

La acción de reparación directa es un mecanismo judicial atribuido a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de carácter subjetivo y desistible, que tiene como única finalidad, en su dimensión más usual, pretender que se declare la responsabilidad extracontractual del Estado y se ordene la correspondiente indemnización tendiente a la reparación integral del daño antijurídico causado.

La causa del daño está legalmente limitada y se refiere exclusivamente a los siguientes eventos:

- Hecho administrativo;
- Omisión administrativa;
- Operación administrativa;
- Ocupación temporal o permanente^[833] de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa;
- Error judicial;
- Privación injusta de la libertad;
- Defectuoso funcionamiento de la administración de justicia;
- Responsabilidad por el hecho del legislador.

Esta acción indemnizatoria se encuentra consagrada en el artículo 87 del C.C.A. y, en consecuencia, respecto de ella procede la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009.

La acción de reparación directa es de carácter temporal y, por tanto solamente puede ejercerse durante el término de caducidad legalmente previsto para el efecto. Dicho término se encuentra regulado en el artículo

136 del C.C.A., cuyo numeral 8º, establece una regla general en virtud de la cual la mencionada acción solo puede ser impetrada dentro del plazo de dos (2) años, “*contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad por causa de trabajo público o por cualquier otra causa*”.

Para efectuar el cómputo de los plazos referidos en años, se ha de tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 62 del C.R.P.M., norma del siguiente tenor:

*“En los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario. Los de meses y **años se computan según el calendario**; pero si el último día fuere feriado o de vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil.”*

Por su parte, el artículo 121 del C.P.C., prevé, en el mismo sentido que los términos de años se contarán conforme al calendario.

Así mismo, se destaca que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 del C.C., “*el primero y último día de un plazo de meses o **años** deberán tener un mismo número en los respectivos meses.*”

Además de la mencionada regla general, existen casos especiales determinados por el legislador o por la jurisprudencia, los cuales se abordarán en el siguiente numeral.

3.2. Casos especiales de caducidad para el ejercicio de la acción de reparación directa.

Los principales casos especiales que se convierten en verdaderas excepciones respecto de la regla general del término de caducidad para el ejercicio de la acción de reparación directa son *i)* asuntos relativos a violaciones de Derechos Humanos; *ii)* eventos de desaparición forzada; *iii)* privación injusta de la libertad; *(iv)* falla médica y *v)* hechos cumplidos, destacando que este último se abordará en respuesta posterior^[834].

3.2.1. Asuntos relativos a violaciones de Derechos Humanos.

Aunque el tema del presente numeral no se tramita precisamente mediante el ejercicio de la acción de reparación directa si resulta especialmente importante, dado que para el efecto se ha institucionalizado, en buenahora, el mecanismo de la conciliación extrajudicial.

Dada la trascendencia y singularidad de la materia y su tratamiento extraterritorial e intemporal, la Ley 288 de 1996, estableció instrumentos

para la indemnización de perjuicios a las víctimas de violaciones de Derechos Humanos “*en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales de Derechos Humanos*”.

Al respecto se estableció que el Gobierno Nacional debe pagar, previa realización del trámite de conciliación extrajudicial, las indemnizaciones de perjuicios causados por violaciones de los derechos humanos que se hayan declarado en decisiones expresas de los órganos internacionales de derechos humanos^[835].

Para tal efecto, ante una decisión del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la que se concluya respecto de un caso concreto que el Estado colombiano ha incurrido en una violación de derechos humanos, el Comité interministerial emitirá concepto y, en caso de ser favorable, el Gobierno Nacional solicitará audiencia de conciliación ante el agente del Ministerio Público adscrito al Tribunal Contencioso Administrativo que sería competente, para dirimir, mediante eventual acción de reparación directa, la controversia objeto de la conciliación

Respecto del trámite de la conciliación, se dispone:

“Recibida la solicitud, el agente del Ministerio Público deberá citar a los interesados con el fin de que concurran ante él y presenten los medios de prueba de que dispongan para demostrar su legítimo interés y la cuantía de los perjuicios.

El agente del Ministerio Público correrá traslado de las pruebas aportadas y de las pretensiones formuladas por los interesados al gobierno Nacional y citarán a las partes a la audiencia de conciliación.

El Defensor del Pueblo será convocado al trámite de la conciliación.”^[836]

En el párrafo cuarto de su artículo 2º, determinó expresamente que “[h]abrá lugar al trámite de que trata la presente ley **incluso si hubieren caducado las acciones previstas en el derecho interno** para efectos de obtener la indemnización de perjuicios por hechos violatorios de los derechos humanos, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en este artículo”.

En Sentencia C-115 de 1998, la Corte Constitucional destacó la importancia, especificidad y legitimidad del tratamiento diferenciado de las violaciones de Derecho Humanos, en los siguientes términos:

“La norma parcialmente acusada prevé un término de dos años como límite a partir del cual caducará la acción de reparación directa. Término este que con fundamento en los preceptos constitucionales, y según la jurisprudencia transcrita, no quebranta el ordenamiento superior, en la medida en que atiende a parámetros de razonabilidad, en cuanto permite a la persona afectada por la ocurrencia del hecho, omisión u operación administrativa, obtener la reparación directa de los perjuicios, siempre y cuando acuda dentro del término señalado ante las autoridades judiciales con el fin de que se adopte una decisión definitiva en relación con la acción ejercida.

En cuanto al cargo esgrimido por el demandante, según el cual la disposición acusada viola el principio de igualdad, en la medida en que el tratamiento que en esta se otorga frente al consagrado en la ley 288 de 1996 es discriminatorio, pues el término de caducidad allí estipulado es superior al de la norma demandada, estima la Corte que éste no está llamado a prosperar, pues no se está frente a situaciones iguales. Cabe destacar que lo que la Constitución en el artículo 13 prohíbe, es dar un tratamiento discriminatorio frente a supuestos iguales, pero permite y autoriza tratamientos diferenciados cuando estos están razonable y objetivamente justificados, tal como ocurre en el asunto materia de examen.

En este sentido, comparte la Corte los razonamientos del Jefe del Ministerio Público, según el cual el artículo 136 acusado establece términos de caducidad para el ejercicio de determinadas acciones, mientras que la ley 288 de 1996 persigue objetivos diferentes, como lo son los relacionados con la defensa de los derechos humanos, sobre los cuales no se aplica la caducidad, de acuerdo con lo establecido en la misma disposición.

Estas excepciones al principio general de la caducidad tienen fundamento supralegal y se justifican en la medida que reconocen la necesidad de darle un tratamiento especial a aquellos casos donde se produce la violación de derechos humanos, que son objeto de reprobación internacional, frente a la gravedad de los mismos y la trascendencia que ellos tienen.

(...) Estos requisitos denotan un tratamiento diferenciado, objetiva y razonablemente justificado por la naturaleza y contenido de la misma ley, en cuanto se ocupa de proteger especialmente a las víctimas de violaciones de derechos humanos, declaradas en decisiones expresas de los órganos internacionales de derechos humanos, mediante la respectiva indemnización de perjuicios. En estos casos, a diferencia de aquellos que quedarían comprendidos

dentro del precepto demandado (artículo 136 del CCA.), no opera el fenómeno de la caducidad, por tratarse de situaciones distintas que ameritan un tratamiento diferenciado, que no implica la violación del principio constitucional de la igualdad.

(...) estima pertinente la Corte hacer referencia a la normatividad imperante a nivel internacional en materia de Derechos Humanos, que consagra el procedimiento y la competencia para conocer de quejas y denuncias sobre violaciones de derechos humanos.

En efecto, el artículo 44 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica", dispone que "cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados Miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado Parte".

Por su parte, el artículo 45 del mismo Pacto dispone que "Todo Estado Parte puede en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce la competencia de la Comisión para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en esta Convención (...)".

En cuanto hace a los requisitos para que las peticiones o comunicaciones presentadas en los términos de los artículos anteriores sean admitidas por la Comisión, se requiere según el artículo 46 ibídem, que:

"a) Se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos;

b) Que sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva;

c) Que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional, y

d) Que en el caso del artículo 44 la petición contenga el nombre, la nacionalidad, la profesión, el domicilio y la firma de la persona o

personas o del representante legal de la entidad que somete la petición.

2. Las disposiciones de los incisos 1.a) y 1.b) del presente artículo no se aplicarán cuando:

a) No exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados;

b) No se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y

c) Haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos".

Finalmente, en relación con el procedimiento para la formulación de las quejas y denuncias, dispone el artículo 49 del Pacto de San José, que:

"1. La Comisión, al recibir una petición o comunicación en la que se alegue la violación de cualquiera de los derechos que consagra esta Convención, procederá en los siguientes términos:

a) Si reconoce la admisibilidad de la petición o comunicación solicitará informaciones al Gobierno del Estado al cual pertenezca la autoridad señalada como responsable de la violación alegada, transcribiendo las partes pertinentes de la petición o comunicación.

Dichas informaciones deben ser enviadas dentro de un plazo razonable, fijado por la Comisión al considerar las circunstancias de cada caso.

b) Recibidas las informaciones o transcurrido el plazo fijado sin que sean recibidas, verificará si existe o subsisten los motivos de la petición o comunicación. De no existir o subsistir, mandará archivar expediente.

c) Podrá también declarar la inadmisibilidad o la improcedencia de la petición o comunicación, sobre la base de una información o prueba sobrevinientes.

d) Si el expediente no se ha archivado y con el fin de comprobar los hechos, la Comisión realizará, con conocimiento de las partes, un examen del asunto planteado en la petición o comunicación. Si fuere

necesario y conveniente, la Comisión realizará una investigación para cuyo eficaz cumplimiento solicitará, y los Estados interesados le proporcionarán, todas las facilidades necesarias.

e) Podrá pedir a los Estados interesados cualquier información pertinente y recibirá, si así se le solicita, las exposiciones verbales o escritas que presenten los interesados.

f) Se pondrá a disposición de la parte interesada, a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Convención.

2. Sin embargo, en casos graves y urgentes, puede realizarse una investigación previo consentimiento del Estado en cuyo territorio se alegue haberse cometido la violación, tan solo con la presentación de una petición o comunicación que reúna todos los requisitos formales de admisibilidad".

Respecto al segundo cargo, es decir, la violación del derecho de las víctimas de acceder a la administración de justicia para obtener la indemnización de perjuicios, estima la Corte que tampoco procede, ya que a la persona afectada no se le está negando el ejercicio del derecho de accionar ante la administración de justicia para la reparación directa, sino imponiéndoles la obligación de ejercer la acción dentro de los términos legales, a fin de que se puedan cumplir y garantizar los principios de eficacia, celeridad y oportunidad. El incumplimiento por parte de los ciudadanos de dichos plazos genera la extinción del derecho a ejercer la acción correspondiente.

De ahí que, la posibilidad de ejercer la acción de reparación directa en cualquier tiempo, como lo pretende el actor, no sólo vulneraría los derechos al debido proceso y a la pronta administración de justicia, sino la seguridad y certeza jurídicas en que se fundamenta el Estado de derecho."

3.2.2. Eventos de Desaparición Forzada.

El artículo 12 de la Constitución Política establece:

“Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”

No obstante lo anterior, ante la cruda realidad colombiana y dada la dificultad práctica para computar, con fundamento en las reglas generales,

el término de caducidad de la acción de reparación directa en los eventos de desaparición forzada, se dispuso, mediante el artículo 7° de la Ley 589 de 2000, *“por medio de la cual se tipifica el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura”*, consagrar, recogiendo previas posturas jurisprudenciales, la siguiente regla especial para el efecto: *“el término de caducidad de la acción de reparación directa derivada del delito de desaparición forzada, se contará a partir de la fecha en que aparezca la víctima o en su defecto desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal, sin perjuicio de que tal acción pueda intentarse desde el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la desaparición.”*

3.2.3. Eventos relacionados con privación injusta de la libertad.

El artículo 68 de la Ley Estatutaria 270 de 1996, establece que *“quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios”*.

La Corte Constitucional encontró ajustada a la Carta dicha norma y en la Sentencia C-037 de 1996, sostuvo: *“conviene aclarar que el término “injustamente” se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria. Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención.”*

Sin embargo, respecto del alcance de la norma referida, el Consejo de Estado ha sostenido una interpretación más garantista, en cuya virtud, *“la hipótesis precisada por el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 referida a la calificación de injusta de la privación de la libertad y el alcance que la Corte Constitucional le ha dado a la norma no excluye la posibilidad de que tenga lugar el reconocimiento de otros casos en los cuales el Estado deba ser declarado responsable por el hecho de haber dispuesto la privación de la libertad de un individuo dentro del curso de una investigación penal, siempre que en ellos se haya producido un daño antijurídico en los términos del artículo 90 de la Constitución Política”*.^[837]

En lo eventos de privación injusta de la libertad, la jurisprudencia, de tiempo atrás, ha señalado que si bien el término de caducidad es de dos (2) años, ha de empezarse a computar a partir del día siguiente a la ejecutoria de la sentencia penal absolutoria^[838] o, en términos más generales, de la providencia que exonere de responsabilidad al sindicado, “*porque sólo a partir de ese momento queda habilitado para reclamar por la injusticia de la detención*”^[839] .

3.2.4. **Falla médica**

Sobre el particular, ha sostenido la Sección Tercera del Consejo de Estado que el término de caducidad de la acción de reparación en algunos eventos relacionados con intervenciones quirúrgicas no se cuenta a partir del acaecimiento del hecho u omisión, sino desde la fecha en que el demandante tiene conocimiento del daño antijurídico. El típico ejemplo que cita la doctrina es el del paciente a quien se le realiza una operación y en el desarrollo de la misma se le deja instrumental médico en su organismo, advirtiéndose tal situación mucho tiempo después. Este evento representa otra excepción a la regla contenida en el artículo 136.8 del C.C.A..

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que el término de caducidad de la acción de reparación directa es, por regla general, de dos años contados a partir del día siguiente de la ocurrencia del hecho, omisión, operación, ocupación. No obstante lo anterior, la ley y la jurisprudencia han determinado casos especiales para efectos del cómputo de dicho término, como son los eventos relacionados con violaciones de Derecho Humanos, Desaparición Forzada, privación injusta de la libertad, falla médica y hechos cumplidos.

4.2.1 Hechos cumplidos (actio in rem verso)

PREGUNTA No. 90 y 91
TEMA(S): HECHOS CUMPLIDOS/CADUCIDAD DE LA ACCION DE REPARACION DIRECTA

1.- PREGUNTA.

¿Resulta jurídicamente viable la conciliación de los llamados hechos cumplidos?

¿En que término se puede solicitar la conciliación de los llamados hechos cumplidos?

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• <u>Ley 1285</u>, artículo 13;• C.C.A., art. 87 y 136-8;
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none">• Consejo de Estado Sección Tercera, C.P. RUTH STELLA CORREA PALACIO, 1º de octubre de 2008, Radicación 16849;• Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P. MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR, 29 de enero de 2009, Radicación número: 07001-23-31-000-1997-00705-01(15662)• Consejo de Estado, Sección Tercera, C. P. ENRIQUE GIL BOTERO, 22 de julio de 2009, Radicación 35026;• Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de septiembre 10 de 1992, exp. 6822, C.P. Julio César Uribe Acosta.

3.- CONSIDERACIONES.

Para resolver el problema jurídico contenido en la pregunta anterior, se abordarán los siguientes temas *i)* configuración de los llamados hechos cumplidos y su carácter conciliable, y *ii)* especificidades respecto de la acción procedente.

3.1. Configuración de los llamados hechos cumplidos y su carácter conciliable.

Cuando se habla de los denominados hechos cumplidos, se hace alusión a la ocurrencia práctica de acontecimientos que desde la perspectiva jurídica no deberían suceder, como son los relativos a la ejecución de prestaciones sin contrato estatal previo, escrito y vigente respecto de dicho objeto.

Aunque con la ejecución de tales prestaciones se vulneran, sin duda alguna, todos los principios de la contratación estatal y los relacionados con el manejo del presupuesto público, la jurisprudencia, de tiempo atrás ha

venido aceptando que, en algunos eventos y en determinadas condiciones, el Estado debe pagar al particular afectado el equivalente a su detrimento patrimonial, bien mediante conciliación extrajudicial^[840], bien por condena judicial.

Un aspecto importante respecto de los hechos cumplidos se relaciona con la imperiosa necesidad de su análisis en concreto, caso por caso, a fin de determinar asuntos de la mayor trascendencia como la misma procedencia jurídica de la conciliación o la condena, el monto del valor a pagar, la acción contenciosa que eventualmente se ejercería y, por supuesto, la determinación de su caducidad.

Los eventos posibles son muy diversos: de una parte puede presentarse la ejecución de prestaciones sin contrato previo, destacando que de conformidad con la normatividad vigente el contrato estatal es solemne, requiere ser elevado a escrito, tal como lo disponen los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993.^[841] De otro lado, pese a la existencia previa de contrato estatal, puede presentarse la ejecución de prestaciones sin que se hayan reunido los requisitos para la ejecución del contrato; o por fuera del objeto del contrato; o por fuera del plazo del contrato; o más allá del valor del contrato.

Por ello, la jurisprudencia ha reiterado que *“las consecuencias jurídicas de la ejecución de una prestación –sea una obra, un bien o un servicio– sin que exista previamente un contrato estatal perfeccionado, o que estándolo sea inejecutable por ausencia de uno de los requisitos para ello, constituye uno de los grandes problemas jurídicos que ha afrontado la jurisdicción de lo contencioso administrativo, toda vez que no sólo se discute el derecho o no del particular que actúa en ese sentido, sino el fundamento contractual, extracontractual o de otro tipo que eventualmente le diera soporte a las reclamaciones en contra de la entidad pública que se beneficia con la prestación.”*^[842]

Así mismo se ha sostenido que *“no es posible discutir, por vía de la acción contractual, el reconocimiento económico causado por la ejecución de una prestación, cuando no existiere de por medio un contrato en los términos previstos por la ley contractual, es decir, cuando su fuente no es contractual. Con fundamento en el principio “iura novit curia” - expone el hecho que el juez conoce el derecho-, el juez está facultado para interpretar si la acción es o no de naturaleza contractual, respetando la causa petendi, con el fin de que la inadecuada escogencia de la acción por parte del actor no constituya impedimento para emitir un fallo de fondo. Asumir una posición contraria sería rendirle un culto injustificado a la forma por la simple forma, con desconocimiento del principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial.”*^[843]

Los conflictos derivados de los llamados hechos cumplidos, son, potencialmente, susceptibles de conciliación extrajudicial, toda vez que se trata de conflictos de carácter particular, de índole económico, transigibles, desistibles, de los cuales conocería la Jurisdicción Contenciosa mediante alguna de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del C.C.A.

Así lo afirmó, con meridiana claridad, el Consejo de Estado al aprobar un acuerdo conciliatorio, con fundamento en que *“el sub judice versa sobre un conflicto de carácter particular y contenido económico cuya competencia, ante la inexistencia de un acto administrativo o contrato estatal por demandar, sería de esta Jurisdicción a través de la acción de reparación directa (art. 86 C.C.A.), por la vía de la pretensión in rem verso. En efecto, las pretensiones objeto de la conciliación por parte del demandante, según alega el mismo y se alude en el acuerdo, consisten en el pago de una suma de dinero como compensación por unos servicios de parqueo prestados durante cuatro años, cuatro meses y veintiocho días, situación que se presenta como un presunto enriquecimiento sin causa por parte del Fondo de Vigilancia y Seguridad de Santa Fe de Bogotá, a costa de un supuesto empobrecimiento del señor Manuel Antonio Reyes Buitrago, pago a que cree tener derecho el solicitante por el daño originado en las acciones y omisiones de la administración. Los derechos discutidos son meramente económicos y en consecuencia disponibles por las partes.”*^[844]

3.2. Especificidades respecto de la acción de reparación directa – *actio in rem verso*.

3.2.1. Requisitos para la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa.

La aplicación misma de la teoría del enriquecimiento sin causa, así como sus requisitos, no han sido asuntos pacíficos en la jurisprudencia del Consejo de Estado^[845], sin embargo, en la sentencia de julio de 2009^[846], la Sección Tercera del Consejo de Estado retomó el criterio jurisprudencial según la cual la teoría del enriquecimiento sin causa es fuente formal de las obligaciones y, en consecuencia, es viable que reunidas ciertas condiciones se demande la responsabilidad del Estado bajo este título de imputación.

Los requisitos para que se pueda aplicar la teoría del enriquecimiento sin causa como fuente de las obligaciones, son los siguientes:

- i) Enriquecimiento de un patrimonio;
- ii) Empobrecimiento correlativo de otro patrimonio;

iii) Ausencia de causa jurídica, esto es que no se origine en ninguno de los eventos establecidos en el artículo 1494 del C.C., y

iv) Ausencia de acción para reclamar dicha reparación patrimonial.

Como se dijo, la ejecución de los llamados hechos cumplidos comporta el desconocimiento de las normas y principios propios de la Contratación Estatal, sin embargo, la jurisprudencia ha destacado que *“la administración es la garante de la legalidad del contrato, de su perfeccionamiento y ejecución, puesto que es ella la que lidera el proceso de selección del contratista, es decir, la etapa precontractual”*.^[847]

3.2.2. La acción de reparación directa – *actio in rem verso* es de carácter compensatorio.

La acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del C.C.A., en su modalidad *actio in rem verso* resulta ser de carácter compensatorios, toda vez que la teoría del enriquecimiento sin causa que mediante ella se aplica, no conduce *“a la indemnización del daño, sino a la correspondiente compensación, que se define en consideración al empobrecimiento sufrido por el demandante hasta la porción en que efectivamente se enriqueció el demandado.”*^[848]

En consecuencia, no se trata de reconocer al particular una indemnización de perjuicios, sino solamente de compensar los desequilibrios económicos de las partes cuando los mismos ostentan la condición de injustificados, máxime si ha habido buena fe, en aras a la protección de la confianza legítima, por lo que ha de reconocerse el valor del beneficio obtenido por la entidad pública que motivó con su conducta la prestación del servicio, la entrega del bien o la ejecución de la obra.

En estos eventos no procede el pago de intereses, tal como lo ha señalado el Consejo de Estado al sostener:

“En asuntos como el que en esta ocasión ocupa la atención de la Sala, han sido diversos las posturas adoptadas por la Sala, tal como se expuso ampliamente en acápite anterior de esta providencia. En virtud de la tesis positiva, la Sala con fundamento en el principio del enriquecimiento sin causa, reconoció^[849] la reparación integral del daño -daño emergente y lucro cesante-, causado por la Administración, cuando el particular había ejecutado prestaciones sin que hubiere precedido un contrato u orden escrita de la Administración.

No obstante lo anterior, la Sala en sentencia de 7 de junio de 2007, Expediente 14669, modificó su postura y fijó su criterio en torno a la teoría del enriquecimiento sin causa, determinando que su naturaleza es eminentemente compensatoria y no indemnizatoria pues no se trata de pretender la reparación de un perjuicio o daño sino de restablecer el equilibrio del patrimonio que se vio afectado o empobrecido, para el demandante, en el mismo monto en que se enriqueció, sin causa jurídica, el patrimonio del demandado, razón para que el restablecimiento tan solo genere la compensación del empobrecido, en consecuencia, no proceden pretensiones de otra índole como lo son el pago de las utilidades o frutos civiles del capital pues ello conllevaría a desnaturalizar la teoría del enriquecimiento sin causa y a dar a la actio de in rem verso un alcance que desborda las pretensiones que le son propias.

Desde esta perspectiva, en eventos como el que ha sido sometido a conocimiento de la Sala, es decir, cuando la acción que es ejercida es la de in rem verso, el acreedor no tiene derecho a los frutos civiles que hubiere producido el capital pagado en forma tardía y si esto es así, nunca tendría la posibilidad de que hicieran parte de su patrimonio, el cual jamás podría considerarse empobrecido por su no reconocimiento y pago. Igual razonamiento cabe hacer en relación con el patrimonio del deudor, puesto que al no proceder el pago de los intereses en favor del acreedor, su patrimonio no podría verse beneficiado por la no erogación de dichos emolumentos, sencillamente porque jamás estaría obligado a pagarlos cuando se adelantara una acción por enriquecimiento sin causa.”^[850]

En síntesis, dado el carácter compensatorio de la acción, en los eventos relacionados con los denominados hechos cumplidos, las pretensiones deben estar limitadas exclusivamente al monto del enriquecimiento patrimonial, el cual, desde luego debe estar debidamente acreditado en la conciliación o en el proceso.

3.2.3. Debe tenerse en cuenta la conducta desplegada por las partes.

En cada caso concreto ha de valorarse la conducta desplegada por las partes a fin de determinar la viabilidad jurídica de la compensación y el monto de la misma, lo que impone la necesidad de ponderar la conducta del sujeto de derecho público frente a la persona de derecho privado, “*toda vez que, en multiplicidad de eventos, es la propia administración quien con su comportamiento induce o motiva al particular, en lo que se conoce como tratativas o tratos preliminares, a la ejecución de una determinada obra o servicio sin que exista negocio jurídico de por medio, lo que genera, prima facie, un traslado injustificado de un patrimonio a otro, de tal manera que se*

ocasiona un empobrecimiento con un consecuencial enriquecimiento, no avalado por el ordenamiento jurídico. En consecuencia, si bien podría afirmarse que el particular en estos eventos coonestó la situación irregular en materia de contratación pública, la cual generó de paso el empobrecimiento en el que se sitúa, no puede desconocerse que el primer obligado a acatar las disposiciones contractuales de selección objetiva, y de perfeccionamiento contractual, es el propio Estado, motivo por el cual si éste a través de sus representantes impele el interés del particular a realizar o ejecutar una determinada prestación, sin que exista contrato de por medio, se impone, correlativamente, la obligación de recomponer el traslado abusivo e injustificado que se produjo, patrimonialmente hablando, de un sujeto a otro.”^[851]

En la misma providencia se reitera que en cada caso concreto, el juez contencioso administrativo deberá analizar la situación fáctica y jurídica en la que se encuentra el particular frente a la administración pública, “*con el fin de establecer, mediante el instrumento de la ponderación –en aplicación del principio de proporcionalidad-, si aquél merece efectivamente el reconocimiento –compensatorio-, de la labor ejecutada, así en principio se haya desconocido el ordenamiento jurídico contractual.*”

Así se ha dicho que el juez al valorar cada situación en concreto podrá determinar si hay lugar al reconocimiento del enriquecimiento sin causa o, si por el contrario, la conducta desplegada por el particular “*transgrede el ordenamiento jurídico, en tal magnitud, que su comportamiento fue el directo desencadenante del éxodo patrimonial; situación en la que ese detrimento estaría justificado dada la conducta desplegada por el sujeto de derecho privado. Por ejemplo, esta Sección –de manera reciente– ha reconocido que en tratándose de la prestación de bienes o servicios relacionados con el derecho a la salud, es posible aprobar acuerdos conciliatorios en los cuales una entidad pública acepte y reconozca una deuda proveniente de la ejecución de una prestación que no tenía soporte contractual; el fundamento de este criterio ha sido la relevancia que tiene el derecho a la salud, razón por la que debe operar el principio de enriquecimiento injustificado de manera plena y, por consiguiente, avalarse el pago de esas obligaciones originadas en la buena fe del particular*^[852].”^[853]

Con fundamento en lo anterior, puede ocurrir que no resulte jurídicamente procedente ninguna compensación, o que ella corresponda sólo al cincuenta por ciento o que sea plena:

“[F]rente a eventos derivados del incumplimiento de las obligaciones legales que están a cargo del Estado durante la etapa de formación del contrato estatal, caso en el cual se debe acudir a las figuras propias de la responsabilidad precontractual para que, frente a la prueba del daño alegado y de la imputación del mismo

al Estado, por la violación de lo dispuesto en la ley contractual y de las reglas del principio de buena fe que orienta dichas relaciones, se declare dicha responsabilidad y se disponga la consecuente condena a la indemnización plena de todos los perjuicios.

De igual manera ocurre, cuando el particular ejecuta prestaciones sin contrato, obrando por su cuenta y a sabiendas de que no hay siquiera una relación precontractual, pues en este evento se está eludiendo claramente la aplicación de las normas que rigen la formación, existencia y ejecución de los contratos estatales. Se advierte que el particular incurso en esta situación, debe asumir los efectos de su negligencia, pues el daño proviene exclusivamente de su propia actuación.

También se presenta si la situación es generada por la concurrencia de acciones u omisiones provenientes de los dos sujetos, ente público y particular, como ocurre, por ejemplo, cuando a pesar de que el contrato no es ejecutable por la falta de alguno de los requisitos que condicionan su ejecución, el particular ejecuta prestaciones con el asentimiento de la entidad, en la confianza de que prontamente todo se regularizará. En este caso existe intervención concurrente de la entidad y del particular en la producción de los daños que se alegan; de la primera porque desatiende la obligación legal de abstenerse de la ejecución hasta que se cumplan los requisitos legales correspondientes, y del particular porque, al estar igualmente sometido a dichas normas imperativas, no debe iniciar la ejecución de un contrato que está suspendido legalmente, pues la circunstancia de que la entidad no hubiese cumplido con la obligación de adelantar los trámites administrativos necesarios para que el contrato celebrado sea ejecutable, no lo habilita para iniciar su ejecución y por ende, no configura la responsabilidad exclusiva de la entidad pública frente a los daños derivados del no pago de las prestaciones ejecutadas.”^[854]

Al desatar el caso concreto, determinó la Sección Tercera del Consejo de Estado, que “el no pago de la prestación ejecutada es imputable a las acciones y omisiones de los dos sujetos del contrato, contratista y municipio de Samaniego, razón por la cual no resulta procedente acceder a la pretensión encaminada a que se condene el municipio a la indemnización de todos los perjuicios materiales. Y frente a la concurrencia de acciones, de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil^[855], lo que procede es una indemnización proporcional al grado de participación de la víctima en la producción del daño, que para este caso la Sala estima en un 50%.”^[856]

Al respecto resulta especialmente relevante poner de presente, ya sea para efectos de la conciliación extrajudicial o en el eventual proceso contencioso, que además del monto a compensar y de la conducta previa de las partes –orden, autorización, solicitud, consentimiento o no- respecto de la realización de la prestación, ha de acreditarse debidamente:

- Que se ejecutó la correspondiente prestación, esto es, se entregó el bien, se realizó la obra, se prestó el servicio;
- Que tal prestación fue efectivamente recibida por la Administración;
y
- Que la respectiva entidad pública no ha realizado pago alguno por concepto de la referida prestación.

3.2.4. Caducidad de la acción.

Pese a que en reciente providencia^[857] se mencionó tangencialmente posición en sentido contrario, lo cierto es que el término de caducidad que se aplica para efectos de hacer efectiva la teoría del enriquecimiento sin causa por los llamados hecho cumplidos, no es otro que el previsto en el Código Contencioso Administrativo para el ejercicio de la acción de reparación directa, tal como de tiempo atrás los ha reconocido la jurisprudencia^[858]-, cuya, regla general, como se dijo en respuesta anterior, es aquella según la cual la mencionada acción caduca al vencimiento del plazo de dos años contados a partir del día siguiente al acaecimiento del hecho, omisión, operación u ocupación, tal como dispone el artículo 136-8 del C.C.A., en este caso de la ejecución de la prestación.

No obstante lo anterior, ha de analizarse cada caso en concreto para determinar, por ejemplo, si la administración con su conducta evasiva y dilatoria vulneró la confianza del particular, quien ilusionado con promesas de pronto pago dejó transcurrir el tiempo sin intentar conciliación extrajudicial y, desde luego, sin impetrar la correspondiente acción.

Este criterio jurisprudencial, que obedece tanto al principio constitucional de la buena fe, como al momento de consolidación del daño, ha sido de antaño utilizado para resolver los casos relativos a prestaciones ejecutadas sin contrato, tal como se advierte de la siguiente providencia que, por su pertinencia, se transcribe *in extenso*:

“A la luz del acervo probatorio que se deja enlistado, y del que sea menester apreciar a lo largo de esta providencia, la Sala entra a definir el presente conflicto de intereses, anticipando sí que revocará el fallo impugnado, pues no hace suya la perspectiva jurídica que manejó el a - quo.

Al hacer el estudio de la caducidad el sentenciador de instancia empezó a contar el término de 3 años a partir del ocho de marzo de mil novecientos ochenta y dos (1.982), momento en el tiempo físico en que se suspendieron las obras, pero olvidó que la sociedad demandante no tuvo certeza de que no se le pagarían sino a partir del día siete (7) de Febrero de 1.983, cuando los representantes del Instituto de Crédito Territorial hicieron entrega de los terrenos, instalaciones y obra, al nuevo contratista, esto es, a la firma FERVEL LTDA, como consta en el documento que se dejó enlistado en el literal anterior. Para el ad - quem el tiempo de caducidad empezó a correr a partir de esta última fecha, y se agotó el 7 de Febrero de 1.986. Como la demanda se presentó el 23 de Enero de ese año, se impone concluir que se demandó en tiempo.

En casos con el universo que tiene el presente, es forzoso hacer, por razones de justicia y también de equidad, una interpretación generosa del momento a partir del cual empieza a correr el término de caducidad, pues como lo recuerda bien el Profesor Tomás Ramón Fernández, citando jurisprudencia del tribunal español, el plazo debe considerarse ininterrumpido cuando ...hubiere negociaciones entre el perjudicado y la Administración al objeto de lograr la reparación del daño, ínterin se denotará buena fe (sentencia julio 7 de 1.982 del citado tribunal). La misma doctrina se mantiene por la sentencia del 3 de noviembre de 1.975'y por el reciente dictamen, del Consejo de Estado del 18 de noviembre de 1.985. El diez a - quo del computo es también, desde hace años, objeto de un análisis muy amplio, estimándose que el plazo no empieza a correr en tanto los daños se sigan produciendo por mucho que sea el tiempo transcurrido desde que tuvo lugar el hecho que los desencadenó... (El Contencioso Administrativo y la Responsabilidad del Estado. Abeledo Perrot, pág. 105). (Subrayas de Sala).

En la interpretación de la conducta humana, que en más de una ocasión reviste mas importancia que la de la propia ley, el sentenciador se encuentra, en el caso sub - exámine, con la especial circunstancia de que el Instituto de Crédito Territorial, ora con su conducta pasiva, ora con su conducta activa, generó confianza en la sociedad demandante. Sólo así se explica que antes de suscribirse el contrato le hubiese entregado los elementos de la Planta de prefabricados de la Urbanización y que el tres (3) de febrero de 1.982 le hubiese solicitado que: A PARTIR DE LA FECHA (3 de Febrero de 1.982) en los programas cofinanciados se dé prioridad a la ejecución de la casa modelo (subrayas de la Sala). El mismo nombramiento del INTERVENTOR, hecho el día 28 de Enero de 1.982, y que recayó en la persona del Señor ARMANDO

FUENTES, explica bien que el centro de imputación jurídica demandado hubiese sembrado el camino de confianza hacia el demandante, autorizándolo con su comportamiento, a ejecutar los trabajos antes de suscribir el respectivo contrato. Esa misma confianza explica, en buena parte, que la sociedad demandante, frente a la orden de suspensión de la obra, hubiese esperado pacientemente a que se le pagará lo realizado. Por todo lo anterior es posible afirmar que la caducidad solo empezó a correr el día 7 de Febrero de 1.983 cuando la firma demandante vivenció que las vías del entendimiento razonable quedaban definitivamente cerradas, pues en ese momento, en el tiempo físico, se la entregó a la sociedad FERVEL LTDA ...los terrenos, instalaciones y obra, de acuerdo al contrato... que con esta entidad había celebrado.

Para la Sala tiene especial significación la conducta pasiva del Instituto de Crédito Territorial que no obstante haber dado la orden de no continuar con los trabajos desde el día (3) de Marzo de 1.982, esperó hasta el 7 de febrero de 1.983, para despojar a la demandante de los bienes a que ya se hizo relación. Cómo explicar este silencio condicionado? Necesariamente como un asentimiento a la permanencia en el inmueble de la sociedad actora y por qué no, como una esperanza para ésta de que nada estaba definitivamente perdido.

En el manejo de todas las situaciones de hecho que suelen registrarse antes de firmar los contratos, y que a menudo dan lugar a demandas fundadas en la teoría del enriquecimiento sin causa, se impone siempre una valoración ponderada y seria de la CONFIANZA que las partes se suscitaron, pues ella viene a ser el soporte fundamental, la filosofía que debe informar la demanda y el fallo. Por ello se enseña que es un mandamiento moral no defraudar la confianza nacida del mismo comportamiento de las partes. Ella puede hacer, y así suele ocurrir, de una simple declaración de intenciones, de una comunicación con el universo que tiene, por ejemplo, la de 3 de febrero de 1.982, en que el Jefe de la División Técnica del Instituto le solicita a la demandante que: ...a partir de la fecha... le dé prioridad a la ejecución de la casa modelo. También la Omisión permite hacer el manejo de ella.

Dentro del marco descrito, el Profesor Karl Larenz, al tratar la materia, enseña: El ordenamiento jurídico protege la confianza suscitada por el comportamiento del otro y no tiene mas remedio que protegerla, porque PODER CONFIAR, como, hemos visto, es condición fundamental para una pacífica vida colectiva y una conducta de cooperación entre los hombres y, por tanto, de la paz jurídica. Quien defrauda la confianza que ha producido o aquella a la que ha dado ocasión a otro, especialmente a la otra parte en un

negocio jurídico, contraviene una exigencia que el Derecho - con independencia de cualquier mandamiento moral tiene que ponerse a sí mismo porque la DESAPARACION DE LA CONFIANZA, pensada como un modo general de comportamiento, tiene que impedir y privar de seguridad el tráfico interindividual. Aquí entra en juego la idea de una seguridad garantizada por el Derecho, que en el derecho positivo se concreta de diferentes maneras... (Derecho Justo. Fundamentos de Ética Jurídica. Editorial Civitas, pág. 90 y ss.) (Subrayas de la Sala).

C) En los tiempos que corren es de normal aceptación, por la jurisprudencia y la doctrina, que la administración debe pagar las obras ejecutadas con su asentimiento expreso o tácito, en la etapa pre - contractual, con el fin de evitar un enriquecimiento sin causa. Sobre la materia el Profesor Tomás Ramón Fernández, en su obra ya citada, recuerda:

A lo largo de esta década son muy frecuentes, también, las sentencias que condenan a la Administración en razón del enriquecimiento injusto experimentado por ella a consecuencia de la realización de obras sin contrato previo o a través de contratos afectados de nulidad, vicios en los que la Administración no puede escudarse para negar el pago del precio al contratista que realizó las obras (sentencia de 11 de mayo y 6 de junio de 1976) (Obra citada, pág. 3).”^[859]

En estos eventos el término de caducidad de la acción pertinente respecto de los hechos cumplidos, esto es la acción de reparación directa –que se tramita bajo la cuerda del proceso ordinario-, en su modalidad *in rem verso*, debe comenzar a computarse a partir del día siguiente a aquel en el cual la administración informó al particular –y correlativamente éste se enteró- que definitivamente no le cancelaría el valor de las prestaciones que ejecutó.

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que resulta jurídicamente viable la conciliación de los llamados hechos cumplidos, toda vez que se trata de conflictos particulares de contenido económico, desistibles, que se tramitarían mediante la acción de reparación directa consagrada en el artículo 87 del C.C.A., en su modalidad *actio in rem verso*, la cual cuenta con un término de caducidad de dos años contados, como regla general a partir del día siguiente al de la ejecución de la prestación y en los eventos de conducta dilatoria por parte de la administración, a partir de que ésta le informó al particular que no le cancelaría las prestaciones ejecutadas.

4.2.4

PREGUNTA No. 93

TEMA(S): ACCION DE REPETICION/TERMINO DE CADUCIDAD

1.- PREGUNTA.

¿Cómo está regulado el término de caducidad respecto de la acción de repetición?

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• C.C.A., arts. 86, 136-9, 177;• Ley 678 de 2001, art. 11
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none">• Corte Constitucional, Sentencia C-832 de 2001;• Corte Constitucional, Sentencia C-394 de 2002;• Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 5 de diciembre de 2006, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, exp. 110010326000200200005 01 (22102).
Marco Doctrinal	<ul style="list-style-type: none">• González Rey, Sergio. Acción de Repetición. Lecciones, en III Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo;• Circular Conjunta del 30 de noviembre de 2008.

3.- CONSIDERACIONES.

Para resolver el problema jurídico contenido en la pregunta anterior, se abordarán los siguientes temas *i)* normatividad vigente respecto del término de caducidad de la Acción de Repetición, y *ii)* exequibilidad condicionada de dicha normatividad.

3.1. Normatividad vigente respecto del término de caducidad de la Acción de Repetición.

Repetir significa reclamar contra un tercero a consecuencia del pago o quebranto que padeció el reclamante^[860]. En tal sentido la Acción de Repetición se constituye en el mecanismo judicial con que cuenta el Estado para reclamar de su agente o ex agente, el detrimento patrimonial que padeció al haber tenido que pagar una suma de dinero con motivo de la conducta dolosa o gravemente culposa del repetido.

La Acción de Repetición es una acción civil de carácter patrimonial e indemnizatorio, principal, subjetiva, con sujetos pasivos cualificados, obligatoria y temporal.^[861]

El carácter temporal de la mencionada acción implica que la ley ha previsto un determinado arco de tiempo dentro del cual puede válidamente ejercerse, es decir ha fijado un término de caducidad, entendida como la *institución jurídico procesal a través del cual, el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia*^[862]. En efecto, el artículo 136-9 del C.C.A., establece que la Acción de Repetición “*caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente de la fecha del pago total efectuado por la entidad*”.

En idéntico sentido, la Ley 678 de 2001^[863], “*por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o del llamamiento en garantía con fines de repetición*”, dispone en su artículo 11:

*“La acción de repetición caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años contados a partir del día siguiente al de la fecha del **pago total efectuado por la entidad pública.***

*Cuando el pago se haga en cuotas, el término de caducidad comenzará a contarse desde la fecha del **último pago**, incluyendo las costas y agencias en derecho si es que se hubiere condenado a ellas.”*

Nótese que las normas referidas destacan la importancia del pago para efectos de la Acción de Repetición, asunto que se explica en tanto *el presupuesto central para impetrar esta acción es que ésta haya realizado ese pago y no podría ser de otra forma, ya que el pago marca el instante en el que se materializa el daño irrogado a ella y sufrido directamente por el hecho de haber sido obligada a indemnizar por la acción u omisión con culpa grave o dolo del funcionario.*^[864]

Respecto del *pago total*, la jurisprudencia del Consejo de Estado *i)* ha sostenido que debe probarse adecuadamente y *ii)* se ha encargado de fijar el alcance de dicho concepto.

3.1.1. El pago debe ser debidamente acreditado.

Tratándose del ejercicio de la acción de repetición, la adecuada prueba del pago por parte de la entidad pública resulta de la mayor trascendencia toda vez que, de una parte, *sin que se haya realizado el pago efectivo de la condena no puede la Administración pretender repetir y, de otro lado, es a partir del pago total que comienza el cómputo del término de caducidad.*^[865]

Respecto de la prueba del pago, la jurisprudencia ha reiterado que para acreditar debidamente el pago, *“resulta absolutamente indispensable carta de pago^[866], recibo^[867], declaración proveniente del acreedor o cualquier otro medio de prueba que lleve al juez la convicción de que el deudor efectuó el pago debido al acreedor”,* por tanto, *“los documentos provenientes del propio deudor afirmando haber realizado el pago, no constituyen prueba suficiente para acreditarlo, máxime si se tiene en consideración la trascendencia que reviste el pago efectivo y total -no sólo como presupuesto material de la sentencia estimatoria, sino, incluso, para los efectos mismos de computar el término de caducidad-, cuando se trata de instaurar una acción de repetición, buscando real y seriamente la prosperidad de las pretensiones esgrimidas en la demanda (...) De otra parte, conviene mencionar que la resolución que ordena el pago, así como el diligenciamiento de la nómina adicional, si bien son importantes para acreditar los pasos seguidos por la Administración con miras a cumplir con la condena que le fue impuesta, no constituye, en modo alguno, prueba de la realización del pago efectivo de la totalidad de la suma de dinero adeudada.”*^[868]

En el mismo sentido, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 11 de febrero de 2009^[869], sostuvo:

“[C]onviene citar el artículo 1625 del Código Civil que establece una enumeración, no taxativa, de los modos de extinción de las obligaciones, dado que toda obligación está llamada a ser cumplida y por tanto a extinguirse a través de la ejecución de la prestación debida. Dentro de ese listado previsto en la norma está contemplado el pago, modo de extinción de la obligación, entendido como la ejecución total de la prestación debida; es decir, para que exista el pago es menester la preexistencia de una obligación entendida como el vínculo jurídico existente entre dos sujetos de derecho, en la cual se busca la satisfacción del acreedor y la liberación del deudor a través de la materialización de una prestación de dar, hacer o no hacer (dare, facere y prestare).

Ahora bien, respecto de esa relación jurídica y de su extinción, el artículo 1757 del Código Civil señala que “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”, de manera que el acreedor deberá probar la existencia de la prestación con miras a hacerla valer ante su deudor y, contrario sensu, el deudor debe probar la extinción de la misma, es decir, su liberación como sujeto pasivo dentro de la relación obligacional.

*En otras palabras, al acreedor le corresponde demostrar el surgimiento de la obligación mediante la prueba del hecho jurídico generador de la misma, **mientras el deudor debe demostrar la ocurrencia del hecho extintivo**, lo cual, aplicado al caso concreto para efectos del cumplimiento de los requisitos de la acción de repetición, se materializa en el deber en el cual se encuentra la respectiva entidad pública demandante de probar el pago efectivo de la indemnización contenida en una sentencia a la víctima, cuestión que podrá realizar mediante la aportación de la constancia de pago con la consiguiente prueba de su recibo por parte del acreedor o beneficiario, la entrega material de la suma adeudada o la consignación o transferencia que de dicha cantidad hubiere realizado el deudor a favor del acreedor.”*

3.1.2. Alcance del concepto de *pago total* para efectos del cómputo del término de caducidad de la Acción de Repetición.

Respecto del alcance del *pago total*, para efectos de la Acción de Repetición, la jurisprudencia ha sostenido que dicho concepto hace referencia a la solución efectiva del capital, mas no involucra el pago de intereses originados en la inoportuna cancelación de la condena, ni de montos menores o residuales que la entidad pública cancele con posterioridad al pago principal.

En consecuencia, se entiende por pago total la cancelación del valor neto de la condena impuesta contra la entidad pública, incluidas las costas y las agencias en derecho, pero sin incluir el monto de intereses generados, tal como se prevé en el parágrafo del artículo 11 de la Ley 678, para efectos de la determinación de la cuantía, en los siguientes términos:

“La cuantía de la pretensión de la demanda de repetición se fijará por el valor total y neto de la condena impuesta al Estado más el valor de las costas y agencias en derecho si se hubiere condenado a ellas, del acuerdo conciliatorio logrado o de la suma determinada mediante cualquier otro mecanismo de solución de conflictos, sin tomar en cuenta el valor de los intereses que se llegaran a causar.”

Esta posición ha sido sostenida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, entre otras, en la Sentencia de 5 de diciembre de 2006, en los siguientes términos:

“[L]a ley consagra entonces, un término de dos años para intentar la acción de repetición, contados desde el día siguiente a la fecha en la que se efectuó por parte de la entidad pública el pago definitivo del monto total de la “condena” impuesta por el juez, disposición legal que se explica en el hecho de que el presupuesto central para impetrar esta acción es que ésta haya realizado ese pago, es decir, el instante en el que se materializa el daño irrogado a ella y sufrido directamente por el hecho de haber sido obligada a indemnizar por la acción u omisión con culpa grave o dolo del funcionario.

*(...) Es claro que de acuerdo con la ley la pretensión de la demanda de repetición se fija por el valor total y neto de la condena impuesta más el valor de las costas y agencias en derecho si se hubiere condenado a ellas, sin tomar en cuenta el valor de los intereses que se llegaren a causar sobre esa condena lo cual resulta acertado porque **los intereses de mora en el pago de lo debido en la condena impuesta no se le pueden imputar a la conducta del funcionario, dado que son exclusivamente producto de la actuación de la entidad pública, quien, en tal virtud, es la única que debe asumirlos.***

La Sala advierte que en materia de acciones de repetición, los intereses derivados del pago tardío de la condena, no pueden imputarse a responsabilidad del funcionario que desarrolló la conducta que dio lugar a la condena, toda vez que éstos no fueron originados en la causación del hecho objeto de imputación al demandado en repetición, sino en el tiempo que se toma la administración para efectuar el pago correspondiente.

Es decir que, como lo pretendido por vía de la acción de repetición es el reembolso de lo pagado por la entidad pública con ocasión de la condena decretada por la jurisdicción o el reconocimiento indemnizatorio asumido en una conciliación u otro mecanismo previsto en la ley, según el caso, la reclamación debe ceñirse a ese monto y no a otro concepto que, como los intereses que se generen ante la condena y su pago efectivo, no se deben por la actuación del servidor público demandado en repetición.

*Para la Sala, lo anterior significa que **es en la fecha del pago total de ese capital cuando se inicia el cómputo del plazo previsto en la ley para intentar oportunamente esta acción y no desde el pago de los intereses u otros conceptos extraños***

a la fuente de la obligación que propició a cargo del Estado el agente público con su conducta dolosa o gravemente culposa.

Es decir, es equivocado el planteamiento de la demandante al aducir que el término para el ejercicio de la acción debe contarse a partir del momento en que se cancelaron los intereses de la condena, es decir, el 22 de febrero de 2000, para lo cual argumenta que es allí donde efectivamente se cancela la totalidad de la condena.

En este orden de ideas, para despachar la excepción de caducidad formulada por el demandado, es necesario analizar cuándo se produjo el pago total de la indemnización impuesta por la jurisdicción en la sentencia condenatoria a la entidad pública, el cual, como se observó, no sólo tiene incidencia para acreditar uno de los requisitos para la prosperidad de la acción de repetición, sino que a la vez es un aspecto fundamental para verificar el presupuesto procesal del ejercicio oportuno de la acción.

Así las cosas, como quiera que se encuentra acreditado que la fecha de pago efectivo del monto de la condena ocurrió el 1 de julio de 1999, conforme consta en el recibo de consignación, visible a folio 81 del cuaderno principal, y diligenciado a la cuenta de ahorros No 90710058350 cuyo titular es el señor Carlos Arenas Murillo, según certificación expedida por el Banco Sudameris Colombia, y que reposa a folio 79 del cuaderno principal, es menester contar el término del ejercicio oportuno de la presente acción a partir del día siguiente a ese pago, es decir, desde el 2 de julio de 1999, luego los 2 años de que trata el artículo 11 de la Ley 678 de 2001, vencieron el día 2 de julio de 2001 y como la demanda se presentó el 10 de diciembre de 2001, significa que la acción fue interpuesta por la Contraloría General de la República en forma extemporánea y, por lo mismo, operó el fenómeno jurídico de la caducidad.

Por lo tanto, la Sala declarará probada la excepción de caducidad formulada por el demandado.”^[870]

En el mismo sentido expuesto, recalcó la Corporación en otra providencia que no es jurídicamente viable que so pretexto de la liquidación o “reliquidación” de intereses, oficiosa o silicitada, efectuada por la Administración con posterioridad al pago total del capital, se pretenda iniciar de nuevo el cómputo del término de caducidad de la acción de repetición.^[871]

3.2. Exequibilidad condicionada de las normas que determinan el término de caducidad de la Acción de Repetición.

Ante demanda presentada solicitando la declaratoria de inexecuibilidad parcial del artículo 136-9 del C.C.A. por cuanto consideró el actor que dejaba en manos de la entidad pública el término de caducidad de la Acción de Repetición, por cuanto el pago, en tanto punto de partida de dicho término, dependía enteramente de la Administración, la Corte Constitucional encontró que uno de los requisitos para impetrar la acción de repetición es, precisamente el pago de la condena que haya sufrido la Administración, y por consiguiente, *resulta razonable que se haya fijado el momento en que se realiza ese acto jurídico como punto de partida para computar el término de caducidad.*^[872]

No obstante lo anterior, la Corte declaró la constitucionalidad condicionada del aparte normativo impugnado, *bajo el entendido que el término de caducidad de la acción empieza a correr, a partir de la fecha en que efectivamente se realice el pago, o, a más tardar, desde el vencimiento del plazo de 18 meses previsto en el artículo 177 inciso 4 del Código Contencioso Administrativo*, decisión que fundamentó en los siguientes argumentos:

“[C]omo en razón del principio de legalidad del gasto público (artículos 345 y 346 de la Constitución), el Estado no puede, a diferencia de los particulares, disponer inmediatamente de sus recursos para el cumplimiento de las condenas a su cargo, la ley razonablemente le ha otorgado un plazo de dieciocho meses para realizar los trámites para el pago de las mismas, so pena de sanciones disciplinarias a los funcionarios que no procedan de acuerdo con el trámite anteriormente explicado.

Por lo tanto, el Estado cuenta con un término preciso para efectuar el respectivo trámite presupuestal para efectos de cancelar el monto de la condena judicial por los perjuicios causados a los particulares.

En síntesis es viable afirmar, que el plazo con que cuenta la entidad para realizar el pago de las sentencias de condena en su contra, no es indeterminado, y por lo tanto, el funcionario presuntamente responsable, objeto de la acción de repetición, no tendrá que esperar años para poder ejercer su derecho de defensa.

Si esta fecha no fuera determinada, se estaría vulnerando el derecho al debido proceso, ya que esto implicaría una prerrogativa desproporcionada para la Administración, y las prerrogativas deben ser proporcionadas con la finalidad que persiguen.

(...) si la entidad condenada, incumpliendo la normatividad anotada, desborda los límites de tiempo señalado para el pago de las citadas condenas, ello no puede afectar el derecho al debido proceso del servidor presuntamente responsable".[873]

Posteriormente, mediante la Sentencia C-394 de 2002, se pronunció la Corte Constitucional respecto de demanda en la que se solicitaba la declaratoria de inexecutable del artículo 11 de la Ley 678, por considerar que establecía una restricción no prevista en el artículo 90 de la Carta.

La Corte, en primer término, encontró que uno de los apartes impugnados correspondía, en forma idéntica, al que fue objeto del pronunciamiento anterior y, por tanto, decidió, respecto de dicho aparte, estarse a lo resuelto en la Sentencia C-832 de 2001. De otra parte, declaró, en el mismo sentido, la executable condicionada del inciso segundo, relativo al pago por cuotas, *bajo el entendido que la expresión "Cuando el pago se haga en cuotas, el término de caducidad comenzará a contarse desde la fecha del último pago" contenida en él, se somete al mismo condicionamiento establecido en la Sentencia C-832 de 2001, es decir, que el término de caducidad de la acción empieza a correr, a partir de la fecha en que efectivamente se realice el pago, o, a más tardar, desde el vencimiento del plazo de 18 meses previsto en el artículo 177 inciso 4 del Código Contencioso Administrativo.*

El fundamento de la decisión, es del siguiente tenor:

"[E]n el segundo inciso del artículo 11 atacado en el presente proceso, se establece que en caso de que el pago se haga por cuotas, el término de caducidad comenzará a contarse desde la fecha del último pago, incluyendo las costas y agencias en derecho si es que se hubiere condenado a ellas.

Para la Corte las consideraciones hechas en la Sentencia C- 832 de 2001 atrás citadas, determinan que se condicione igualmente la constitucionalidad de dicho inciso, pues la fecha del pago total efectuado por la entidad pública a que se refirió esa sentencia necesariamente coincide con la fecha del pago de la última cuota a que se alude en el presente caso.

Debe en consecuencia entenderse que la expresión "Cuando el pago se haga en cuotas, el término de caducidad comenzará a contarse desde la fecha del último pago", contenida en el segundo inciso del artículo 11 atacado solo es constitucional si se somete al mismo condicionamiento establecido por la Sentencia C-832 de 2001 para la expresión "contados a partir del día siguiente a la fecha del pago total efectuado por la entidad pública" es decir

que el término de caducidad de la acción empieza a correr, a partir de la fecha en que efectivamente se realice el pago, o, a mas tardar, desde el vencimiento del plazo de 18 meses previsto en el artículo 177 inciso 4 del Código Contencioso Administrativo.”

4.- RESPUESTA

Se tiene así que, en virtud de los pronunciamientos de la Corte Constitucional expuestos, los cuales hacen tránsito a Cosa Juzgada Constitucional^[874], respecto del término de caducidad de la Acción de Repetición, debe analizarse en cada caso concreto, cuál de los siguientes supuestos –que son incompatibles, toda vez que se toma lo que ocurra primero en el tiempo- resulta aplicable, dependiendo de *i)* si la entidad pública pagó oportunamente la condena o, por el contrario, *ii)* lo hizo en forma extemporánea:

i) En el primer caso, esto es, si la entidad pública realizó el *pago total* – reiterando la necesidad de verificar su alcance en los términos expuestos- de la condena dentro de los dieciocho (18) meses siguientes a la ejecutoria de la respectiva providencia, el término de caducidad de dos (2) años, debe comenzar a contarse a partir del día siguiente a la fecha del pago total efectuado por la administración.

ii) En el segundo evento, es decir, si el pago total se verificó luego de transcurridos dieciocho (18) meses siguientes a la ejecutoria de la respectiva providencia, el término de caducidad de dos (2) años, debe comenzar a contarse *desde el vencimiento del plazo de 18 meses previsto en el artículo 177 inciso 4 del Código Contencioso Administrativo.*

4.2.2

PREGUNTA No. 94

TEMA(S): ACCIÓN DE REPETICIÓN

1.- PREGUNTA.

<i>¿A raíz de la conciliación puede iniciarse acción de repetición?</i>
--

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none"> • Constitución Política, art. 90. • Ley 678 de 2001, art. 2; • Código Contencioso Administrativo, art. 87;
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none"> • Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 4 de Diciembre de 2006, Radicación No. 18270, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. • Corte Constitucional, Sentencia C-338 de 2006.

3.- CONSIDERACIONES.

Para resolver el problema jurídico contenido en la pregunta anterior, se abordarán los siguientes temas *i)* la imposibilidad de ejercer la acción repetición respecto de los miembros del comité de conciliación y *ii)* el ejercicio de la acción de repetición como consecuencia del pago proveniente de una conciliación.

3.1 La imposibilidad de ejercer la acción de repetición en contra de los miembros del comité de conciliación.

A modo de aclaración previa, vale la pena reiterar la conclusión señalada en la pregunta No 39^[875], referente a la improcedencia de la acción de repetición respecto de los miembros del comité de conciliación, la cual se planteó en los siguientes términos:

“Por lo tanto, con base en las normas constitucionales y legales que regulan la acción de repetición, resulta evidente que no es ésta la acción a ejercerse en contra de los miembros del Comité de Conciliación, ya sea que hayan decidido conciliar o que pese a concretarse los supuestos para conciliar el asunto, estos decidan no hacerlo, pues desde ningún punto de vista se consolidan los elementos que justifican su iniciación. Como tal, la decisión del Comité de Conciliación en cuanto a si se concilia o no cierto asunto, se adopta en atención a la causación, anterior, de un daño antijurídico por parte de la entidad pública, siendo entonces, única y exclusivamente posible impetrar la acción de repetición, respecto del servidor, ex servidor, particular que ejerza funciones públicas o contratista, que con su actuar doloso o gravemente culposo haya causado el daño que se busca resarcir a través de la conciliación.

En razón a tales apreciaciones, el artículo 16 del Decreto 1716 de 2009, establece que la decisión de conciliar o no, “por sí sola, no dará lugar a investigaciones disciplinarias, ni fiscales, ni al ejercicio

de acciones de repetición contra los miembros del Comité de Conciliación”

3.2. El ejercicio de la acción de repetición como consecuencia del pago proveniente de una conciliación.

El artículo 90 de la Constitución Política resulta ser el fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado^[876], así como de los servidores y ex-servidores públicos, de los particulares que cumplen funciones públicas y de los contratistas de la administración, que con su actuar calificado como doloso o gravemente culposo, hayan causado un daño antijurídico imputable al Estado. En cuanto a la acción de repetición, el inciso segundo del artículo 90, dispone:

“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.”

En igual sentido, el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, en su inciso segundo, hace referencia a la acción de repetición en los siguientes términos:

“Las entidades públicas deberán promover la misma acción cuando resulten condenadas o hubieren conciliado por una actuación administrativa originada en culpa grave o dolo de un servidor o ex servidor público que no estuvo vinculado al proceso respectivo, o cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública”.

En desarrollo del mandato Constitucional del artículo 90 de la Constitución Política, se expidió la Ley 678 de 2001, *“Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición.”* En este esfuerzo legislativo se introdujeron aspectos tanto sustanciales como procesales, con el fin de regular, íntegramente, la figura jurídica de la acción de repetición. Dicha ley, en su artículo 2, señala:

“La acción de repetición 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.”

Respecto del aparte subrayado, la Corte Constitucional en la Sentencia C-338 de 2006, declaró su exequibilidad, esgrimiendo el siguiente fundamento:

“Como lo que se pretende a través del ejercicio de la acción de repetición es la recuperación, por parte del Estado, del monto de la indemnización que ha tenido que reconocer y pagar en razón del daño antijurídico derivado del comportamiento doloso o gravemente culposo de alguno de sus agentes, ningún sentido tendría el circunscribir la posibilidad de repetir contra tal agente a los eventos de existencia de una condena, cuando en el ordenamiento jurídico existen otros mecanismos a través de los cuales se puede establecer, en forma igualmente fehaciente y sin menoscabo alguno de las garantías fundamentales, la cabal existencia del daño antijurídico, e inclusive la concurrencia de un comportamiento doloso o gravemente culposo del agente generador del mismo cuando.

(...) Existen, en efecto, en el ordenamiento vigente, otras formas de determinación de la responsabilidad del Estado, igualmente legítimas y expresamente reconocidas como mecanismos alternativos idóneos para la solución de conflictos, caracterizados por su celeridad y, entre ellas, precisamente la conciliación (prejudicial y judicial), que encuentra su fundamento jurídico en el artículo 116 de la Constitución.”

Desde luego, la responsabilidad que se deriva de la conciliación, debe respetar el derecho fundamental al debido proceso. En atención a esto, la Corte Constitución en la sentencia referida anteriormente, expresó lo siguiente:

“Sea lo primero advertir, en relación con este aspecto de la demanda, que toda actuación –tanto judicial como extrajudicial – encaminada a determinar la responsabilidad del servidor o ex servidor público que con su acción u omisión haya dado lugar al pago de alguna indemnización por parte del Estado, habrá de estar permeada por las garantías que conforman el debido proceso (Principio de contradicción, derecho de defensa, principio de la doble instancia, etc.) pues, de conformidad con el aludido precepto superior, el debido proceso debe aplicarse “a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”.

En segundo lugar, en el texto del artículo 2º. de la Ley 678 de 2001 se alude en forma expresa a la exigencia de que la conducta desplegada por el agente estatal y generadora del daño antijurídico indemnizado por el Estado haya sido “dolosa o gravemente culposa”. De igual modo, en el inciso segundo del artículo 31 de la Ley 446 de 1998 se exige que la correspondiente actuación administrativa generadora del daño se haya originado en “culpa grave o dolo” del servidor o ex servidor público.

Significa lo anterior que, para el ejercicio de la acción de repetición con fundamento en una conciliación, se requiere que en éste proceso se establezca en forma clara y precisa la concurrencia del dolo o de la culpa grave imputable al agente ya que, en ausencia de tal presupuesto, la acción de repetición no está llamada a prosperar. Y el establecimiento del elemento subjetivo de la conducta de agente estatal no puede hacerse sino a través de procedimientos que se adelanten con sujeción al debido proceso.

(...) Sin embargo, si el agente generador del daño no participa en el trámite de la conciliación, es evidente que ninguna decisión vinculante podrán adoptar las partes intervinientes en la misma, en cuanto atañe específicamente a la responsabilidad patrimonial de dicho agente, y tampoco en relación con el dolo o la culpa grave que eventualmente pudieren imputársele, y todos estos aspectos habrán de ser controvertidos y establecidos a través del posterior ejercicio de la acción de repetición, en el que debe estar citado el agente estatal, procedimiento que igualmente está sujeto al cumplimiento de todas las garantías que conforman el debido proceso.

(...) Y, si el servidor o exservidor público fue llamado en garantía en el proceso de responsabilidad patrimonial contra el Estado, es decir, se trata de un proceso en el que están presentes tres partes, la conciliación que pueda resultar en éste proceso no le será oponible al agente estatal, salvo cuando éste hubiere participado en ella y haya aceptado expresamente los términos de la conciliación. Cabe recordar, que en éste caso, el proceso del llamamiento continúa para demostrar la culpa o el dolo del agente estatal hasta culminar con la sentencia respectiva.”

Por lo tanto, es jurídicamente procedente el ejercicio de la acción de repetición con fundamento en el reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una conciliación, incluyendo las que se celebren con el fin de reconocer las indemnizaciones previstas en la Ley 288 de 1996^[877], siempre que se esté en presencia de los siguientes requisitos:

“i) Que surgió para el Estado la obligación^[878] de reparar un daño antijurídico, bien sea por condena judicial, por conciliación o por otra forma de terminación de un conflicto;

ii) Que el Estado pagó totalmente dicha obligación, lo que, desde luego, le causó un detrimento patrimonial;

iii) La magnitud del detrimento patrimonial que se reclama del demandado y su fundamento, puesto que no en todos los casos coincide con el valor anterior;

iv) Que el demandado, a quien debe identificar de manera precisa, es o fue agente del Estado, acreditando la calidad o cargo que tuvo;

v) Que el demandado actuó con dolo o con culpa grave;

vi) Que el daño antijurídico -referido en el primer numeral-, fue consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del demandado.”^[879]

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que es jurídicamente procedente dar inicio a la acción de repetición con ocasión de la indemnización reconocida y pagada por el Estado a raíz de una conciliación, como consecuencia del daño antijurídico causado por la conducta dolosa o gravemente culposa de un servidor o ex servidor público.

PREGUNTA No. 95
TEMA(S): LLAMAMIENTO EN GARANTÍA CON FINES DE REPETICIÓN

1.- PREGUNTA.

¿Es jurídicamente necesario agotar el requisito de procedibilidad para ejercer el llamamiento en garantía con fines de repetición?

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none"> • Ley 678 de 2001, art. 19; • Decreto 1716 de 2009, art. 19;
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none"> • Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 15 de septiembre de 1997, Radiación No. 11514, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández. • Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 15 de agosto de 2005, Radiación No. 282111, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. • Corte Constitucional, Sentencia C-484 de 2002. • Corte Constitucional, Sentencia C-935 de 2003.

3.- CONSIDERACIONES.

Para resolver el problema jurídico contenido en la pregunta anterior, se abordarán los siguientes temas *i)* el llamamiento en garantía con fines de repetición y *ii)* la inaplicabilidad de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad respecto del llamamiento en garantía con fines de repetición.

3.1. El llamamiento en garantía con fines de repetición.

La Constitución Política de 1991 en su artículo 90 estableció expresamente que *“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.”*

A partir de esta norma superior, varias leyes se han dado a la tarea de regular su contenido^[880], entre éstas la Ley 678 2001, mediante la cual se reglamentó lo referente al ejercicio de la acción de repetición y el llamamiento en garantía con fines de repetición.

Como tal, el llamamiento en garantía, *“como su nombre lo indica, supone la titularidad en el llamante de un derecho legal o contractual por virtud del cual pueda, quien resulte condenado al pago de suma de dinero, exigir de un*

tercero, la efectividad de la garantía o el reembolso del pago que tuviere que hacer el demandado, como consecuencia de la sentencia de condena. En otras palabras, el derecho sustancial por virtud del cual se le permite a la parte demandada que se vincule al proceso a un tercero, para que, en caso de sobrevenir sentencia de condena, se haga efectiva la garantía y por lo mismo el tercero asuma sus obligaciones frente al llamante o reembolse el pago a que aquel resultare obligado. Así las cosas, el llamamiento supone la existencia de una relación jurídico sustancial diferente a la que es objeto de las pretensiones contenidas en la demanda aunque entre ambas exista una dependencia necesaria, pues claro resulta que solamente cuando se produzca una sentencia de condena, habrá lugar a estudiar si el llamado debe asumir en virtud de la existencia de la garantía, dichas obligaciones objeto de la condena. Es presupuesto indispensable para poder hacer efectivos los derechos y las obligaciones objeto de la garantía por virtud de la cual se produjo el llamamiento del tercero garante, el que el llamante resulte condenado al pago de la obligación indemnizatoria originada en el daño antijurídico causado.”[881]

Precisamente, el artículo 19 de la Ley 678 de 2001, regula dicha figura en los siguientes términos:

“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.

PARÁGRAFO. 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.”

Evidentemente, la prohibición establecida en el párrafo del artículo citado, generó cierta inconformidad y descontento, lo que hizo que fuera demandada su inconstitucionalidad. La Corte, en la Sentencia C-935 de 2003, declara su exequibilidad, esgrimiendo como fundamento lo siguiente:

“ Finalmente, en lo que se relaciona con el párrafo del artículo 19 de la citada Ley 678 de 2001, que le impide a la entidad demandada llamar en garantía cuando promueve en su defensa la ocurrencia de una de las causales eximentes de responsabilidad, considera la Sala que dicha limitación resulta apenas lógica, del todo coherente y consecuente con el proceder de la administración, pues en los eventos en que ésta excusa su responsabilidad en la

culpa exclusiva de la víctima, el hecho de un tercero y la fuerza mayor o el caso fortuito, la estrategia de defensa se dirige a demostrar que la responsabilidad total del daño que se ha ocasionado es imputable a un sujeto distinto de sus agentes o a un fenómeno extraordinario; de forma tal que de llegarse a demostrar en el proceso uno de esos hechos, el Estado no sería condenado y no se vería conminado al pago de la indemnización, quedando también liberada la potencial responsabilidad del agente.

En efecto, según lo tiene estatuido la jurisprudencia constitucional y contenciosa, uno de los presupuestos o requisito sine qua non para que surja la responsabilidad patrimonial de la administración, es la existencia de una relación de causalidad material entre el daño antijurídico y la acción u omisión de la entidad pública; por lo que una consecuencia natural y obvia de la ausencia de dicha relación causal, es la imposibilidad jurídica de imputar al Estado y a sus agentes la realización del daño y, por contera, el reconocimiento de una reparación o indemnización a favor de la víctima o perjudicado. Esta previsión no se presta a equívocos en aquellos casos en que el origen del daño sea entonces un acontecimiento ajeno y extraño al ámbito de influencia de la entidad pública, tal como ocurre cuando el fenómeno tiene total ocurrencia por causa del sujeto lesionado, por el hecho de un tercero, o por un caso fortuito o de fuerza mayor.

Por eso, se insiste, resulta del todo razonable que la norma acusada impida llamar en garantía a la entidad pública, cuando en la contestación de la demanda aquella haya propuesto las excepciones de culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor. Cabe aclarar que, el hecho de no haberse podido llamar en garantía en estos casos, no libera de responsabilidad al agente en el evento de no lograrse acreditar en el proceso la ocurrencia de la causal eximente de responsabilidad invocada, y de haberse demostrado que la condena es producto de su conducta dolosa o gravemente culposa. En estos casos, por virtud disposición expresa del inciso 2° del artículo 90 Superior y demás normas legales concordante, el Estado se encuentra en la obligación de repetir contra el servidor público a través de la acción civil de repetición a la que se ha hecho expresa referencia.”

En ese mismo pronunciamiento, la Corte señala la posibilidad de acudir al llamamiento en garantía con fines de repetición cuando se presenta el fenómeno jurídico de la concurrencia de culpas, en los siguientes términos:

“No obstante lo anterior, la lógica con que se descarta el llamamiento en garantía en los casos en que se propone alguna

causal eximente de responsabilidad, no resulta tan evidente si lo que se presenta es el fenómeno jurídico de la concurrencia de culpas, es decir, cuando la lesión no es el resultado de un hecho unívoco y desconocido para la administración, sino que, por oposición a ello, se presenta como consecuencia de un conjunto de causas autónomas, que han ocurrido en forma sistemática y armónica y que son atribuibles a distintos sujetos o fenómenos naturales. De acuerdo con la doctrina especializada, la concurrencia de culpas tiene lugar en dos supuestos: (i) cuando las distintas circunstancias causales influyen en forma decisiva en la ocurrencia de la lesión, hasta el punto que sin la presencia de una de ellas no se hubiere dado el resultado; (ii) y cuando existiendo un concurso de causas, una de ellas alcanza la influencia necesaria y definitiva para la ocurrencia del daño, en tanto que la intervención de la otra es en realidad marginal, reposando la verdadera causa de la lesión en la primera.

*En estas hipótesis, en cuanto no se esta en presencia de una causal eximente de responsabilidad, nada se opone para que la administración pueda acudir al llamamiento en garantía contra el agente en el porcentaje que considera le es imputable en la ocurrencia del daño. Contrario a la consideración de la demanda, esta interpretación en manera alguna conlleva a plantear una posible inconstitucionalidad del precepto en cuestión, ya que de acuerdo a su tenor literal, la imposibilidad de la administración de llamar en garantía solamente aplica “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”, con lo cual la norma esta dejando a salvo la posibilidad de recurrir a ese mecanismo de repetición cuando el Estado considere que se ha presentado el fenómeno de la concurrencia de culpas.”*

Por su parte, el Consejo de Estado consideró pertinente hacer algunas precisiones respecto del llamamiento en garantía con fines de repetición de la siguiente manera:

“i. En conformidad con lo dispuesto por el artículo 57 del C. de P. Civil, el llamamiento en garantía solo podrá hacerse a quien por disposición legal o contractual esté obligado a ayudar al demandado a soportar la carga que se le pueda imponer en la sentencia, relación sustancial que frente al funcionario o exfuncionario del Estado tiene su origen directamente en el inciso 2 del artículo 90 Superior.

ii. En tratándose del llamamiento en garantía del servidor o exservidor que causó el hecho generador del daño por el cual se

demanda al Estado en busca de indemnización, la disposición que permite vincularlo al proceso, la ley 678 en el inciso 2 del artículo 2 y en el artículo 19 ídem, normas que con fundamento en el inciso 2 del artículo 90 de la Carta Política, parten del supuesto de la antijuridicidad de la conducta del llamado en el grado de culpa grave o dolo.

iii. El llamamiento en garantía del servidor o exservidor a cuyo cargo estuvo la actuación causante del daño que da lugar al adelantamiento de un proceso en ejercicio de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y contractual, debe cumplir con el requisito de la acusación concreta determinada y fundada que la entidad estatal demandada formule contra el llamado, de haber actuado con dolo o culpa grave, explicando en el escrito de llamamiento cuáles son los motivos que conducen a la creencia seria de una actuación con tal grado de antijuridicidad.

iv. No se compadece con la seriedad que debe imprimirse a las actuaciones procesales, en especial cuando ellas conducen a la vinculación al proceso de quien debe costear los costos de una defensa larga y dispendiosa, las afirmaciones en la respuesta a la demanda que den cuenta de la correcta actuación del funcionario a cuyo cargo estuvo el hecho generador del daño, con la formulación a continuación de llamamiento en garantía del mismo funcionario al que la administración delantadamente ha exonerado de cualquier culpa, cuando se insiste, el llamamiento sólo procede bajo la acusación de la existencia de una actuación dolosa o gravemente culposa.

v. La administración no puede limitarse a formular el llamamiento en contra del funcionario o exfuncionario, cuando ni siquiera puede acusarlo de haber actuado con dolo o culpa grave.

vi. El llamamiento en garantía no podrá formularse cuando la administración haya alegado en su defensa, como exclusiva, la causa extraña como generadora del daño.”[882]

Finalmente, en cuanto a quién resulta ser el competente para decidir acerca de la procedencia o improcedencia del llamamiento en garantía con fines de repetición, habrá que señalarse que de conformidad con el Decreto 1716 de 2009, dicha función será ejercida por el Comité de Conciliación o el representante legal de aquellas entidades sobre las que no recaiga la obligación de constituir el comité o no lo hayan conformado de forma facultativa.

3.2. La inaplicabilidad de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad respecto del llamamiento en garantía con fines de repetición.

La Ley 1285 de 2009, en su artículo 13, instituye la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para el ejercicio de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo. Entre las acciones sometidas al cumplimiento de éste requisito, se encuentra la acción de repetición, pues de conformidad con el inciso 2 del artículo 86 del C.C.A, *“Las entidades públicas deberán promover la misma acción cuando resulten condenadas o hubieren conciliado por una actuación administrativa originada en culpa grave o dolo de un servidor o ex servidor público que no estuvo vinculado al proceso respectivo, o cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública.”*

Evidentemente, en lo que respecta al llamamiento en garantía con fines de repetición, su ejercicio no se encuentra condicionado ni cobijado por el requisito de procedibilidad mencionado, pues no se trata de una acción sino de una herramienta procesal^[883] que le permite al Estado vincular *“al servidor público que hasta ese momento es un tercero ajeno al proceso, para que en adelante tenga la calidad de tercero interviniente y, en consecuencia, se haga parte forzosa desde entonces, llamándolo en garantía, para que en una misma sentencia se decida si el Estado es responsable patrimonialmente y si el servidor público obró o no con culpa grave o dolo para imponerle entonces la obligación de reembolsar lo pagado por el Estado al demandante inicial.”*^[884]

Por lo tanto, bajo ninguna circunstancia se puede entender que el llamamiento en garantía con fines de repetición deberá cumplir con el requisito de procedibilidad que cobija la repetición como acción, pues se trata de herramientas jurídicas distintas e independientes y cuyas condiciones para ser ejercidas resultan ser heterogéneas.

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto, se concluye que no es jurídicamente procedente agotar la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para ejercer el llamamiento en garantía con fines de repetición, pues no se trata del ejercicio de una acción sino de la utilización de una alternativa procesal diseñada para vincular al proceso al agente o ex agente estatal que con su endilgado actuar doloso o gravemente culposo pudo haber intervenido en la causación del daño antijurídico que reclama el demandante.

PREGUNTA No. 96**TEMA(S): TÉRMINO DE CADUCIDAD ACCIÓN CONTRACTUAL****1.- PREGUNTA.**

¿Cómo está regulado el término de caducidad de la acción consagrada en el artículo 87 del C.C.A?

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• Ley 446 de 1998, art. 44;• Código Contencioso Administrativo, art.87.
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none">• Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 14 de febrero de 2002, Radicación No. 13238, Consejera Ponente: Maria Elena Giraldo Gómez.• Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 30 de Agosto de 2006, Radicación No. 15323, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.• Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 20 de Septiembre de 2007, Radicación No. 16370, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.• Corte Constitucional Sentencia C-574 de 1998.

3.- CONSIDERACIONES.

Para resolver el problema jurídico contenido en la pregunta anterior, se abordarán los siguientes temas *i)* la evolución y aplicación en el tiempo del término de caducidad de la acción contractual, *ii)* el estado actual del término de caducidad de la acción contractual y *iii)* el término de caducidad de la acción de nulidad y nulidad y restablecimiento respecto de los actos pre - contractuales.

3.1. La evolución y aplicación en el tiempo del término de caducidad de la acción realativa a las controversias contractuales.

La caducidad de la acción puede entenderse como “la institución jurídico-procesal mediante la cual el legislador, en consideración a la seguridad jurídica y el interés general, establece límites temporales para el ejercicio de las acciones que materializan el derecho de acceso a la administración de justicia.”^[885]

Cuando opera la caducidad se extingue el derecho de acción, “de manera que si el actor deja transcurrir los plazos fijados por la ley en forma objetiva, sin presentar la demanda, el mencionado derecho fenece inexorablemente, sin que pueda alegarse excusa alguna para revivirlos. Dichos plazos constituyen entonces, una garantía para la seguridad jurídica y el interés general. Y es que la caducidad representa el límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho; por ende, la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien, dentro de las oportunidades procesales fijadas por la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado”^[886].

Particularmente, el término de caducidad de la acción de controversias contractuales ha sido objeto de múltiples modificaciones, tal como lo ha puesto de presente el Consejo de Estado:

“Inicialmente, el texto original del Decreto ley 01 de 1.984 lo estableció en los siguientes términos:

“Las [acciones] relativas a contratos caducarán a los dos (2) años de expedidos los actos u ocurridos los hechos que den lugar a ella”.

La norma anterior fue modificada por el Decreto-ley 2.304 de 1.989, según el siguiente texto:

“Las [acciones] relativas a contratos caducarán en dos (2) años de ocurridos los motivos de hechos o de derecho que le sirvan de fundamento”.

Por su parte, la Ley 80 de 1.993, que entró en vigencia el 1° de enero de 1.994, estableció, en cuanto interesa a éste proceso, lo siguiente:

“La acción civil derivada de las acciones u omisiones a que se refieren los artículos 50, 51, 52 y 53 de esta ley prescribirá en el término de veinte (20) años, contados a partir de la ocurrencia de los mismos.”

Esta Corporación ha entendido que la norma anterior regulaba, en rigor, el término de caducidad para los eventos de conductas contractuales antijurídicas, pero que asuntos diferentes como la impugnación de actos contractuales o el cuestionamiento de conductas no imputables a las partes seguía rigiéndose por el término de caducidad contemplado en el Decreto-ley 2.304 de 1.989, tal como lo refleja el siguiente pronunciamiento:

“El decreto ley 222 de 1983, Estatuto Contractual de la Administración, atribuyó a la jurisdicción administrativa la competencia para conocer de las controversias sobre los contratos administrativos y sobre los contratos de derecho privado que celebrara la Administración, cuando estos últimos contuvieran cláusula de caducidad administrativa. Posteriormente el decreto ley 01 de 1984, que entró en vigencia el día 1º de marzo de este año, reguló la acción relativa a contratos (art. 87 y estableció como término para acudir ante el juez el de dos años, contados a partir “de expedidos los actos u ocurridos los hechos que den lugar a ella” (art. 136). Luego, con la entrada en vigencia del decreto ley 2304 de 1989, que reformó el decreto ley 01 de 1984 (C. C. A), el término de caducidad mencionado el decreto lo mantuvo en los dos años dispuestos por el decreto ley 01 de 1984, “de ocurridos los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento” (art. 23 que modificó art. 136 C.C.A.). Posteriormente la ley 80 de 1993 modificó el plazo legal de dos años, que estaba previsto en el artículo 136 numeral 6 del C. C. A, para promover la acción de controversias contractuales sólo respecto de las omisiones de los contratantes y de las conductas antijurídicas de éstas. En efecto, el legislador amplió el término de prescripción de la acción a veinte años para los eventos de las conductas antijurídicas contractuales. De esta manera Administración y contratista, bajo la vigencia de esa norma, podían perseguirse judicialmente dentro de un término de veinte años, cuando sus conductas (activas u omisivas) eran antijurídicas, etc. (consultores, servidores públicos etc). Sin embargo el cuestionamiento judicial de la validez de los actos jurídicos contractuales, que se presumen válidos (contrato, actos bilaterales, actos unilaterales de la administración y del particular) y de otras conductas jurídicas (hecho del príncipe) o no imputables a las partes cocontratantes (hechos imprevisibles), debían hacerse dentro del término original de caducidad de dos años (art. 136 inc. 6o. C. C. A). Posteriormente la ley 446 de 1998 unificó en dos años, por regla general, el término de caducidad de las acciones contractuales”. ^[887]

Dada la evolución normativa de la caducidad de la acción contractual, no resulta fácil identificar cual es el término de caducidad aplicable. Debido a

esto, el Consejo de Estado en pro de esclarecer el asunto, estableció y aplicó los siguientes criterios:

i) En un primer momento, acudió a lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 153 de 1887, particular respecto del cual la mencionada Corporación señaló:

“... en materia de término de prescripción de las acciones judiciales el ordenamiento jurídico enseña que el aplicable será el escogido a voluntad por el prescribiente; así lo indica la ley 153 de 1887:

“Artículo 41. *La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera o la segunda, a voluntad del prescribiente; pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que la ley nueva hubiere empezado a regir.”*

“Tal norma fue base jurídica para que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación modificara la jurisprudencia en materia de la ley aplicable sobre plazo para el ejercicio de la acción. En sentencia proferida el día 9 de marzo de 1998 dijo:

“Bien distinto ha sido, en cambio, el criterio de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo al ocuparse de los temas de la caducidad y de la prescripción de las acciones indemnizatorias por hechos u operaciones de la administración. Habiendo ocurrido estos bajo el fenómeno de la prescripción, si posteriormente se presenta un cambio sustancial consistente en introducir término de caducidad de la acción, considera que se debe acudir al texto del artículo 41 de la ley 153 de 1887 para concluir que, en los eventos en que se presenta esa modificación, las acciones iniciadas bajo el régimen de prescripción extintiva deben mantenerse con dicho término hasta que se lo complete, pues la modificación procedimental no puede afectarla a menos que así lo determine el prescribiente”.^[888]

Sin embargo, en Sentencia del 30 de Agosto de 2006, el Consejo de Estado expresó que *“no comparte el criterio expuesto, pues considera que la norma que sirvió de fundamento para la solución del problema jurídico planteado no es realmente aplicable, toda vez que hace referencia a un fenómeno diferente al de la caducidad de la acción, como es, la prescripción adquisitiva.”*^[889]

ii) En otras ocasiones, el Consejo de Estado, al considerar que las normas relativas a la caducidad de las acciones son de carácter sustancial, concluyó

que la norma aplicable era la contenida en el inciso primero del artículo 38 de la ley 153 de 1.887, disposición que señala:

“En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.”

En consecuencia, según esta tesis, las normas relativas a la caducidad de la acción, vigentes al momento de celebrar el contrato, resultan inmodificables y se han de aplicar sin importar que, con posterioridad, el término respectivo hubiere sido reformado^[890].

En relación con lo anterior, en Sentencia del 30 de Agosto de 2006, el Consejo de Estado señaló que *“esta tesis parte del señalado supuesto consistente en considerar que las normas referentes al término de caducidad de las acciones son normas de carácter sustancial, planteamiento que no coincide con el criterio mayoritario de la Sala. Otorgarle un alcance excesivamente amplio al derecho de acción, como se hace para justificar dicha postura, paradójicamente llevaría a concluir que todas las normas procesales por tener relación, directa o indirecta, con el mencionado derecho, necesariamente serían de naturaleza sustancial.”*^[891]

iii) Actualmente, estima el Consejo de Estado que *“las normas relativas a la caducidad son de carácter procesal, como lo son todas las disposiciones que en la jurisdicción regulan cómo, cuándo, dónde y ante quién se ha de acudir para lograr la protección judicial que permita o asegure la realización efectiva de los derechos consagrados en las normas sustanciales; lo anterior al punto de que, precisamente, el aspecto de la caducidad debe examinarse dentro de los “presupuestos procesales” e incluso en caso de verificar su ocurrencia desde antes del inicio del proceso se impone el rechazo, de plano, de la demanda (artículo 143 C.C.A.).”*^[892]

Por lo tanto, *“en los casos en que se configure el tránsito de legislación respecto de la regulación de términos de caducidad, salvo disposición legal expresa en sentido contrario, debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1.887 el cual consagra y ordena, como regla general, la aplicación inmediata de las disposiciones de orden procesal, por manera que en esas materias, aun tratándose de procesos en curso, las actuaciones correspondientes deberán regirse por la ley nueva con excepción de dos hipótesis fácticas diferentes entre sí, respecto de las cuales la misma ley determina la aplicación de las normas anteriores, esto es: i) los términos que ya hubieren empezado a correr, y ii) las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas.”*^[893]

3.2 Estado actual del término de caducidad de la acción de controversias contractuales.

En la actualidad, el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, norma que modificó al artículo 136 del C.C.A., regula el tema de la caducidad de las acciones contenciosas. Específicamente, respecto de la acción de controversias contractuales, consagra la regla general, según la cual *“el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.”*

Así mismo, establece reglas especiales para el cómputo de dicho término según el contrato o la pretensión de que se trate:

i) Respecto de los contratos de ejecución instantánea, es decir, *“que pueden ser cumplidos en un solo acto”*^[894], el término de caducidad será de 2 años contados a partir del momento en que se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato.

ii) Cuando el contrato no requiera liquidación, es decir, que no necesite de un *“balance final o corte definitivo de cuentas de la relación contractual”*^[895], se tendrá un término de 2 años para ejercer la acción contractual, contados desde la terminación del contrato, cualquiera sea su causa.

iii) Si el contrato requiere liquidación (como en el caso de los contratos de tracto sucesivo, los de ejecución o cumplimiento prolongado en el tiempo y de todo aquel que por ley lo requiera)^[896] y ésta se hubiere efectuado de común acuerdo^[897] por las partes, el término de caducidad será de 2 años, los cuales comenzarán a computarse a partir de la firma del acta.

iv) Si el contrato requiere liquidación y esta se efectuó unilateralmente^[898] por la administración, se tendrá un lapso de 2 años para demandar, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. En caso de que la administración no lo liquidare durante los 2 meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto, del establecido por la ley, el interesado podrá acudir para obtener la liquidación judicial^[899] a más tardar dentro de los 2 años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar.

v) La nulidad absoluta^[900] del contrato podrá ser alegada por las partes contratantes, por el Ministerio Público o cualquier persona interesada, dentro de los dos 2 años siguientes a su perfeccionamiento. Si el término de vigencia del contrato fuere superior a dos 2 años, el término de caducidad será igual al de su vigencia, sin que en ningún caso exceda de cinco 5 años, contados a partir de su perfeccionamiento. En ejercicio de esta acción se dará estricto cumplimiento al artículo 22 de la Ley "por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se

modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia."

vi) En caso de que se pretenda la nulidad relativa^[901] del contrato, deberá ser alegada por las partes dentro de los dos 2 años, contados a partir de su perfeccionamiento.

3.3. El término de caducidad de la acción de nulidad y nulidad y restablecimiento respecto de los actos pre - contractuales.

De conformidad con el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, “[l]os actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.”

Como es evidente, para el legislador, el hecho de la celebración del contrato es el que justifica el ejercicio de la acción de controversias contractuales, excluyendo de su espectro los demás actos que se ejecuten con anterioridad al mismo. “Bajo estas condiciones la Ley estableció término de caducidad respecto de la acción de simple nulidad, puesto que en los demás casos puede interponerse en cualquier tiempo y respecto de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el término para el ejercicio de la acción se redujo a 30 días, contrario a la regla general, la cual fija en cuatro meses el término de caducidad respectivo. Sin embargo una vez celebrado el contrato, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato y en ejercicio de la acción contractual.”^[902]

De lo anterior se puede concluir, que los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, cuyo término máximo de caducidad será de 30 días contados a partir de la comunicación, notificación o publicación del acto respectivo, según el caso. No obstante, una vez celebrado el contrato, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato.

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto, se concluye que el término de caducidad establecido por la Ley 446 de 1998, para la acción de controversias contractuales es, por regla general de 2 años, los cuales se computarán en atención a las reglas especiales según el contrato respectivo, su eventual liquidación o la pretensión de que se trate. En cuanto a los actos pre-contractuales, éstos pueden impugnarse a través de las acciones de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, las cuales tendrán un término de caducidad, especial para el efecto, de máximo treinta (30) días, que comenzará a correr desde el momento de su notificación, comunicación o publicación, sin perjuicio de que si antes de dicho término se celebra el respectivo contrato, tenga que acudirse a la acción de controversias contractuales, impugnando el contrato mismo.

PREGUNTA No. 97

TEMA(S): CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL
--

1.- PREGUNTA.

<p><i>¿Es jurídicamente procedente la conciliación extrajudicial respecto de la declaratoria de caducidad de un contrato estatal?</i></p>

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• Ley 80 de 1993, arts. 14 y 18;• Ley 418 de 1997, arts. 90 y 91;• Código Contencioso Administrativo, art. 69.
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none">• Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 9 de diciembre de 2004, Radicación No. 27921, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra.• Corte Constitucional, Sentencia C-1436 de 2000.

3.- CONSIDERACIONES.

Para resolver el problema jurídico contenido en la pregunta anterior, se abordarán los siguientes temas *i)* la posibilidad jurídica de conciliar los efectos del acto administrativo que declara la caducidad de un contrato estatal con base en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 y *ii)* la imposibilidad jurídica de conciliar los efectos del acto administrativo que declara la caducidad del un contrato estatal con base en el artículo 90 de la Ley 418 de 1997.

3.1 La posibilidad jurídica de conciliar los efectos del acto administrativo que declara la caducidad de un contrato estatal con base en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993.

La contratación estatal, es una de las actividades más importante que realiza el Estado, pues a través de su ejercicio las entidades públicas buscan atender el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados.^[903]

Debido a la importancia de dicha actividad, el legislador consagró en la Ley 80 de 1993, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, cuyo artículo 14^[904], le otorga a las entidades públicas la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, justificándose así, la existencia de potestades y cláusulas excepcionales, que en su mayoría están conferidas a favor de las entidades públicas.

Entre estas facultades excepcionales se encuentra la del artículo 18 de la Ley 80 de 1993, de conformidad con el cual, la Administración tiene la potestad para declarar la caducidad del contrato^[905], es decir, de dar por terminado el contrato y ordenar su liquidación en el estado en que se encuentre mediante acto administrativo motivado, cuando se presenten hechos constitutivos de incumplimiento por parte del contratista, que afecten de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencien que puede conducir a su paralización.

Como ya se señaló, la potestad de declarar la caducidad de un contrato estatal por parte de una entidad pública, se concreta en la expedición de un acto administrativo motivado, mediante el cual se da por terminado el contrato y se ordena la liquidación en el estado en que se encuentre. Entonces, habrá que analizarse si es jurídicamente posible celebrar acuerdo conciliatorio respecto de esta clase de actos administrativos.

Sobre este aspecto, el Consejo de Estado, en auto del 9 de Diciembre de 2009^[906], señala la procedencia de la conciliación respecto del acto administrativo que declara la caducidad del contrato estatal y hace al respecto las siguientes disquisiciones:

i) “(...) El que la administración haya declarado la caducidad del contrato, no impide necesariamente conciliar los efectos patrimoniales del mismo, pues la norma legal (haciendo referencia al artículo 71 de la Ley 446 de 1998) estableció esa posibilidad bajo ciertas condiciones:

“Cuando medie acto administrativo de carácter particular, podrá conciliarse sobre los efectos económicos del mismo si se da alguna de las causales del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, evento en el cual una vez aprobada la conciliación se entenderá revocado el acto y sustituido por el acuerdo logrado.”

La norma expuesta enseña que podrán conciliarse los efectos patrimoniales del acto siempre que se presente alguna de las causales del artículo 69 del C.C.A., es decir cuando el acto viole disposiciones constitucionales y legales, cuando no esté conforme con el interés público o social o atente contra él o cuando se cause un agravio injustificado a una persona, lo cual no significa que no se pueda conciliar sus efectos. Cuando se trata de conciliaciones en las cuales interviene un acto administrativo, el análisis del juez que la revisa, al estar precisamente orientado a verificar que el acuerdo no lesione el patrimonio público convierte todas las causales en causales de legalidad. Ello es así, aún respecto de la causal de conveniencia porque en ningún caso el Estado tiene poder discrecional para sacrificar sus intereses patrimoniales que constituyen al fin y al cabo un componente del interés general en beneficio de hipótesis aleatorias sujetas a los riesgos del mercado o del sistema financiero. Lo que podría resultar aceptable en una relación de naturaleza privada puede revelarse totalmente inaceptable desde la órbita del interés y del derecho público.”

ii) “(...) Ni las razones de conveniencia ni las razones de equidad, constituyen elemento suficiente para conciliar los efectos patrimoniales de una decisión de la administración, pues, para que proceda la conciliación debe superarse el test de legalidad, y superado este, el juzgador velará porque el acuerdo no resulte lesivo para el patrimonio público; verificará que existan las pruebas necesarias que lo respalden”

iii) “(...) Si la administración, decide conciliar los efectos patrimoniales de un acto administrativo, en modo alguno dicha determinación puede obedecer a la mera liberalidad de su representante, esta decisión solo podría justificarse cuando existan razones jurídicas para hacerlo, pues los actos administrativos no pueden quedar al vaivén de otro tipo de

motivaciones, ni por razones de conveniencia ni por razones de equidad podría haberse removido una decisión del ordenamiento jurídico, en especial cuando la administración profirió un acto motivado dentro de un marco eminentemente reglado.”

iv) “ (...) solamente en los casos en los cuales el acto de caducidad desconociera disposiciones legales o contractuales, o la decisión atentara contra el interés público, procedería la conciliación sobre sus efectos económicos y una vez aprobada por el funcionario judicial, el acto sería retirado de la vida jurídica; dicha solución resultaría mucho más sana, ágil y eficaz en la medida que el acto bien pudo atentar contra el ordenamiento superior o resultó injusto o inconveniente por amenazar el interés público. En ese sentido no desconocería los derechos de ambas partes, porque quedaría retirada la sanción al contratista y tampoco se harían efectivas las sanciones pecuniarias relacionadas con la liquidación anticipada de los perjuicios que realmente no debe.”

Por ende, es evidente que la conciliación respecto de los efectos económicos del acto que declara la caducidad del contrato, es jurídicamente procedente, siempre que esté incurso en alguna de las causales de revocatoria directa del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo.

De otro lado, vale la pena resaltar la gran oportunidad que representa la conciliación extrajudicial para componer conflictos relacionados con la declaratoria de caducidad, pues la Corte Constitucional en la Sentencia C-1436 de 2000 y el Consejo de Estado^[907] en múltiples ocasiones, han señalado que los particulares investidos de funciones jurisdiccionales transitorias no pueden pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales que comportan el ejercicio de cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común por parte del Estado.

3.2. La imposibilidad jurídica de conciliar los efectos del acto administrativo que declara la caducidad de un contrato estatal con base en el artículo 90 de la Ley 418 de 1997.

La Ley 418 de 1997, “*Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones*”, en su artículo 90, establece unas causales especiales con base en las cuales declarar la caducidad del contrato estatal o su liquidación unilateral, de la siguiente manera:

“El Gobierno podrá declarar la caducidad o decretar la liquidación unilateral de todo contrato celebrado por una entidad pública, cuando el contratista incurra, con ocasión del contrato y en relación

con los grupos armados organizados al margen de la ley, en cualquiera de las siguientes causales:

Ceder injustificadamente ante las amenazas proferidas por dichos grupos.

Recibir, suministrar, administrar, intervenir, financiar, transferir, guardar, transportar, almacenar o conservar dineros o bienes provenientes de o con destino a tales grupos o colaborar y prestar ayuda a los mismos.

Construir, ceder, arrendar, poner a disposición, facilitar o transferir a cualquier título, bienes para ser destinados a la ocultación de personas o al depósito o almacenamiento de pertenencias de dichos grupos.

Paralizar, suspender o disminuir notoriamente el cumplimiento de sus obligaciones contractuales por atender instrucciones de dichos grupos.

Incumplir el deber de denunciar hechos punibles, cuya comisión sea imputable a dichos grupos, conocidos con ocasión del contrato.

PARÁGRAFO. Para efecto de lo dispuesto en el presente artículo, constituye hecho del contratista la conducta de sus agentes o dependientes, de la cual haya tenido conocimiento.”

Claramente, la finalidad principal de esta disposición es constreñir a los contratistas estatales, a que no contribuyan o cedan a presiones y amenazas de los grupos armados, con motivo de la ejecución de un contrato estatal. Mal haría el Estado, a través de un particular que colabora con la administración, como el contratista, en financiar la actividad armada o prestar colaboración para que continúen con sus actividades terroristas y delincuenciales.

En razón a ello, el legislador, al entender que la realización uno de los actos descritos anteriormente, resulta ser una falta injustificable y excesivamente grave, consagró en el artículo 91 de la ley en mención, la imposibilidad de someter la aplicación de la cláusula de caducidad a conciliación o decisión arbitral.^[908] Por lo tanto, cualquier conflicto que surja con ocasión de la declaración de caducidad del contrato estatal, con base en la caducidad especial de la Ley 418 de 1997, deberá ventilarse ante la jurisdicción y someterse a la decisión del juez competente.

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que es jurídicamente procedente conciliar los efectos económicos del acto que declara la caducidad del contrato con base en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, siempre que esté incurso en alguna de las causales de revocatoria directa del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo.

Lo que no ocurre respecto de la caducidad especial de la Ley 418 de 1997, pues está misma ley, en su artículo 91 prohíbe que la aplicación de la cláusula de caducidad se someta a conciliación o arbitramento.

PREGUNTA No. 98

TEMA(S): NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL

1.- PREGUNTA.

<i>¿Procede la conciliación extrajudicial cuando el interesado busca acudir a la jurisdicción contenciosa pretendiendo que se declare la nulidad absoluta del contrato estatal?</i>

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• Ley 446 de 1996, art. 70;• Código Contencioso Administrativo, art. 87.
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none">• Corte Constitucional, Sentencia C-221 de 1999.

3.- CONSIDERACIONES.

De conformidad con el artículo 87^[909] del Código Contencioso Administrativo, a través de la acción de controversias contractuales se puede solicitar que se declare la nulidad absoluta del contrato estatal. Sin embargo, para poder determinar si es o no procedente la conciliación extrajudicial en relación con este asunto, habrá que diferenciarse los siguientes eventos:

i) En el caso de que el Ministerio Público o cualquier tercero que acredite su interés directo, eleve ante el juez la pretensión única de que se declare la

nulidad absoluta del contrato estatal, no tendrá que agotarse la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, pues lo que se busca es el restablecimiento de la legalidad objetivamente considerada y esto no puede ser objeto de conciliación^[910].

ii) Cuando un tercero con interés directo pretenda la nulidad absoluta del contrato y la protección directa de su derecho subjetivo vulnerado o desconocido por la administración como consecuencia de la celebración del contrato, se tendrá que agotar la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad respecto de aquellas pretensiones que involucren un contenido económico, pues de conformidad con el artículo 70 de la Ley 446 de 1998, serán susceptibles de conciliación los conflictos de *“carácter particular y contenido económico”*.^[911]

Finalmente, es pertinente dilucidar quién puede ser entendido como tercero con interés directo en el contexto del artículo 87 del C.C.A. En relación con esta cualificación legal, la Corte Constitucional en la Sentencia C-211 de 1999 señaló que *“el interés directo” connota la legitimación que puede derivarse del hecho o circunstancia que lo vincula a la necesidad, no de promover un proceso para definir lo relativo a la nulidad, sino para intervenir en el mismo en razón de que las resultas pueden incidir, repercutir o afectar en cualquier forma o modo su situación e intereses, o el goce o efectividad de sus derechos -no sólo económicamente. Es obvio que dicho interés directo radica esencialmente en quienes intervinieron en el proceso licitatorio. Empero, no puede considerarse que el interés directo se circunscriba a esta sola circunstancia de representar un interés meramente patrimonial y exclusivo, porque, repárese bien, en que al demandarse la nulidad se protege igualmente el interés general.”*

De otro lado, vale advertirse que no se podrá conciliar los conflictos relacionados con el acto de adjudicación, pues respecto de la conciliación de actos administrativos, el artículo 71 de la Ley 446 de 1998 señala que *“una vez aprobada la conciliación, se entenderá revocado el acto y sustituido por el acuerdo”*, lo que no podrá aplicarse respecto del acto mencionado, puesto que el artículo 9 de Ley 1150 de 2007 establece que *“El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario”*.

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que en caso de que el demandante pretenda exclusivamente que se declare la nulidad absoluta del contrato, no es jurídicamente procedente la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, sin embargo, en caso de que el tercero con interés directo pretenda no solamente la declaratoria de nulidad absoluta del contrato sino además los restablecimientos y declaraciones consecuenciales a que haya

lugar, se deberá agotar la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad.

PREGUNTA No. 99

TEMA(S): ACTOS PRE-CONTRACTUALES

1.- PREGUNTA.

<p><i>¿Qué sucede cuando se solicita conciliación respecto de acto expedido con motivo de la actividad contractual de la Administración y estando en trámite la conciliación extrajudicial se celebra el respectivo contrato?</i></p>
--

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo

- | |
|---|
| <ul style="list-style-type: none">• Ley 1150 de 2007, art. 9;• Código Contencioso Administrativo, art. 87. |
|---|

3.- CONSIDERACIONES.

El artículo 87 del C.C.A, establece que “*Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación*”. Sin embargo, a renglón seguido señala que una vez celebrado el contrato, la nulidad de estos actos sólo podrá invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato, es decir, mediante el ejercicio de la acción contractual.

Por lo tanto, a partir del momento en que se celebre el contrato estatal, la acción adecuada para demandar los actos proferidos antes de su celebración será la de controversias contractuales y no la de nulidad y restablecimiento del derecho. Obviamente, este cambio en la acción trae repercusiones respecto de la conciliación extrajudicial, pues la acción señalada en la solicitud de conciliación no es más la acción pertinente. En consecuencia, el Agente del Ministerio Público deberá actuar de la siguiente manera con el

fin de adecuar la conciliación a la nueva circunstancia, según el escenario en que se encuentre:

i) Si el mencionado funcionario recibe antes de la audiencia de conciliación, la copia autenticada del contrato mediante la cual se acredita su celebración^[912], éste deberá proceder a expedir un acto administrativo mediante el cual establezca que dada la celebración del contrato estatal, en adelante y para todos los efectos se entenderá que la acción que se ejercerá es la de controversias contractuales. Así mismo y en atención al artículo 87 del C.C.A, el Agente del Ministerio Público procederá a convocar a las partes contratantes que hicieren falta con el fin de que integren el litis consorcio necesario^[913].

ii) Si el Agente del Ministerio Público recibe la copia autenticada del contrato en el transcurso de la audiencia de conciliación, dispondrá allí mismo que dada la celebración del contrato estatal, en adelante y para todos los efectos se entenderá que la acción que se ejercerá es la de controversias contractuales. Igualmente, en cumplimiento del artículo 87 de C.C.A, convocará a las partes contratantes que hicieren falta y suspenderá la audiencia hasta la fecha señalada para que se hagan presenten los contratantes ausentes.

De otro lado, vale advertirse que no se podrá conciliar los conflictos relacionados con el acto de adjudicación, pues respecto de la conciliación de actos administrativos, el artículo 71 de la Ley 446 de 1998 señala que una *“una vez aprobada la conciliación, se entenderá revocado el acto y sustituido por el acuerdo”*, lo que no podrá aplicarse respecto del acto mencionado, puesto que el artículo 9 de Ley 1150 de 2007 establece que *“El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario”*.

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que en caso de que se solicite conciliación respecto de un acto expedido con motivo de la actividad contractual de la Administración y estando en trámite la conciliación extrajudicial se celebra el respectivo contrato, el Agente del Ministerio Público deberá expedir un acto administrativo (si conoció de la celebración del contrato antes de realizar la audiencia de conciliación) o, de lo contrario, establecerá en la audiencia de conciliación, que a partir de ese momento y para todos los efectos se entenderá que la acción contenciosa que se intentaría en caso de no lograrse acuerdo es la de controversias contractuales y, en consecuencia, convocará al contratista para efectos de conformar el litisconsorcio necesario.

PREGUNTA No. 100**TEMA(S): LIQUIDACIÓN BILATERAL****1.- PREGUNTA.**

¿Si en el acta de liquidación bilateral de un contrato estatal el contratista no dejó ninguna objeción puede presentar posteriormente solicitud de conciliación extrajudicial?

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• Ley 1150 de 2007, art. 11;• <i>Código Contencioso Administrativo</i>, art. 136.
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none">• <i>Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 10 de abril de 1997, Radicación No. 10608, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández.</i>• <i>Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 9 de marzo de 1998, Radicación No. 11101, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.</i>• <i>Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 4 de diciembre de 2006, Radicación No. 15239, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.</i>• <i>Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 11 de febrero de 2009, Radicación No. 15757, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra.</i>

3.- CONSIDERACIONES.

Para resolver el problema jurídico contenido en la pregunta anterior, se abordarán los siguientes temas *i)* la liquidación bilateral del contrato estatal, *ii)* la imposibilidad de obtener fallo estimatorio cuando el acta de liquidación bilateral no contiene salvedad alguna y *iii)* consideraciones respecto de la conciliación extrajudicial.

3.1. La liquidación bilateral del contrato estatal.

La liquidación del contrato estatal, “*corresponde al balance final o corte definitivo de cuentas de la relación contractual, cuyo propósito fundamental*

es el de determinar quién le debe a quién y cuánto”^[914] y se produce con el objeto “de que las partes contratantes establezcan, con fundamento en el desarrollo del contrato, las acreencias pendientes a favor o en contra de cada uno. Es un procedimiento mediante el cual la administración y el contratista se pronuncian sobre la ejecución de las prestaciones contractuales, como también respecto de las vicisitudes presentadas durante su desarrollo; es un acto que, por ende, aclara y define todo lo relativo a la relación contractual que existió entre las partes del negocio jurídico.”^[915]

La liquidación de los contratos de la Administración puede revestir alguna de las siguientes modalidades:

i) De un lado se prevé la liquidación bilateral, la cual corresponde *“al balance, finiquito o corte de cuentas que realizan y acogen de manera conjunta las partes del respectivo contrato, por tanto, esta modalidad participa de una naturaleza eminentemente negocial o convencional.”^[916]*

La Jurisprudencia del Consejo de Estado ha destacado la naturaleza negocial de la liquidación bilateral al precisar que *“la liquidación de mutuo acuerdo suscrita por las partes, constituye un acto de autonomía privada de aquellos que le da firmeza o definición a las prestaciones mutuas entre sí, de tal suerte que constituye definición de sus créditos y deudas recíprocas, no susceptible de enjuiciarse ante el órgano jurisdiccional, como no sea que se acredite algún vicio del consentimiento que conduzca a la invalidación de la misma, tales como: error, fuerza o dolo”^[917]*

En cuanto al término para su realización, de conformidad con el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, *“La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para tal efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga”*

ii) De otro lado, se tiene la liquidación unilateral, la cual, como su nombre lo indica, *“no corresponde a una actuación negocial o conjunta de las partes del contrato sino a una decisión que adopta la entidad estatal contratante sin necesidad de contar con la voluntad o con el consentimiento del respectivo contratista particular, modalidad a la cual habrá lugar en los eventos y con las exigencias establecidas para esos casos por la ley; esta modalidad de liquidación ha sido concebida y regulada como subsidiaria de la liquidación bilateral o conjunta”^[918].*

Esta forma de liquidación reviste un carácter subsidiario respecto de la bilateral o conjunta, pues la norma que la consagra supedita su procedencia

a que el contratista particular no se presente a la liquidación, haciéndose imposible la realización de una liquidación bilateral ó que las partes no lleguen a acuerdo sobre el contenido de la liquidación.^[919]

Así pues, únicamente cuando se configure alguna de las circunstancias enunciadas, la entidad estatal queda facultada para practicar la liquidación correspondiente de manera directa y unilateral dentro de los 2 meses siguientes, mediante la expedición de un acto administrativo debidamente motivado, respecto del que procede recurso de reposición.

iii) Finalmente, existe la posibilidad de la liquidación judicial, la cual *“realiza y adopta el juez del contrato, en desarrollo de un proceso judicial o arbitral, según corresponda, en ausencia de alguna de las modalidades de liquidación antes mencionadas.”*^[920]

El juez deriva su competencia sobre esta materia del artículo 136 del C.C.A, en donde se establece que en caso de que la administración *“no liquidare el contrato dentro de los 2 meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los 2 años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar.”*

3.2. La imposibilidad de obtener fallo estimatorio cuando el acta de liquidación bilateral no contiene salvedad alguna.

Como ya se señaló antes, la liquidación bilateral presenta un carácter negocial, por ende, *“el acta que se suscribe sin manifestación de inconformidad sobre cifras o valores y en general sobre su contenido, está asistida de un negocio jurídico pleno y válido, porque refleja la declaración de voluntad en los términos que la ley supone deben emitirse, libres o exentos de cualesquiera de los vicios que pueden afectarla. Así tiene que ser. Se debe tener, con fuerza vinculante, lo que se extrae de una declaración contenida en un acta, porque las expresiones volitivas, mientras no se demuestre lo contrario, deben ser consideradas para producir los efectos que se dicen en él”.*^[921]

Con fundamento en lo anterior, el Consejo de Estado en reiterados pronunciamientos^[922] ha señalado que *“cuando la liquidación del contrato se realiza entre la administración y su contratista, si no se deja salvedad en el acta en relación con reclamaciones que tenga cualquiera de las partes, no es posible que luego se demande judicialmente el pago de prestaciones surgidas del contrato.”*^[923]

Bajo las orientaciones jurisprudenciales, resulta claro que la acción contractual sólo puede versar sobre aquellos asuntos respecto de los cuales el demandante hubiere manifestado su inconformidad al momento de la liquidación final del contrato por mutuo acuerdo, pues respecto de aquellos temas con relación a los cuales no realice ninguna observación, por encontrarse de acuerdo con su liquidación y así lo formalice con su firma, no cabrá reclamación alguna en sede judicial. *“Admitirlo sería ir contra la doctrina de los actos propios, de conformidad con la cual “a nadie le es lícito venir contra sus propios actos”, la cual tiene sustento en el principio de la buena fe o “bona fides” que debe imperar en las relaciones jurídicas.”*^[924]

Las salvedades consignadas en el acta de liquidación apuntan principalmente a salvaguardar el derecho del contratista a reclamar, ante la autoridad judicial, el cumplimiento de obligaciones que considera quedaron pendientes. Precisamente, en relación con el alcance de las salvedades que respecto de la liquidación bilateral formula alguna de las partes del contrato, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha enseñado lo siguiente:

“...la constancia que el contratista inconforme consigna en el acta no puede ser de cualquier tipo; es necesario que reúna las siguientes características: que identifique adecuadamente los problemas surgidos con ocasión de contrato, es decir, que sea clara, concreta y específica; no obstante no tiene que expresar técnicamente toda una reflexión y justificación jurídico-económica, pero si debe contener, así sea de modo elemental, la identificación del problema, es decir, los motivos concretos de inconformidad.”^[925]

No obstante lo anterior, aún cuando no se hubiesen consignado objeciones en el acta de liquidación bilateral, el contratista podrá acudir a la jurisdicción para enjuiciar la liquidación invocando algún vicio del consentimiento, es decir, error, fuerza o dolo.^[926]

Finalmente, se debe precisar que *“la salvedad condiciona entonces, no el ejercicio de la acción porque no es un supuesto legal para su procedencia, sino la prosperidad de las pretensiones formuladas, siempre que se demuestren los otros supuestos fácticos y jurídicos de la responsabilidad contractual”*^[927].

3.3. Consideraciones respecto de la conciliación extrajudicial.

Teniendo en cuenta que el hecho de no haber señalado objeción alguna en el acta de liquidación bilateral no condiciona el ejercicio de la acción contenciosa, por no tratarse de un supuesto legal para su procedencia, es jurídicamente procedente la conciliación extrajudicial respecto de este

asunto y por ende, el Agente del Ministerio Público tendrá que admitir la solicitud de conciliación y adelantar su trámite.

En caso de que las partes decidan conciliar el conflicto surgido de la liquidación bilateral, el Agente del Ministerio Público tendrá que exponer y plasmar en el acta de conciliación las consideraciones por las cuales no está de acuerdo con la conciliación alcanzada, debiendo señalar los fundamentos jurídicos y jurisprudenciales con base en los cuales se hace evidente que respecto de ese asunto no existe alta probabilidad de condena y por lo tanto el acuerdo conciliatorio alcanzado en este contexto resulta lesivo para el patrimonio público.

Igualmente, aún cuando no se celebre el acuerdo conciliatorio, el Agente del Ministerio Público deberá señalar en la constancia respectiva, las mismas consideraciones que en el evento anterior, con el fin de que el juez pueda advertir tal situación.

4.- RESPUESTA

De lo anteriormente expuesto se concluye que es jurídicamente procedente la conciliación extrajudicial respecto de los conflictos que se desprendan de la liquidación bilateral de un contrato estatal, pese a que el acta no contenga ninguna objeción. Sin embargo, al ser éste un asunto respecto del cual no existe alta probabilidad de condena para el Estado, el Agente del Ministerio Público deberá hacer las observaciones pertinentes con el fin oponerse a la aprobación de un eventual acuerdo conciliatorio.

PREGUNTA No. 101

TEMA(S): CONCILIACION/ACCIÓN PROCEDENTE
--

1.- PREGUNTA.

¿Qué decisión adoptar cuando no hay claridad respecto de la acción contenciosa que se debe incoar?

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none">• C.C.A., artículos 84, 85, 86 y 87• Decreto 1716 de 2009, artículo 6°, literal e).
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none">• Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 22 de abril de 2004, expediente No. 25000-23-24-000-1999-00389-02(5743), actor Oscar Vanegas.

	<ul style="list-style-type: none"> • Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 5 de diciembre de 2005, expediente número: 88001-23-31-000-1996-00153-01(14532), actor Chalito Walters Martínez. • Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 27 de enero de 2005, expediente número 25000-23-27-000-2004-01066-01(14949), actor Muebles Norven & Cia. Ltda. • Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 27 de marzo de 2007, expediente 760012331000200002513 01, número interno 2777-2004, actor José Bolívar Caicedo Ruiz. • Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 27 de agosto de 2009, expediente No. 15001-23-31-000-1998-00341-01(2202-04), actor Elsa Avella de Solano. • Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia IJ-039 de 2003
--	--

3.- CONSIDERACIONES.

El artículo 6º, literal e) del Decreto 1716 de 2009, establece como requisito de la solicitud de conciliación “La indicación de la acción contencioso administrativa que se ejercería”. Aparentemente la utilización de cada acción está delimitada de manera clara, sin que en la mayoría de los casos exista duda de cuál es la que debe entablarse. Así los actos administrativos se impugnan a través de las acciones de nulidad (art. 84 del C.C.A.), de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 85 del C.C.A.) y, en ocasiones, por vía de la acción contractual (actos emitidos durante la etapa de ejecución del contrato, artículo 87 del C.C.A.); los hechos, las omisiones, las operaciones administrativas, la privación injusta de la libertad, el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, el error judicial y la responsabilidad por el hecho de la ley, se demandan por vía de la acción de reparación directa (art. 86 del C.C.A.) y los contratos por medio de la acción contractual (art. 86 del C.C.A.).

Sin embargo, hay ocasiones en que la jurisprudencia no es pacífica en torno a cuál es el contencioso que se debe ejercer en cada evento. Tal

circunstancia ha llevado a replantear el esquema actual de acciones en el nuevo proyecto de Código Contencioso Administrativo que cursa en el Congreso de la República, en donde se califican la “nulidad, la nulidad y el restablecimiento del derecho, la reparación directa y las controversias contractuales” no como acciones, sino como “medios de control”^[928], con lo cual se retoma aquél criterio de quienes señalan que si el proceso es uno, la acción es solamente una. Se ha estimado que esta es una medida que contribuirá a evitar decisiones inhibitorias y a garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia^[929], porque el administrado no tiene por qué verse afectado por la falta de unificación de criterios jurisprudenciales sobre el tema o por la variación de tesis.

Así, hay varios casos en donde el demandante, el demandado, el Agente del Ministerio Público y el propio juzgador, tienen serias dudas sobre cuál es la acción procedente. Veamos algunos de ellos:

(I) Actos de contenido mixto

La Escuela de Burdeos al clasificar los actos administrativos distinguió entre actos regla, actos subjetivos y actos condición. Nuestro actual Código Contencioso Administrativo, clasifica los actos, de acuerdo a su contenido, como generales y particulares^[930]. Sin embargo, como se precisará en la pregunta xx, existen actos administrativos de contenido mixto, es decir aquéllos que siendo generales, afectan situaciones singulares y concretas o, aquéllos que siendo particulares interesan a la colectividad.

En relación con la forma como deben ser impugnados se ha generado debate. En efecto, frente a la posibilidad de demandar actos de contenido particular mediante la acción de nulidad, se desarrolló la Teoría de Móviles y Finalidades, cuyo origen se remonta a la antigua sentencia del 10 de agosto de 1961 en la que actuó como ponente el doctor Carlos Gustavo Arrieta, que en la actualidad da lugar a profundos enfrentamientos jurídicos entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado^[931]. De manera que este punto ha sido objeto de estudio y polémica, sin que haya una posición unificada.

Algo similar ocurre con respecto a la acción procedente frente a los actos de contenido general que afectan situaciones particulares y concretas. Se encuentran pronunciamientos aislados de las Cortes, mas no una posición uniforme. En pregunta posterior se ahondará sobre el tema.

(II) Actos administrativos válidos que se ejecutan sin haber sido notificados al interesado

En ocasiones no es sencillo determinar si lo que afecta la situación del demandante es un acto administrativo o su ejecución. En la primera hipótesis la acción procedente será la de nulidad y restablecimiento del derecho; en la segunda, la de reparación directa. Algunos pronunciamientos del Consejo de Estado explican el tema.

En sentencia del 22 de abril de 2004 de la Sección Primera, expediente No. 25000-23-24-000-1999-00389-02(5743), actor Oscar Vanegas, se señaló:

“En cuanto a que la sentencia apelada resulta contradictoria, por cuanto no anuló el acto acusado pese a aceptar que existió irregularidad en su notificación, la Sala reitera su jurisprudencia, en el sentido de que tal circunstancia no es causal de nulidad del acto, sino de falta de eficacia. Ahora bien, es cierto que mientras un acto no sea debidamente notificado es inoponible(...) Sin embargo, la falta de firmeza es un vicio ajeno a la legalidad del acto, en la medida en que es posterior a su expedición, es decir, que le es extrínseco y, por ello, la ejecución material que de tal acto hizo la Administración al hacer efectiva la orden de cerramiento definitivo del establecimiento constituye una operación administrativa cuya legalidad debe ser discutida a través de la acción de reparación directa de que trata el artículo 86 del CCA. (...) Con base en las anteriores consideraciones la Sala concluye que el actor pudo entonces ejercitar la acción de reparación directa por los posibles perjuicios que pudo sufrir por la ejecución ilegal del acto en cuanto no había adquirido firmeza (...).”

Por su parte, la Sección Tercera, en sentencia del 5 de diciembre de 2005, expediente número: 88001-23-31-000-1996-00153-01(14532), actor Chalito Walters Martínez, precisó que la incertidumbre respecto de la acción a escoger puede provenir en ocasiones del alcance que se le dé al concepto de operación administrativa. Allí se sostuvo:

“Esta Sala ha sido insistente en la precisión de que, si el daño alegado tiene como causa una decisión administrativa que el actor estima ilegal, la acción pertinente es la de nulidad y restablecimiento del derecho. En efecto, en jurisprudencia reiterada ha dicho que solo puede entenderse por operación administrativa los hechos relacionados con la ejecución material de una decisión administrativa, para efecto de interposición de una acción de reparación directa. En sentencia de 12 de diciembre de 1996, se precisó lo siguiente: ‘De allí que si el daño alegado tiene como causa un acto administrativo, la acción no podrá ser sino de nulidad y restablecimiento; como no podrá ser sino de reparación directa cuando la lesión devenga de un hecho, de una omisión o de una operación administrativa; y como no podrá ser sino contractual cuando el perjuicio tenga como causa el contrato mismo, los hechos de ejecución o cumplimiento de su objeto contractual o los actos administrativos dictados por la entidad pública contratante con motivo u

ocasión de la actividad contractual.// (...) ‘Quizás la confusión que se observa en estos asuntos se derive de la errónea interpretación que se le está dando a la figura de la operación administrativa, la cual en el derecho colombiano, en unas hipótesis, se tiene como el conjunto de hechos de ejecución de un acto o decisión administrativa, que permite o justifica, cuando causa daños, una acción de reparación directa; y en otras, que compartan un acto administrativo, y que admiten el ejercicio de una acción de nulidad y restablecimiento.’(...)// ‘Y no es posible la confusión porque ‘operación administrativa’, para los efectos del artículo 86, no es otra cosa que un conjunto de actuaciones materiales o hechos tendientes a la ejecución de una decisión administrativa. Excepcionalmente la doctrina ha aceptado también la figura de la “operación” frente a actuaciones administrativas fallidas o que se dejan sin culminación. V. gr. El procedimiento de adquisición de un bien rural que el Incora, luego de haber logrado la entrega anticipada del predio, deja inconcluso con perjuicio para el dueño del mismo... Así mismo puede darse la misma figura cuando la administración, por ejemplo, luego de iniciar una etapa licitatoria o de concurso no la culmina por las vías legales, cuales son el auto de adjudicación o la declaratoria de deserción.// ‘En la actualidad, pues, subsiste la noción de operación en los sentidos anotados, los cuales aparecían ya en la Ley 167 de 1941. Y es tan cierto este alcance multicomprendivo que el Decreto 2304 de 1989 de 1989 subrogó el artículo 83 del Código Contencioso Administrativo que establecía la equivalencia entre operación administrativa y acto administrativo, por no corresponder ni a realidad ni a los alcances que la doctrina le había dado a dicha figura...’.

Por último, la Sección Cuarta en sentencia del 27 de enero de 2005, expediente número 25000-23-27-000-2004-01066-01(14949), actor Muebles Norven & Cia. Ltda., anotó:

“Existen además otros hechos o actos que se limitan a la ejecución de las decisiones tomadas dentro del proceso de cobro, los cuales constituyen operaciones administrativas, es decir, son actos que deben realizarse para que se cumpla un acto administrativo en firme. Dentro de los hechos o actos que tienen ésta finalidad de ejecución se encuentran todos aquellos relacionados por ejemplo con actuaciones posteriores al remate de bienes, los cuales son operaciones administrativas y en consecuencia, toda vez que ejecutan decisiones que se encuentran en firme, su control no se ejerce a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, sino de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo.”

De las directrices jurisprudenciales pretranscritas se puede colegir que cuando se ataca un acto administrativo porque adolece de algún vicio en sus elementos causal, subjetivo, formal, teleológico u objetivo, la acción procedente es la contenida en el artículo 85 del C.C.A.. Pero cuando el acto es válido y lo irregular son las actuaciones materiales que implementa la administración para su ejecución, cabe la acción de reparación directa.

(III) Mora en el pago de cesantías^[932]

Este tema generó posiciones encontradas entre la Sección Segunda y la Sección Tercera del Consejo de Estado, pues mientras ésta sostenía que la mora en el pago de cesantías podía dar lugar a una acción de reparación directa e incluso a un proceso ejecutivo, aquélla argumentada que este tipo de reclamaciones siempre tiene que ventilarse a la luz de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Mediante sentencia del 27 de marzo de 2007 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, expediente 760012331000200002513 01, número interno 2777-2004, actor José Bolívar Caicedo Ruiz, se unificaron criterios. Por lo ilustrativa que resulta frente al problema jurídico planteado en esta pregunta, se transcribe *in extenso*:

“En sentencia de 17 de julio de 1997, radicación No.11.376, Consejero Ponente Jesús María Carrillo Ballesteros, se dictó fallo inhibitorio porque el daño a reparar se originó en el acto administrativo por el cual se reconoció el auxilio de cesantía y, por tanto, la acción indicada no podía ser la de reparación directa pues si el daño se produce en razón de un acto debe impetrarse la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Si se trata de obligaciones claras, expresas y exigibles, contenidas en actos administrativos o títulos expedidos por la administración, la acción procedente es la ejecutiva.

Posteriormente, en sentencia de 26 de febrero de 1998, radicación No.10.813, Consejero Ponente Ricardo Hoyos Duque, la Sala modificó la posición anterior al considerar que, tratándose de la ejecución material del acto que contiene la orden de pagar el auxilio de cesantía cuando el pago se produce en forma tardía ocasionando un perjuicio al beneficiario, la fuente del daño es la operación administrativa y, por tanto, no es necesario provocar que la administración se pronuncie al respecto pues cuando la causa de la petición es una operación administrativa “la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño”. El Estado incurre en falla del servicio por el retardo en el cumplimiento de sus obligaciones laborales y surge para éste el deber de indemnizar al afectado. En consecuencia la vía procesal adecuada es la acción de reparación directa. En esta providencia el Consejero Daniel Suárez Hernández salvó el voto porque el cumplimiento de los actos administrativos por los cuales se reconocen derechos patrimoniales no puede ser enjuiciado ante el contencioso administrativo por la vía de la reparación directa por tratarse de actos de simple cumplimiento y conformar un título ejecutivo por contener una obligación clara, expresa y exigible que, en consecuencia, debe ventilarse “por las normas del proceso ejecutivo.”.

En auto de 27 de septiembre de 2001, radicación No.19300, Consejero Ponente Ricardo Hoyos Duque, se modificó el criterio mayoritario al considerar que, como según el texto de la Ley 244 de 1995 “bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo.”, la acción procedente para reclamar la sanción moratoria es la acción ejecutiva porque la sanción se causa automáticamente sin necesidad de reconocimiento expreso por parte del deudor y se podría ejercer con el acto de liquidación de las cesantías, a efectos de reclamar la sanción moratoria

causada desde la fecha de su expedición hasta la del pago efectivo de la obligación. Esto es, la acción de reparación directa no es viable para reclamar en forma independiente el pago de unas sumas cuyo reclamo se omitió por las vías conducentes.

-
En auto de 3 de agosto de 2000, radicación No.18.392, Consejera Ponente María Elena Giraldo Gómez, se confirmó la inadmisión de la demanda pues se pretendió, por la vía de la acción de reparación directa, declarar responsable al Estado por no haber pagado unas prestaciones sociales que no habían sido reconocidas. Se señaló: “Distinto sería si la demanda refiriera que el Estado pagó tardíamente prestaciones reconocidas y que por el retardo se le causó un daño antijurídico y, en consecuencia, pidiera indemnización.”.

En auto de 27 de febrero de 2003, radicación No.23.739, Consejera Ponente María Elena Giraldo Gómez, se admitió la demanda de reparación directa porque se demandaron las omisiones consistentes en el retardo y en la falta de pago, es decir, lo cuestionado era el incumplimiento administrativo y no la legalidad del acto que reconoció el derecho. En consecuencia, la acción de reparación directa es la adecuada porque se demandan unas omisiones administrativas.

En sentencia de 2 de junio de 2005, radicación No. AG 2382, Consejera Ponente María Elena Giraldo Gómez, se declaró responsable a la Administración, en el marco de una acción de grupo, por la tardanza en el pago de unas mesadas pensionales, por cuanto la demostración de la tardanza en el pago puso en evidencia el daño material ocasionado a los pensionados, lo que, de paso, quebranta la Constitución, artículo 53, inciso 3, conforme al cual “El Estado garantiza el derecho al pago oportuno.” de las pensiones legales.

Precedentes Jurisprudenciales de la Sección Segunda

(...)

En sentencia de 31 de julio de 2003, radicación No.4873-2002, Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante, la Subsección “B” de la Sección Segunda de esta Corporación acogió la tesis de la acción ejecutiva y se declaró inhibida para conocer una reclamación de indemnización moratoria por la falta de pago oportuno de unas cesantías definitivas y remitió el expediente, para lo de su cargo, al Juez Laboral del Circuito, Oficina de Reparto, Palmira.

En sentencia de 19 de febrero de 2004, radicación No.1846-2003, Consejero ponente Jesús María Lemos Bustamante, se sostuvo que el pago de las cesantías definitivas debe adelantarse ante el Juez Laboral del Circuito y se negó el pago de la sanción moratoria por la falta de pago oportuno de la cesantía definitiva al considerar que debe existir una petición previa a la administración en ese sentido.

La reseña de las distintas posiciones sentadas por esta Corporación le permite concluir a la Sala que el cambio de criterios ha obedecido al afán de proteger al empleado cesante perjudicado por el incumplimiento o el retardo en el pago de sus cesantías definitivas. Sin embargo la disparidad existente impone precisar cuáles acciones y en qué eventos deben utilizarse para que el administrado tenga la certeza de que está invocando la acción adecuada a los fines perseguidos.

5.3. Formulación de las distintas hipótesis para el reconocimiento de la indemnización moratoria por la falta de pago oportuno de las cesantías definitivas.(...)

En las situaciones aludidas que impliquen discusión respecto del contenido mismo del derecho la Sala considera que la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, en razón de que el origen de la suma adeudada es una acreencia laboral.

En las hipótesis en que no haya controversia sobre el derecho, por existir la resolución de reconocimiento y la constancia o prueba del pago tardío, que, en principio, podrían constituir un título ejecutivo complejo de carácter laboral, el interesado puede acudir directamente ante la justicia ordinaria para obtener el pago mediante la acción ejecutiva. V.gr. hipótesis 5.3.3.1 y 5.3.3.2.

En suma la vía procesal adecuada para discutir las cesantías y el reconocimiento de la sanción moratoria es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, salvo que exista certeza del derecho y de la sanción, porque, se repite, en estos eventos procede la ejecución del título complejo.

La acción de grupo tampoco es vía idónea para reclamar la indemnización moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas toda vez que su finalidad es indemnizatoria, bajo los supuestos de la existencia de un daño antijurídico y de responsabilidad extracontractual porque, conforme al inciso 2 de la Ley 472 de 1998, la acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de la indemnización de perjuicios, esto es, tiene un alcance preciso y limitado, mientras que la reclamación de la indemnización moratoria, está dentro de la órbita del derecho laboral administrativo cuyas reglas están dadas por la legislación positiva.

Dicho de otro modo, como el perjuicio por reparar se origina en una decisión o manifestación unilateral de voluntad de la administración destinada a producir efectos jurídicos es necesario invalidarla, previo agotamiento de la vía gubernativa, para poder obtener el restablecimiento respectivo y como la ley no prevé que mediante las acciones de reparación directa o de grupo puedan anularse los actos administrativos, estas no son la vía procesal adecuada. Desconocería la integridad del ordenamiento jurídico percibir una indemnización por un perjuicio originado en un acto administrativo sin obtener antes la anulación del mismo porque este continuaría produciendo efectos jurídicos ya que ese es su cometido legal.

En conclusión:

- (i) El acto de reconocimiento de las cesantías definitivas puede ser controvertido, cuando el administrado no está de acuerdo con la liquidación, mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.*

- (ii) *Ese mismo acto constituye título ejecutivo y puede ser reclamado por la vía judicial correspondiente, que es la acción ejecutiva, pero en lo que respecta a la sanción moratoria deberá demostrarse, además, que no se ha pagado o que se pagó en forma tardía.*
- (iii) *El acto de reconocimiento de la sanción moratoria puede ser cuestionado a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho si el administrado se encuentra inconforme con él, pero si hay acuerdo sobre su contenido y no se produce el pago de la sanción la vía indicada es la acción ejecutiva.*
- (iv) *Cuando se suscite discusión sobre algunos de los elementos que conforman el título ejecutivo, como que no sean claros, expresos y exigibles, debe acudirse ante esta jurisdicción para que defina el tema. De lo contrario la obligación puede ser ejecutada ante la jurisdicción ordinaria por la acción pertinente.*

Conviene precisar que en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho siempre existirá un acto atacable. Los expresos de reconocimiento de las cesantías definitivas y de reconocimiento de la sanción moratoria, o los fictos frente a la petición de reconocimiento de las cesantías definitivas o frente a la petición de reconocimiento y pago de la indemnización moratoria, por lo que la acción que debe impetrarse es la de nulidad y restablecimiento del derecho.

Efectos de la presente sentencia

Como fue reseñado, en ocasiones anteriores se ha acudido ante esta jurisdicción, mediante la acción de reparación directa, con el fin de obtener el pago de la indemnización moratoria ante la falta de pago oportuno de las cesantías definitivas, prevista en la Ley 244 de 1995, instrumento que ahora se considera improcedente.

Sin embargo, por razones de seguridad jurídica y por respeto al derecho de acceso a la administración de justicia, los procesos emprendidos a través de la acción de reparación directa, que no requiere agotamiento de la vía gubernativa, deben continuar con el trámite iniciado hasta su culminación, conforme a las tesis jurisprudenciales correspondientes. Por lo tanto la presente sentencia ha de ser criterio jurisprudencial a partir de su ejecutoria”.

El pronunciamiento transcrito no solo es importante porque clarifica y unifica criterios respecto de la acción a ejercer frente al no pago oportuno de cesantías, sino también por cuanto reconoce que los cambios jurisprudenciales en este tema deben operar hacia el futuro, lo cual comulga con los principios de confianza legítima y de seguridad jurídica, pues no resulta justo que por el cambio de las “reglas de juego”, se vea afectado el derecho previsto en el artículo 229 de la Constitución Política.

(IV) Actos de ejecución de sentencias

Ha admitido la jurisprudencia que los actos por medio de los cuales se da cumplimiento a sentencias emitidas por la jurisdicción de lo contencioso no son susceptibles de control jurisdiccional a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y, por ende, el conflicto que se suscite con ocasión de ello debe resolverse ante el juez de la ejecución. Sin embargo, en algunas oportunidades, el referido acto no se limita a acatar el pronunciamiento de la jurisdicción, sino que establece disposiciones nuevas, constitutivas de verdaderas manifestaciones de voluntad, generadoras de efectos jurídicos, y que sí se pueden atacar a través de la acción contenida en el artículo 85 del C.C.A.. Veamos lo que dice el Consejo de Estado:

- (i) *“Son actos administrativos de ejecución los que expide la Administración en cumplimiento de un fallo judicial, que no son pasibles de control jurisdiccional por la vía de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por lo siguiente: De conformidad con lo establecido en el artículo 135 del C.C.A., los actos administrativos objeto de control de legalidad por la vía jurisdiccional son aquellos que ponen término a un proceso administrativo. A su turno, el artículo 50 ibidem, definió que son actos definitivos, los que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, y que los actos de trámite solo ponen fin a una actuación cuando, por su contenido, hagan imposible continuarla. En ese contexto normativo, se advierte que únicamente las decisiones de la Administración producto de la conclusión de un procedimiento administrativo, o los actos de trámite que hacen imposible la continuación de esa actuación, son susceptibles de control de legalidad por parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de modo tal que los actos de ejecución de una decisión administrativa o jurisdiccional se encuentran excluidos de dicho control; toda vez que a través de ellos no se decide definitivamente una actuación, pues sólo son expedidos en orden a materializar o ejecutar esas decisiones(...)La Ley 446 de 1998 (artículo 42 que modificó el 134A del C.C.A) asignó el conocimiento a los Jueces Administrativos - de los procesos ejecutivos que tienen origen en decisiones judiciales proferidas por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. (...) El conflicto relacionado con la obligación de hacer a cargo de la Administración, derivada del cumplimiento de la sentencia judicial contencioso administrativa, corresponde al Juez de la Ejecución que es el Ordinario a través de un proceso ejecutivo dado que la sentencia que presta mérito ejecutivo se profirió el 31 de octubre de 1996; y no el Juez Contencioso Administrativo por medio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, porque como se dijo, a partir del 28 de abril de 2005 el Juez de Ejecución competente es la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en cuanto al proceso.”^[933]*
- (ii) *“En conclusión, como según el demandante las decisiones demandas contienen una nueva decisión y no son una mera ejecución de la sentencia, es del caso revocar el auto recurrido por este aspecto, para entrar a definir de fondo si le asiste o no razón al actor en sus planteamientos.” ^[934]*

- (iii) *“Empero, al tenor de lo dispuesto por el artículo 135 del C.C.A., si se pretende la anulación de un acto de carácter particular, como el aquí controvertido, debe ser un acto que ponga término a un proceso administrativo, norma que es concordante con los artículos 84, 85, y 176 del C.C.A., y lo aquí controvertido se trata de un supuesto error en la ejecución de la sentencia. //Es más, sostener lo contrario implicaría la reapertura del debate probatorio, con desconocimiento del contenido de la sentencia y por supuesto del principio de la cosa juzgada, es decir, no amerita abrir un debate probatorio como lo pretende la entidad demandante cuando la fuente de la obligación y el texto que la contiene (la sentencia) es claro. //En conclusión, la resolución demandada es el cumplimiento de un fallo judicial “y no la culminación de una actuación administrativa que, como es sabido es antecedente al proceso y no consecuencia del mismo”^{935]}*

De suerte que en esta hipótesis el Procurador Judicial ha de ser muy cuidadoso en orden a determinar si el acto que se va a atacar es sólo un acto de ejecución, en donde la conciliación extrajudicial no sería viable, o si contiene una decisión no incluida en la sentencia que se va a cumplir, evento ante el cual sí procedería, pues, además de tener carácter particular y contenido económico, sería demandable a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

(V) Contratos de prestación de servicios

Uno de los temas que ha suscitado controversia en el seno del Consejo de Estado, es el relacionado con la acción procedente cuando en virtud de la suscripción de un contrato de prestación de servicios, se alega la violación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de la relación laboral^[936]. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la sentencia IJ-039 de 2003 plantea la posibilidad de que se demanden los respectivos contratos, a través de la acción prevista en el artículo 87 del C.C.A., en tanto que la Sección Segunda considera que lo viable en esta hipótesis es provocar un acto administrativo, agotar vía gubernativa y luego sí acudir a la jurisdicción a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho^[937]. Preciso la Sala Plena en el pronunciamiento que se trae a colación:

“Si, pues, lo que pretende demostrar la jurisprudencia que se rectifica por la Sala Plena de lo Contencioso, es que el contrato de prestación de servicios como el que ahora ocupa su estudio viola la constitución y la ley, se opone a éstas e inclusive encuéntrase prohibido en su objeto, la consecuencia de ello, de ser cierto lo afirmado, no sería otra que la nulidad del vínculo, que no su inexistencia.

En efecto, si se presentare una causal de nulidad, como que el objeto del contrato se opone a la ley, a mandatos de orden público, se requeriría, para

que las cosas regresen a su estado anterior, de sentencia que disponga su invalidación, pues de no ser así, continuaría surtiendo efectos y sería imposible que las partes de la relación jurídica sustancial lo desconocieran (...)

*Así las cosas, no habiéndose deprecado resarcimiento o indemnización, mal podría decretarse ésta por el juez administrativo, y mucho menos partir de la base, para llegar a tal consecuencia, de que el contrato celebrado constituyó un acto que encubrió una relación laboral de derecho público, pues **este argumento sería más armónico con una pretensión encaminada a que se desate una controversia mediante el ejercicio de acción contractual, la cual podría servir, además, para que se condene al resarcimiento de perjuicios y para que se hagan otras declaraciones y condenas.***”

Con referencia al punto, la tesis que parece imponerse es la de la Sección Segunda del Consejo de Estado, a quien corresponde conocer de temas laborales. No obstante lo anterior, la situación revive la vieja discusión en relación con cuál es el órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa: la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo o la Sección especializada, problema que era resuelto por la Ley 11 de 1975^[938], a favor de la primera y que la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, pretende solucionar con la fórmula contenida en los numerales 5 y 6 del artículo 37^[939].

De conformidad con lo expuesto se advierte que en algunos casos no es claro precisar la acción contenciosa que se debe ejercer. Ello debido a diferentes posiciones jurisprudenciales que se tienen entre las Secciones que conforman el Consejo de Estado, o entre éstas y la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, o aún entre dicha Corporación y la Corte Constitucional.

En esas hipótesis corresponderá al Procurador Judicial, en primer término, indagar por el criterio de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y por el de cada una de sus Secciones; en segundo lugar, establecer si se ha unificado la jurisprudencia, como en el caso de las cesantías traído a colación; y, por último, si advierte contradicción de posiciones, para garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia, darle curso a la conciliación y si hay acuerdo conciliatorio hacer las observaciones pertinentes en la respectiva acta para que el juez contencioso al momento de aprobarla o improbarla las tenga en cuenta.

4.- RESPUESTA

Cuando el Procurador Judicial encuentre que no hay claridad respecto de la acción contenciosa que se debe incoar en algún caso, le corresponde en primer término, indagar por el criterio de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y por el de cada una de sus Secciones; en segundo lugar, establecer si se ha unificado la jurisprudencia; y, por

último, si advierte contradicción de posiciones, para garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia, darle curso a la conciliación y si hay acuerdo conciliatorio hacer las observaciones pertinentes en la respectiva acta para que el juez contencioso al momento de aprobarla o improbarla las tenga en cuenta.

PREGUNTA No. 102

TEMA(S): CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL FRENTE ACTOS DE CONTENIDO MIXTO

1.- PREGUNTA.

¿Procede la conciliación extrajudicial cuando la misma recae sobre los efectos de actos de contenido mixto?

2.- MARCO JURIDICO.

Marco Normativo	<ul style="list-style-type: none"> • C.C.A., artículos 84 y 85 • Decreto 1716 de 2009, artículos 2° y 6°, literal e).
Marco Jurisprudencial	<ul style="list-style-type: none"> • Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 11 de diciembre de 2003, recaída dentro del expediente No. 25000-23-25-000-1999-3971-01(2024-01), actora: María del Carmen Jarrín. • Corte Constitucional, sentencia SU-037 de 2009.

3.- CONSIDERACIONES.

Conforme se dejó expuesto en la pregunta anterior, la Escuela de Burdeos clasificó los actos administrativos como actos regla, subjetivos y condición^[940]. Gaston Jèze precisa que la situación jurídica general se caracteriza por ser impersonal, permanente, modificable por la ley y no puede ser objeto de renuncia absoluta, en tanto que la situación jurídica

individual es particular, temporaria, no es modificable por leyes o reglamentos y se puede renunciar^[941].

Nuestro actual Código Contencioso Administrativo, en sus artículos 43, 71 y 73, clasifica los actos administrativos de acuerdo a su contenido, como generales y particulares. No obstante lo anterior, la doctrina y la jurisprudencia han identificado los actos de contenido mixto, es decir, aquéllos que siendo generales producen efectos particulares y concretos o viceversa. Entre ellos se destacan el acto de supresión de empleos^[942], el de exploración y explotación de yacimientos mineros^[943], el pliego de condiciones^[944], el que fija el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos^[945], el que fija precios, el que zonifica un área urbana, el que convoca a un concurso, el que establece contribuciones^[946] y valorizaciones^[947].

Con respecto a los mismos existe discusión sobre la forma como deben ser demandados. Hay tesis que señalan que lo viable es impugnarlos a través de la acción contenida en el artículo 84 del C.C.A., dado que la sentencia proferida en ese proceso tiene efectos ex – tunc o retroactivos; otros optan por señalar que una vez anulados, en ejercicio del contencioso objetivo, se debe provocar una actuación de la administración de carácter particular y ésta sí demandarla a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; hay quienes señalan que sí es viable impugnarlos a través de esta última acción; y, finalmente, hay partidarios de ejercer la acción prevista en el artículo 85 del C.C.A., pero solicitando la aplicación de las excepciones de inconstitucionalidad o de ilegalidad.

Así por ejemplo la Corte Constitucional en relación con el Decreto 4040 del 3 de diciembre de 2004, por el cual se creó “una Bonificación de Gestión Judicial para los Magistrados de Tribunal y otros funcionarios” en la sentencia SU-037 de 2009, precisó que por ser un acto de carácter general, impersonal y abstracto debe impugnarse por la acción de nulidad y, una vez anulado, provocar un acto administrativo demandable por vía del artículo 85 del C.C.A.. Dijo la Corte:

“(…)el ordenamiento jurídico ha delineado un sistema de control judicial mediante acciones y recursos idóneos y apropiados que admiten el cuestionamiento de actos de esa naturaleza, como lo es el caso de la acción de simple nulidad prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, de tal suerte que a través de ellos se pueden tramitar las pretensiones en disputa con intervención de las partes y de terceros, respetando los derechos constitucionales de unos y otros y permitiendo una confrontación amplia y contradictoria capaz de proporcionar certeza respecto de los asuntos sometidos a litigio^[948] (...)”

Lo pretendido en esta acción de tutela inicia por dejar sin efectos el régimen de la “Bonificación por Gestión Judicial” previsto en el citado Decreto 4040 de 2004, que por su propia naturaleza jurídica es un acto administrativo de carácter general, impersonal y abstracto, para que en su lugar se aplique el régimen de la “Bonificación por Compensación” del Decreto 610 de 1998. Como quedo suficientemente explicado en el acápite anterior, la acción de tutela resulta improcedente para controvertir actos de carácter general, impersonal y abstracto, como el que en esta ocasión se cuestiona, pues el ordenamiento jurídico ha establecido un mecanismo de defensa judicial especial ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, al cual se puede acudir para demandar la legalidad de tales actos. En efecto, el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo consagra la acción de nulidad contra actos de tal naturaleza, siendo éste el mecanismo judicial idóneo y específico con que cuentan los accionantes para dejar sin efectos el Decreto 4040 de 2004(...)

Así, puede ocurrir que una vez declarada la nulidad del Decreto 4040 de 2004, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial se mantenga en su posición de no darle aplicación al Decreto 610 de 1998, previas peticiones que sobre el particular le hayan formulado los interesados. En este caso, los actores, y en general todos los servidores que estaban cobijados por el Decreto 4040 de 2004, pueden ejercer también la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (C.C.A. art. 85), para demandar los actos administrativos individuales mediante los cuales se les negó la aplicación del Decreto 610 de 1998, y obtener por esa vía y de manera individual el pago de la ‘bonificación por compensación’ y la reparación integral de los daños infringidos.”

Por su parte, la Sala de Conjuces del Consejo de Estado tiene una posición diferente, pues considera que este tipo de actos sí pueden impugnarse mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. En sentencia del 11 de diciembre de 2003, recaída dentro del expediente No. 25000-23-25-000-1999-3971-01(2024-01), actora: María del Carmen Jarrín, en donde se impugnó el Decreto 2668 de 1998, mediante el cual se derogó el Decreto 610 de 1998, que creó la bonificación por compensación para los Magistrados de los Tribunales de todo el país, sostuvo:

“Ahora, independientemente de que el acto acusado sea de carácter general, frente a él procede la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., pues el mismo tiene claros efectos particulares, en la medida en que afecta a las personas fácilmente determinadas beneficiarias de la bonificación por compensación que en virtud de aquél fue derogada, precisamente porque la Administración para ejecutar el acto general que establece las escalas salariales, no requiere de expedir acto particular alguno en relación con cada uno de los servidores titulares de aquéllas.”

De otro lado, en sentencia del 25 de enero de 2001, dictada dentro del expediente 1804-99, la Sección Segunda del Consejo de Estado señaló diferentes opciones que se pueden adoptar cuando se está en presencia de un acto particular sustentado en uno general viciado. En ella se expresó:

“ (Se) puede optar por uno de dos caminos: a) Impugnar el acto general, en ejercicio de la acción de nulidad, e independientemente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho respecto del particular. La viabilidad de ello, la muestra la posibilidad de solicitar la correspondiente prejudicialidad, a términos del numeral 2 del artículo 170 del C. de P.C., o b) la acción de nulidad y restablecimiento del derecho respecto de la providencia de carácter particular ‘y pidiendo la inaplicabilidad, como excepción para el caso, de la de carácter general’. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en jurisprudencia todavía vigente, ha prohijado la última posibilidad procesal, como consecuencia de no permitir que puedan ejercerse conjuntamente las acciones de nulidad y la de restablecimiento del derecho, antes llamada de plena jurisdicción (Anales XLI, num.s. 382-386, pag. 77, actor: Enrique López de la Pava y otros, diciembre de 1955”.

Como puede advertirse, la jurisprudencia no es pacífica en torno al tema, pues mientras hay pronunciamientos que señalan que contra los actos de contenido general con efectos particulares no procede la acción de nulidad y restablecimiento de derecho, sino sólo la prevista en el artículo 84 del C.C.A., hay otros que dicen que sí tiene cabida.

El texto del artículo 85 del C.C.A. no hace distinciones; prescribe que “Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad **del acto administrativo** (...)”, no se identifica si éste es de contenido general, particular o mixto. La situación refleja un problema de “móviles y finalidades” pero desde una óptica distinta. En efecto, las sentencias del 10 de agosto de 1961, la IJ-030 de 2003 y la C-426 de 2002, se han ocupado de estudiar la posibilidad de demandar actos de contenido particular por vía de la acción de nulidad. Aquí se plantea la viabilidad de impugnar actos de contenido general a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Con todo, como corresponde al Procurador Judicial adelantar el trámite conciliatorio y para ello debe tener certeza de la acción procedente, ante la presencia de un acto de contenido mixto se estima que se le debe dar paso al mecanismo alternativo de solución de conflictos, en la medida en que el artículo 85 del C.C.A. no limitó el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento a que el acto acusado fuera de contenido particular. El acto de contenido mixto perfectamente puede desconocer los derechos de los administrados. Piénsese en un Decreto que disminuya la asignación mensual de los servidores públicos; o en un Decreto que suprima empleos, por móviles políticos o arbitrarios. Por ello se considera que una posición más garantista da cabida a la conciliación extrajudicial en estos eventos.

4.- RESPUESTA

Dado que existe discrepancia jurisprudencial frente a la acción que procede cuando se está en presencia de actos de contenido mixto, una posición más garantista, que respeta el principio de acceso a la administración de justicia, da vía a la conciliación extrajudicial cuando se están discutiendo sus efectos de carácter particular y de contenido económico.

[1] Corte Constitucional, Sentencia C-893 de 2001.

[2] Ley 1285 de 2009, artículo 3°.

[3] Caivano Roque, J. *Arbitraje*. Vilella Editor, Buenos Aires, 200, p. 22, citado por el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 13 de agosto de 2009, Radicación No. 1952, M.P. Dr. Enrique José Arboleda Perdomo.

[4] Ley 446 de 1998, artículo 64. V. Corte Constitucional, Sentencia C-902 de 2008.

[5] Constitución Política, artículo 116, en concordancia con el inciso cuarto del artículo 3° y el artículo 6° de la Ley 1285.

[6] Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 2008.

[7] Ley 640 de 2001, artículo 3°, norma declarada exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-114 de 1999, en cuanto su contenido no corresponde a la reserva de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

[8] AAVV. *Conciliación y Arbitraje*, Universidad Nacional y otros, Bogotá, segunda edición, 2007, p. 21.

[9] Artículo 64, Ley 446 de 1998

[10] Ley 640 de 2001, Artículo 1°. *“Acta de conciliación. El acta del acuerdo conciliatorio deberá contener lo siguiente: 1. Lugar, fecha y hora de audiencia de conciliación. 2. Identificación del Conciliador. 3. Identificación de las personas citadas con señalamiento expreso de las que asisten a la audiencia. 4. Relación sucinta de las pretensiones motivo de la conciliación. 5. El acuerdo logrado por las partes con indicación de la cuantía, modo, tiempo y lugar de cumplimiento de las obligaciones pactadas. Parágrafo 1°. A las partes de la conciliación se les entregará copia auténtica del acta de conciliación con constancia de que se trata de primera copia que presta mérito ejecutivo. Parágrafo 2°. Las partes deberán asistir a la audiencia de conciliación y podrán hacerlo junto con su apoderado. Con todo, en aquellos eventos en los que el domicilio de alguna de las partes no esté en el Circuito Judicial del lugar donde se vaya a celebrar la audiencia o alguna de ellas se encuentre fuera del territorio nacional, la audiencia de conciliación podrá celebrarse por intermedio de apoderado debidamente facultado para conciliar, aún sin la asistencia de su representado. Parágrafo 3°. En materia de lo contencioso administrativo 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”.*

[11] Corte Constitucional, Sentencia C-1195 de 2001.

[12] Ley 640 de 2001, artículos 35 y 37.

[13] Ley 640 de 2001, artículo 42.

[14] Diario Oficial No. 44.729, de 04 de marzo de 2002.

[15] Constitución Política, artículo 241-8.

[16] Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 2008.

[17] Mediante el artículo 26 de la Ley 1285 se derogaron todas las normas contrarias.

[18] El cual a su vez derogó el Decreto 1214 de 2000 y los artículos 1 a 14 del Decreto Reglamentario 2511 de 1998, tal como se dispone en el artículo 30 del citado Decreto 1716 de 21009.

[19] Publicada en el Diario Oficial 47.570 del 21 de enero de 2009.

[20] Ley 1367 de 2009, artículo 1°.

[21] Cfr. Sentencia C-294/95.

[22] Cfr. Sentencia C-330 de 2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[23] Sentencia C-1436 de 2000. El citado fallo señala: “Esta doctrina del Consejo de Estado aún hoy, después de la expedición de la Constitución de 1991, y la inclusión en ella, del artículo 116, está plenamente vigente, pues no existe presupuesto constitucional alguno que permita afirmar que la decisión sobre la legalidad de los actos administrativos, y, específicamente, de aquellos que dicta la administración en uso de sus facultades excepcionales, esté librada al arbitrio de los particulares.”

[24] Autores clásicos del derecho rechazaron la intervención del Estado con el fin de hacer obligatoria la conciliación de los intereses privados, al entender que nadie debe ser más amante de la paz, del orden y de su patrimonio que su dueño mismo. Apoyado en este concepto BENTHAM reprobaba al Estado el entrometimiento en buscar la avenencia entre los particulares, porque en su parecer la conciliación envuelve para uno de los que transigen, una renuncia de parte de su derecho a favor de otro, y como el Estado no debe procurar transacciones en materia de justicia, sino que esta se cumpla en toda su extensión y sin sacrificio alguno, no puede prohijar un acto por el cual, si resulta conciliación, necesariamente ha de haber sacrificio de justicia por parte de uno de los litigantes.

[25] Ley 270 de 1996, “Artículo 1º. Administración de justicia. La administración de justicia es la parte de la función pública que cumple el Estado encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional.”

[26] Ver además el artículo 13 de la Ley 270 de 1996.

[27] Ley 446 de 1998, artículo 73 y Ley 640 de 2001, artículo 24.

[28] Ley 640 de 2001, Artículo 25.

[29] El artículo 25, inciso final, de la Ley 640 de 2001 dice: “Si agotada la oportunidad para aportar las pruebas según lo previsto en el inciso anterior, la parte requerida no ha aportado las solicitadas, se entenderá que no se logró el acuerdo.”

[30] Ley 446 de 1998, Artículo 74. Sanciones; Decreto 2511 de 1998, artículo 14. De las sanciones.

[31] La Ley 497 de 1999 dispone que las decisiones que profieran los jueces de paz deberán ser en equidad (art. 2º) y les atribuye competencia para realizar conciliaciones, pero claramente prevé que “no tendrán competencia para conocer de las acciones constitucionales y contencioso administrativas” (art. 9).

[32] Ley 640 de 2001, artículo 23.

[33] Ley 640 de 2001, artículo 3º.

[34] Corte Constitucional, Sentencia C-1195 de 2001.

[35] Corte Constitucional, Sentencia C-111 de 1999.

[36] Ley 1367 de 2009, artículos 2º y 4º.

[37] Ley 640 de 2001, artículo 24 y Decreto 1716 de 2009, artículo 12.

[38] Ley 446, art. 81, parágrafo 2º; Decreto 1716 de 2009, art. 2º, parágrafo 1º.

[39] Ley 446 artículo 73.

[40] Idem.

[41] Idem.

[42] Ley 640 de 2001, artículo 1º, parágrafo 3 y Decreto 1716 de 2009, artículo 5º.

[43] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, CONSEJERO PONENTE: MAURICIO FAJARDO GOMEZ, Sentencia del 4 de diciembre cuatro de 2006, RADICACIÓN: 850012331000019990423-01 (21.926), ACTOR: MUNICIPIO DE TAURAMENA, DEMANDADO: GUNDISALVO VEGA SANABRIA.

[44] Betancur Jaramillo, Carlos. *Derecho Procesal Administrativo*, Señal, Editora, Medellín, Séptima Edición, 2009, p. 159 y 161.

[45] Corte Constitucional, Sentencia C-983 de 2001.

[46] Corte Constitucional, Sentencia C-569 de 2004.

[47] C. C. A. Art. 135.

[48] Ley 393 de 1.997, art 8.

[49] Corte Constitucional, Sentencia C-1194 de 2.001.

[50] Corte Constitucional, Sentencia C-1195 de 2001.

[51] Ver entre otras la sentencia de la Corte Constitucional, T-006/92, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

- [52] Corte Constitucional, Sentencia C-1195 de 2001.
- [53] Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 2008.
- [54] En efecto, la decisión correspondiente es del siguiente tenor: “**Décimo cuarto:** Declarar **INEXEQUIBLE** el inciso segundo del artículo 13 del proyecto de ley estatutaria No. 023 de 2006 Senado y No. 286 de 2007 Cámara, “por la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia”, y **EXEQUIBLE** el resto del mismo artículo.”
- [55] Ley 640 del 2001, Artículo 2-1,
- [56] Ley 640 del 2001, artículo 2-2.
- [57] Decreto 1716 de 2009, artículo 9-6.
- [58] Ley 640 de 2001, artículo 20, inciso primero.
- [59] Artículo 121 del Código de Procedimiento Civil dispone que los términos de meses se contarán conforme al calendario. Así mismo el artículo 67 del Código Civil señala que el primero y último día de un plazo de meses “deberán tener un mismo número en los respectivos meses”, por consiguiente el plazo de un mes puede ser “de 28, 29, 30 o 31 días”.
- [60] Corte Constitucional, Sentencia C-084 de 1996.
- [61] Constitución Política, artículo 165 y Ley 5ª de 1992.
- [62] Constitución Política, artículo 189-10.
- [63] Ley 489 de 1998, artículo 119, literal b.
- [64] Ley 4 de 1913 artículo 52 inciso primero.
- [65] Como por ejemplo lo hizo el legislador en el artículo 42 transitorio de la Ley 640, respecto del requisito de procedibilidad previsto en su artículo 37.
- [66] Betancur Jaramillo, Carlos. *Derecho Procesal Administrativo*, Señal Editora, Cuarta Edición, Medellín, p.112.
- [67] Corte Constitucional, Sentencia C-619 de 2001.
- [68] Ley 640 de 2001, artículo 37 y Decreto Reglamentario 1716 de 2009, artículo 6, literales j y k.
- [69] Artículos 152 a 154.
- [70] Sobre la Suspensión Provisional como medida cautelar, puede consultarse la respuesta a la Pregunta 78.
- [71] Constitución Política, artículo 90.
- [72] Ley 678 de 2001, art. 25.
- [73] El artículo 27 de la Ley 678 de 2001 establece: “*El embargo de bienes no sujetos a registro se perfeccionará mediante su secuestro, el cual recaerá sobre los bienes que se denuncien como de propiedad del demandado.*”
- [74] El artículo 26 de la Ley 678 de 2001, prevé: “*La autoridad judicial que conozca de la acción de repetición o del llamamiento en garantía, antes de notificar la demanda o el auto que admita el llamamiento, debe oficiar a las autoridades competentes sobre la adopción de la medida, señalando las partes en conflicto, la clase de proceso y la identificación, matrícula y registro de los bienes.*
El registro de la demanda no pone los bienes fuera del comercio pero quien los adquiera con posterioridad estará sujeto a lo previsto en el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil. Si sobre aquellos se constituyen gravámenes reales o se limita el dominio, tales efectos se extenderán a los titulares de los derechos correspondientes.
En caso de que la sentencia de repetición o del llamamiento en garantía condene al funcionario, se dispondrá el registro del fallo y la cancelación de los registros de las transferencias de propiedad, gravámenes y limitaciones del dominio efectuados, después de la inscripción de la demanda.”
- [75] Ley 678 de 2001, artículos 23 y 24.
- [76] HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, página 721.
- [77] HINESTROSA, Fernando. “*Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 15 de marzo de 2002, página 722.
- [78] HINESTROSA, Fernando. “*Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 15 de marzo de 2002, página 723 y 724.
- [79] BONIVENTO FERNANDEZ, José Alejandro. *Los principales contratos civiles y comerciales*, Tomo II, Ediciones Librería del profesional, Bogotá, 2005, p. 111.
- [80] Idem., p. 112.
- [81] Idem.
- [82] Idem.
- [83] Idem..
- [84] Idem.

[85] Idem., p. 102.

[86] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 12 de diciembre de 1938, XLVII, p. p. 479-480; Casación Civil, Sentencia del 6 de junio de 1939, XLVIII, p. 268.

[87] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 6 de mayo de 1966.

[88] El artículo 15 del C.S.T dice: “*Es válida la transacción en los asuntos del trabajo, salvo cuando se trate de derechos ciertos e indiscutibles.*”

[89] HINESTROSA, Fernando. “*Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 15 de marzo de 2002, página 729.

[90] El artículo 2475 del C.C establece: “*No vale la transacción sobre derechos ajenos o sobre derechos que no existen.*”

[91] Código Civil, artículo 2438.

[92] BONIVENTO FERNANDEZ, José Alejandro. *Los principales contratos civiles y comerciales*, Tomo II, Ediciones Librería del profesional, Bogotá, 2005, p. 108.

[93] Idem.

[94] Idem.

[95] Código Civil, Libro IV denominado “*De las obligaciones en general y de los contratos*”.

[96] Código Civil, artículos 2469 a 2487.

[97] BONIVENTO FERNANDEZ, José Alejandro. *Los principales contratos civiles y comerciales*, Tomo II, Ediciones Librería del profesional, Bogotá, 2005, p. 113.

[98] Código Civil, artículos 1509 a 1512.

[99] BONIVENTO FERNANDEZ, op. Cit. p. 113.

[100] Código Civil, artículo 2483.

[101] Código Civil, artículo 2486.

[102] La Ley 80 de 1993, en su artículo 68 señala: “*Las entidades a que se refiere el artículo 2º del presente estatuto y los contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual.*

Para tal efecto, al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en esta ley y a la conciliación, amigable composición y transacción.”

[103] Tal como se infiere de la circunstancia de encontrarse el artículo en comentario dentro del Capítulo II del Título XXVI, denominado “*De los procesos relativos a contratos y de los de reparación directa y cumplimiento*”

[104] Sobre el particular puede consultarse el artículo 39 de la Ley 489 de 1998.

[105] Sección Tercera, Auto del 11 de octubre de 2006, RADICACION No.: 2500023260001998129601 (27285), actor: Alfonso Gutiérrez Romero, demandado Municipio de Gachalá.

[106] C.C. Art. 2.470.

[107] C.C. Art. 2.471.

[108] C.C.A. Art. 218 y C. de P. C. Art. 341.

[109] C.C. Art. 1.501.

[110] Ospina Fernández, Guillermo, *Régimen General de las obligaciones*, Ed. Temis, Bogotá, p. 524.

[111] C. de P. C. art. 340.

[112] Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 29 de Agosto de 2007, Expediente No 15305, M. P. Mauricio Fajardo Gómez.

[113] Así lo ha destacado la Corte Constitucional, Sentencias C-893 de 2001, M.P: Clara Inés Vargas y C-1195 de 2001, MP: Manuel José Cepeda y Marco Gerardo Monroy.

[114] En virtud de lo previsto en el artículo 13 de la ley 1285 de 2009.

[115] El Decreto 1716 de 2009 en su artículo 12 establece: “*El agente del Ministerio Público remitirá, dentro de los tres (3) días siguientes a la celebración de la correspondiente audiencia, el acta de conciliación, junto con el respectivo expediente al juez o corporación competente para su aprobación*”

[116] Decreto 1716 de 2009, artículo 13.

[117] Tal como se señala en el artículo 70 de la Ley 446 de 1998 y en el artículo 2 del Decreto Reglamentario 1716 de 2009.

[118] Tanto el artículo 70 de la ley 446 de 1998, como el artículo 2 del Decreto 1716 de 2009, al señalar los asuntos susceptibles de conciliación hacen referencia a las acciones contenidas dentro de los artículos pertinentes del C.C.A. Para el caso del artículo 86, en este se hace referencia a la acción de reparación directa en su inciso primero y de la acción de repetición en su inciso segundo. Además, por mandato expreso del

artículo 12 de la ley 678 de 2001, se autoriza la conciliación en la acción de repetición ya sea de oficio o a petición de parte.

[119] El artículo 677 del Decreto 1400 de 1970 señalaba: “*En los casos previstos en el inciso primero del artículo 663, podrán los interesados someter sus diferencias a amigables componedores; la declaración de éstos tienen valor contractual entre aquéllos; pero no producirá efectos de laudo arbitral*”, con la modificación introducida mediante Decreto 2019 de 1970, por el cual se hicieron modificaciones y correcciones al C.P.C.

[120] La citada norma fue derogada por el artículo 55 del Decreto 2279 de 1989.

[121] Artículo 51 del Decreto 2279 de 1989.

[122] El artículo 52 del Decreto 2279 de 1984, disponía :

“*La expresión de la voluntad de someterse a la amigable composición, se consignará por escrito que deberá contener:*

1. *El nombre, domicilio y dirección de las partes.*
2. *Las cuestiones objeto de la amigable composición.*
3. *El nombre o nombres de los amigables componedores cuando las partes no haya deferido su designación a un tercero.*
4. *El término para cumplir el encargo, que no podrá exceder de treinta (30) días”.*

[123] Ley 446, artículo 167.

[124] El contenido de estas normas se compiló en el Decreto 1818 de 1998, artículos 223, 224 y 225.

[125] Corte Constitucional, Sentencia SU-091-00.

[126] Corte Constitucional, Sentencia T-017 de 2005.

[127] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 6 de febrero de 1998, Radicación No. 11477, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández.

[128] Decreto 1818 de 1998, art. 224 y Código Civil, art. 2483.

[129] Corte Constitucional, Sentencia T-017 de 2005.

[130] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en sentencia del 6 de febrero de 1998, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández.

[131] La Corte Constitucional en la Sentencia SU-091 de 2000, dijo al respecto: “*la actividad de los amigables componedores surge del acuerdo de voluntades de las partes en un contrato donde se obligan recíprocamente y que autónomamente pueden determinar mecanismos de autocomposición de las controversias que se susciten con ocasión del contrato*”.

[132] Corte Constitucional, Sentencia T-017 de 2005.

[133] Ley 446 de 1998, artículo 132.

[134] Tal como lo señala el artículo 131 de la Ley 446 de 1998.

[135] Atendiendo lo establecido por el artículo 2483 del Código Civil.

[136] Corte Constitucional, Sentencia SU-091 de 2000.

[137] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 13 de Agosto de 2009, Rad. 1952, C.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

[138] Publicada en el Diario Oficial No. 43.335, de 8 de julio de 1998.

[139] Ley 446 de 1998, artículo 167.

[140] Artículo 130 de la ley 446 de 1998.

[141] V. Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 16 de marzo de 2000, Rad. 1246, C.P: Luís Camilo Osorio Isaza. En el mismo sentido, Rafael H. Gamboa Serrano comenta que “*La única restricción que se tiene es que el Estado no puede acudir a la amigable composición, pues ella está prevista para conflictos entre particulares*”. Revista Universitas, Bogotá. No. 110. Pág. 551-552.

[142] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 13 de Agosto de 2009, Rad. 1952, C.P: Enrique José Arboleda Perdomo.

[143] Sobre este aspecto se puede consultar la Sentencia C-259 de 2008, de la Corte Constitucional.

[144] Publicada en el Diario Oficial No. 46.506 del 9 de enero de 2007.

[145] En concordancia con la norma transcrita, el literal d del artículo 40 de la Ley 1122 de 2007 prevé como función de la Superintendencia Nacional de Salud, la de “*Introducir mecanismos de autorregulación y **solución alternativa de conflictos** en el Sistema General de Seguridad Social en Salud*”.

[146] Decreto 1018 de 2007, artículo 7-7.

[147] Decreto 1018 de 2007, artículo 22-2.

[148] Publicado en el Diario Oficial., Año CXLII. N. 46586, del 30 de Marzo 2007.

[149] Decreto 1018 de 2007, artículo 4°.

[150] OFI08-9590-DJN-0800 de 14 de abril de 2008.

[151] Corte Constitucional, Sentencia C-902 de 2008, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[152] Concepto No. 4543, presentado en el Expediente No. D-7216, demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 38 (parcial) de la Ley 1122 de 2007. “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”, Actor: CARMEN ELISA SALAZAR VELÁSQUEZ, Magistrado Ponente: NILSON E. PINILLA PINILLA.

[153] Decreto 075 de 2010, artículo 2°.

[154] Decreto 075 de 2010, artículos 5°, 7° y 9°.

[155] Revista *Procurando*, No. 41 de febrero de 2006, Procuraduría General de la Nación, p. 325.

[156] Revelo Alfredo, *La conciliación en materia privada y su desarrollo*, en Temas estructurales en torno al arbitraje, la conciliación y la negociación, Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, p. 231.

[157] *Idem*, p.p. 232-233.

[158] Tal como estableció la Ley 1107 de 2006, al modificar el objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, previsto en el artículo 82 del C.C.A.

[159] Corte Constitucional, Sentencia C-1195 de 2001.

[160] Al respecto la doctrina nacional sostiene: “Y no es descabellado la ocurrencia de la conciliación en los eventos de las acciones de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, pues en este tipo de acciones se ventila, evidentemente, una situación particular de contenido patrimonial, donde el afectado busca el restablecimiento de su situación particular susceptible de evaluación patrimonial. El motivo que lo induce a formular la pretensión es un fin patrimonial, individual y subjetivo. Este interés es el que se negocia y no la legalidad del acto”. Juan Ángel Palacio Hincapié, *Derecho Procesal Administrativo*. Bogotá, Librería Jurídica, 3ª edición, 2002, p.639.

[161] Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 2008.

[162] Más adelante, en preguntas relacionadas con la impugnación de actos administrativos de contenido mixto, se harán precisiones sobre algunos puntos que han generado controversia.

[163] Por ejemplo, en el evento en que se controvierta el acto administrativo por el cual se impone una sanción de amonestación o una destitución cuando el servidor público ya está por fuera del servicio.

[164] Decreto 1716 de 2009, artículo 2°, parágrafo 1°.

Se resalta que el parágrafo 1° del artículo 59 de la Ley 23 de 1991, dispone que en los procesos ejecutivos de que trata el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, la procede la conciliación judicial, siempre que “*se hayan propuesto excepciones de mérito*”.

El artículo 75 de la Ley 80 de 1993, establece que “*el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los **procesos de ejecución** o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa.*” Sobre el particular, la Corte Constitucional en Sentencia C-388 de 1996 sostuvo: “*Los procesos de ejecución son aquellos que se adelantan con el fin de hacer efectivos coercitivamente derechos reconocidos, cuando su existencia es cierta e indiscutible, lo cual se realiza mediante la intervención de un juez que obliga al deudor a cumplir la prestación a su cargo o, en su defecto, a indemnizar los perjuicios patrimoniales que su incumplimiento ocasionó. Dicho proceso se inicia sobre la base de un título ejecutivo, que según el Código de Procedimiento Civil (arts. 488 y ss) es aquél que contiene una obligación clara, expresa y exigible, que proviene del deudor o de su causante o de una providencia judicial y que constituye plena prueba contra el deudor.*”

La mayoría de los doctrinantes define los procesos de ejecución como aquellos procedimientos regidos por la ley a través de los cuales se busca hacer efectivas obligaciones que se encuentran determinadas en un título ejecutivo. En esta clase de procesos no se discute un derecho dudoso o controvertido, sino se pretende hacer efectivo un derecho existente contenido en un título u otro instrumento eficaz amparado por la presunción de que el derecho del demandante es legítimo, como por ejemplo: una sentencia judicial, un contrato, un laudo arbitral.

(...) Así las cosas, no le cabe duda a la Corte de que cuando el legislador en la disposición que es objeto de impugnación parcial, utilizó la expresión “procesos de ejecución” ineludiblemente se refirió a éstos como sinónimo de los procesos ejecutivos, tal y como se encuentran regulados en nuestro estatuto procesal civil.”

[165] Ley 1285 de 2008, artículo 4°, literal c, destacando que mediante Sentencia C-713 de 2008, la respectiva norma contenida en el proyecto de ley estatutaria No. 023 de 2006 Senado y No. 286 de 2007 Cámara, “*por la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia*”, fue declarada exequible, “*en el entendido de que también integran la jurisdicción constitucional los jueces y corporaciones que deban proferir las decisiones de tutela o resolver acciones o recursos previstos para la aplicación de los derechos constitucionales.*”

[166] Ley 472 de 1998, artículo 50 inciso primero, destacando que dicho artículo señala, además, que de los demás procesos que se susciten con ocasión del ejercicio de las acciones de grupo, conocerá la jurisdicción civil ordinaria.

[167] En efecto, el artículo 61 de la Ley 472 establece:

“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.

En la diligencia podrá participar el Defensor del Pueblo o su delegado, para servir de mediador y facilitar el acuerdo; si el Defensor hubiere presentado la demanda, dicha función corresponderá al Procurador General de la Nación o su delegado, quien obrará con plena autonomía. En la audiencia también podrán intervenir los apoderados de las partes.

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.

El juez ordenará la publicación del acuerdo de conciliación en un medio de comunicación de amplia circulación nacional.”

[168] Ley 270 de 1996 Art. 1°.

[169] C. P. Art. 229.

[170] C. P. Art. 89.

[171] C.C.A., artículo 82, modificado por la Ley 1107.

[172] Corte Constitucional, Sentencia C-781 de 1999.

[173] Corte Constitucional, Sentencia C-781 de 1999.

[174] Corte Constitucional Sentencia C-574 de 1998.

[175] En el mismo sentido, el parágrafo 1 del artículo 2 del Decreto 1716 de 2009, según el cual no son susceptibles de conciliación extrajudicial en materia contencioso administrativa, los asuntos en los cuales la correspondiente acción haya caducado.

[176] Decreto 1716 de 2009, artículo 3°.

[177] Decreto 1716 de 2009, artículo 3°.

[178] BETANCUR JARAMILLO, Carlos. *“Derecho Procesal Administrativo”*, Señal Editora, Medellín, 2009, pág. 208 y 209.

[179] Decreto 1716 de 2009, artículo 2, parágrafo 3°.

[180] Decreto 1716 de 2009, artículo 6, literal j.

[181] Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), *“Colección Reformas en la Rama Judicial. Propuestas para un orden diferente”*, Tomo V, GTZ, Bogotá, agosto de 2008, página 69.

[182] Caivano Roque, J. *Arbitraje*. Villela Editor, Buenos Aires, 200, p. 22, citado por el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 13 de agosto de 2009, Radicación No. 1952, M.P. Dr. Enrique José Arboleda Perdomo.

[183] En cuanto al contenido de los tributos aduaneros, el Consejo de Estado, en Sentencia del 27 de Septiembre de 2007, Consejero Ponente: María Inés Ortíz Barbosa, No de Radicación 15557, expresó lo siguiente: *“Ahora bien, los tributos aduaneros conforme a las definiciones del artículo 1 del Decreto 2685 de 1999 comprenden los derechos de aduana y el impuesto sobre las ventas. Y derechos de aduana son todos los derechos, impuestos, contribuciones, tasas y gravámenes de cualquier clases, los derechos antidumping o compensatorios y todo pago que se fije o se exija, directa o indirectamente por la importación de mercancías al territorio aduanero nacional o en relación con dicha importación, lo mismo que toda clase de derechos de timbre o gravámenes que se exijan o se tasan respecto a los documentos requeridos para la importación o, que en cualquier otra forma, tuvieren relación con la misma. Dentro de esa definición no se encuentran el impuesto sobre las ventas, ni los impuestos al consumo acusados con la importación, las sanciones, las multas y los recargos al precio de los servicios prestados”*.

[184] Al respecto, en la Sentencia C-511 de 1996 se señaló: *“...el derecho tributario no sólo regula aquellas materias relativas a la obligación tributaria propiamente dicha - sujetos, hechos generadores, bases gravables, etc.-. Esta rama del derecho se ocupa también de regular las conductas que infringen el deber de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado, las sanciones que éstas implican y las formas de extinguir la responsabilidad fiscal, no sólo en cabeza del contribuyente, sino del tercero mediato en la relación tributaria, como los contadores, administradores y revisores fiscales. En este sentido, puede afirmarse que el llamado*

“derecho penal tributario”, pertenece tanto al derecho penal - ordinario o administrativo - en cuanto se refiere a la aplicación de las garantías y exigencias propias de esta rama del derecho, como al derecho tributario, en la medida en que el bien jurídico tutelado no es otro que la hacienda pública. En consecuencia, la regulación de la obligación tributaria principal, de las accesorias y de los deberes de los terceros en la relación tributaria, tanto en cuanto se refiere a las obligaciones y deberes en sí mismos considerados, como a las infracciones y sanciones respectivas, pertenece al derecho tributario, no obstante la virtual aplicación de las garantías y exigencias propias de otras ramas del derecho.”

[185] La Ley 1328 fue publicada en el Diario Oficial No. 47.411 de 15 de julio de 2009.

[186] ZORNOSA PEREZ Juan José, MUÑOZ MARTINEZ Gabriel, “Curso de Derecho Fiscal”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, julio de 2007, página 699.

[187] ZORNOSA PEREZ Juan José, MUÑOZ MARTINEZ Gabriel, “Curso de Derecho Fiscal”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, julio de 2007, página 699.

[188] El contenido del artículo es el siguiente: “Los contribuyentes o responsables de los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, incluidos los agentes de retención, que no cancelen oportunamente los impuestos y retenciones a su cargo, deberán liquidar y pagar intereses moratorios, por cada día calendario de retardo en el pago.

Los mayores valores de impuestos, anticipos o retenciones, determinados por la Administración de Impuestos en las liquidaciones oficiales, causarán intereses de mora, a partir del vencimiento del término en que debieron haberse cancelado por el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, de acuerdo con los plazos del respectivo año o período gravable al que se refiera la liquidación oficial.”

[189] Pues hace parte del Título III del Estatuto Tributario, que regula lo relativo a las sanciones.

[190] HINESTROSA, Fernando. “Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, página 165.

[191] Corte Constitucional, Sentencia C-231 de 2003.

[192] Tal como lo señalo en la Sentencia del 29 de mayo de 2008, No de Radicación. 52001-23-31-000-2001-00012-01, Consejero Ponente: Héctor Dimas Bastidas Torres y otros.

En el mismo sentido se puede consultar la Sentencia del 23 de mayo de 2003, Expediente No. 7169, Consejero Ponente: Camilo Arciniegas Andrade y la Sentencia del 25 de junio de 2004, Expediente No. 2000-00811, Consejero Ponente: Rafael E. Ostau de Lafont P.

[193] De conformidad con el artículo 6 de la Circular Externa 08 de 2000, expedida por la Junta Directiva del Banco de la República, “Por el cual se compendia el régimen de cambios internacionales”.

[194] Artículo 7 de la Circular Externa 08 de 2000, expedida por la Junta Directiva del Banco de la República.

[195] Como se puede dispone en el artículo 3 del Decreto 1092 de 1996.

[196] “Las regalías son ingresos públicos pero no tienen naturaleza tributaria, pues no son imposiciones del Estado sino contraprestaciones que el particular debe pagar por la obtención de un derecho, a saber, la posibilidad de explotar un recurso natural no renovable”. Sentencia C-221/97 MP Alejandro Martínez Caballero, sobre el régimen de regalías por la explotación de piedra, arena y cascajo.

[197] C-149/97 MP Antonio Barrera Carbonell, que declaró inexecutable el artículo 237 de la ley 333/95, porque la norma regulaba aspectos de la explotación de loterías, y por tanto no hacía parte de la materia tributaria sino de un monopolio rentístico que tiene un régimen propio.

[198] Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, vigésima primera edición, Madrid, 1992.

[199] Código Sustantivo del Trabajo, artículo 142.

[200] Código Sustantivo del Trabajo, artículo 340.

[201] Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 03/10/2008, Exp. 34373, PONENTE: Luís Javier Osorio López, PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia, DEMANDANTE: Alfonso Duarte Camargo, DEMANDADO: Banco de Colombia S.A.

[202] Palacio Hincapié, Juan Angel. *Derecho Procesal Administrativo*, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 3ª edición, 2002, Medellín, p. 642. Idéntico texto aparece en la obra del mismo autor titulada *La Conciliación en materia Contencioso Administrativa*, Librería Jurídica Sánchez, primera edición, Medellín, 2001, p. 68.

En idéntico sentido, en el *Manual de Conciliación*, publicado por la Procuraduría Delegada para Asuntos Civiles, se dice respecto de los derechos ciertos e indiscutibles, que con “aquellos que ya han ingresado al patrimonio de una de las partes y respecto de los cuales hay plena certeza”, (Procuraduría General de la Nación, Bogotá, 2005, p. 48, nota de pie de página No. 35).

[203] Junco Vargas, José Roberto. *La conciliación*, Ed. Temis, quinta edición, 2007, Bogotá D.C., p. 269.

- [204] Campos Rivera, Domingo, *Derecho Laboral*, Ed. Temis, Bogotá, Séptima Edición, 2003, págs. 190-191.
- [205] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A", Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON, septiembre 1° de 2009, Radicación número: 11001-03-15-000-2009-00817-00(AC), Actor: ISMAEL ENRIQUE MOLINA GUZMAN, Demandado: JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DE IBAGUE Y OTRO.
- [206] Junco Vargas, José Roberto. *La conciliación*, Ed. Temis, quinta edición, 2007, Bogotá D.C., p. 269.
- [207] TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA, SALA LABORAL, MAGISTRADO PONENTE: JORGE E. PINEDA PINEDA, Proceso Ordinario No. 2005-250.
- [208] Integrada por los Magistrados Humberto Antonio Sierra Porto, Juan Carlos Henao Pérez y Jorge Iván Palacio Palacio
- [209] En el mismo sentido, sentencia T-326 de 2007 y C-336 de 2008, entre otras.
- [210] Al respecto ver las sentencias T-971 de 2005, T-043 de 2005, T-630 de 2006, T-168 de 2007 y T-593 de 2007, entre otras.
- [211] Ver sentencia T-202 de 1997.
- [212] Ver sentencia T-524 de 2002.
- [213] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A”, CONSEJERO PONENTE: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, Sentencia del 28 de septiembre de 2009, Radicación No. 11001-03-15-000-2009-00841-00, Actor: Zeyda Garzón Larrahondo, Accionado: Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y otro, Acción de tutela – Fallo.
- [214] Ministerio del Interior y de Justicia y Universidad Nacional de Colombia, *Guía de la Conciliación en Laboral*, Bogotá, 2007, p.30.
- [215] Ministerio del Interior y de Justicia y Universidad Nacional de Colombia, *Guía de la Conciliación en Laboral*, Bogotá, 2007, p.31.
- [216] Idem.
- [217] Idem.
- [218] En similar sentido se pronuncia el artículo 2° del Decreto 1716 de 2009.
- [219] Al respecto, se puede consultar la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 26 de marzo de 2007, Radicación No. 25619, Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.
- [220] El texto del artículo 82 del C.C.A, tras la modificación de la Ley 1107 de 2006, resulta ser el siguiente: “*La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios **originados en la actividad de las entidades públicas** incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley. Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno. La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional.*”
- [221] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 7 de junio de 2007, Radicación No. 32896, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Sobre este mismo aspecto, se puede consultar el Concepto del 19 de junio de 2008, de la Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejeros Ponentes: Enrique José Arboleda y Fernando Álvarez Jaramillo, Radicación No. 1865.
- [222] RODRIGUEZ, Libardo. “*Derecho Administrativo. General y Colombiano*”, Temis, Bogotá, 2005, p. 45.
- [223] Sobre la responsabilidad estatal por las actuaciones de los agentes diplomáticos extranjeros que gozan de inmunidad, puede consultarse la sentencia IJ-01 de 1998 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.
- [224] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, 16 de Septiembre de 1999, Radicación No. AC-8166, Consejero Ponente: Juan Alberto Polo Figueroa.
- [225] Con respecto al perjuicio irremediable, la Corte Constitucional en la Sentencia T-600 de 2002, expresó lo siguiente: “ (...) *en múltiples oportunidades esta Corporación ha indicado que el único perjuicio que habilita la procedencia transitoria de la acción de tutela es aquel que cumple las siguientes condiciones: (1) se produce*

de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental; (2) de ocurrir no existiría forma de reparar el daño producido; (3) su ocurrencia es inminente; (4) resulta urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en la que se encuentra; y, (5) la gravedad de los hechos, es de tal magnitud que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales”

[226] Corte Constitucional, Sentencia T-771 de 2004.

[227] Así lo estableció el artículo 8 del Decreto 2591 de 1991.

[228] Sobre este aspecto se ha pronunciado la Corte Constitucional en las Sentencias T-03/92, T-057/99, T-815/00, T-021/05.

[229] Corte Constitucional, Sentencia T-796 de 2006.

[230] Corte Constitucional Sentencia T-796 de 2006.

[231] Corte Constitucional, Sentencia T-468 de 1999.

[232] De conformidad con el artículo 8 del Decreto 2591 de 1991.

[233] Corte Constitucional, Sentencia SU-975 de 2003.

[234] Corte Constitucional, Sentencias T- 179 y 536 de 2003.

[235] Corte Constitucional, Sentencia T-199 de 2007.

[236] Corte Constitucional, Sentencia T-796 de 2006.

[237] Corte Constitucional, Sentencia T-1048 de 2008.

[238] Corte Constitucional, Sentencias T-255 y T-1017 de 2007.

[239] Corte Constitucional, Sentencia T-1048 de 2008.

[240] Corte Constitucional, Sentencia T-1048 de 2008.

[241] Corte Constitucional, Sentencia T-600 de 2002. En el mismo sentido, pueden consultarse las siguientes sentencias emitidas por dicha Corporación: C-359 de 2006, T-771 de 2004 y SU 086 de 1999.

[242] Corte Constitucional, Sentencia T-098 de 1998.

[243] Corte Constitucional, Sentencia T-098 de 1998.

[244] Este término se infiere del inciso 1 del artículo 20 e inciso 3 del artículo 35 de la Ley 640 de 2001 y del artículo 3 del Decreto 1716 de 2009.

[245] Corte Constitucional, Sentencia C-549 de 1993.

[246] A. Valencia Zea. *Derecho Civil*. Tomo I. Bogotá, Temis, 1989. p. 184.

[247] *ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA*. Voz Irretroactividad. Tomo XVI. Buenos Aires. Editorial Bibliográfica Argentina, 1962. p. 881.

[248] Esta norma prevé: “*La ausencia del requisito de procedibilidad de que trata esta ley, dará lugar al rechazo de plano de la demanda*”.

[249] Corte Constitucional, Sentencia C-619 de 2001.

[250] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A”, CONSEJERO PONENTE: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, providencia del 28 de septiembre de 2009, Radicación No. 11001-03-15-000-2009-00841-00, Actor: Zeyda Garzón Larrahondo, Accionado: Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y otro, Acción de tutela – Fallo.

[251] Para la presente repuesta se han tomado elementos de un documento inédito que sobre el particular elaboró la doctora Luz Esperanza Forero de Silva, en su calidad de Procuradora Administrativa Quinta Judicial II.

[252] Sobre el contenido y alcance del derecho de Acceso a la Administración de Justicia, la Corte Constitucional, en Sentencia C-1195 de 2001, expresó:

“La Constitución se preocupó tanto por el fortalecimiento y la eficacia de la justicia, como por el acceso a ella. Así, en cuanto a la justicia formal, la Carta consagró el derecho a acceder a la justicia (artículo 229), estableció mecanismos como la tutela (artículo 86), la acción de cumplimiento (artículo 87), las acciones populares y las acciones de clase (artículo 88) y, además, dejó en manos del legislador la posibilidad de crear los demás recursos, acciones y procedimientos necesarios para garantizar la integridad del orden jurídico y la protección de los derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas (artículo 89). Adicionalmente, autorizó de manera excepcional que las autoridades administrativas administren justicia (artículo 116, inciso 3), pero también se preocupó el constituyente por

garantizar el acceso a la justicia a través de la propia organización de la administración de justicia y, así, encargó al Consejo Superior de la Judicatura (artículo 257) la función de ubicar y redistribuir los despachos judiciales, crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos en la administración de justicia y proponer proyectos de ley en la materia, así como códigos sustantivos y de procedimiento.

En materia de justicia no formal, el Estatuto Superior autorizó la participación transitoria de los particulares en la administración de justicia como árbitros o conciliadores (artículo 116, inciso 4) y como jueces de paz (artículo 247).

A lo anterior se suma el establecimiento de figuras de orden legal como la conciliación en equidad, la mediación y la amigable composición, las cuales han ampliado el conjunto de instrumentos diseñados para la solución pacífica de los conflictos y flexibilizado el funcionamiento de la administración de justicia.”

[253] Sentencias C-1195 de 2001.

[254] Corte Constitucional, Sentencia C-242 de 1997.

[255] Se siguen aquí los criterios trazados por la Corte Constitucional en las Sentencias C-330 de 2000 y C-1038 de 2002, entre otras.

[256] Corte Constitucional Sentencia C-294 de 1995 M.P. Jorge Arango Mejía

[257] Corte Constitucional Sentencia C-1038 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[258] Corte Constitucional Sentencia C-163 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Posición reiterada, entre otras, en las Sentencias C-1038 de 2002, MP. Eduardo Montealegre Lynett y C-961 de 2006, MP. Rodrigo Escobar Gil.

[259] Corte Constitucional Sentencia T-057 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[260] Corte Constitucional, Sentencia C-060 de 2001, MP. Carlos Gaviria Díaz.

[261] Corte Constitucional, Sentencia C-330 de 2000, MP. Carlos Gaviria Díaz.

[262] Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 2008.

[263] López Blanco, Hernán Fabio. *Instituciones del Derecho Procesal Civil Colombiano*, Tomo I, Parte General, Séptima edición, Ed. Dupré Editoras, Bogotá, 1997, p. 454.

[264] “Para todos los efectos legales se tendrá en cuenta la presentación inicial hecha ante la Corporación o juzgado que ordena la remisión.”

[265] Tratándose de conflictos de carácter particular y contenido económico previstos en los artículos 85, 86 y 87 del C.C.A.

[266] En ese sentido se pronunció el Consejo de Estado, en el Auto del 25 de noviembre de 2009, exp. 37.555, M.P. Enrique Gil Botero.

[267] C.C.A., artículo 180.

[268] En el mismo sentido, el parágrafo 1 del artículo 2 del Decreto 1716 de 2009.

[269] Ley 446 de 1998, artículo 64.

[270] Decreto 1716 de 2009, artículo 3°.

[271] Decreto 1716 de 2009, artículo 3 literal b.

[272] C.C.A., art. 84.

[273] Constitución Política, art. 29.

[274] Corte Constitucional, Sentencia T-653 de 2006.

[275] Al respecto se puede consultar: O’Donnell Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Bogotá: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004, pp. 360-367. El autor cita varios casos en los cuales la Corte Interamericana de Derechos Humanos protegió el derecho al debido proceso en procedimientos administrativos referentes a decisiones tomadas por directivos administrativos y no por tribunales de dicha índole, sin audiencia alguna.

[276] La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Ivcher Bronstein, señaló que las garantías mínimas del debido proceso que tienen aplicación en materia penal, tienen plena aplicabilidad a los procedimientos administrativos y, en este caso específico, se refirió a las actuaciones de la dirección general de migraciones y naturalizaciones. Indicó así esta Corte: “(...) las garantías mínimas establecidas en el numeral 2 del mismo precepto [artículo 8] se aplican también a esos órdenes y, por ende, en éstos el individuo tiene derecho al debido proceso en los términos reconocidos para la materia penal, en cuanto sea aplicable al procedimiento respectivo. // (...) Atendiendo a lo anterior, la Corte estima que tanto los órganos jurisdiccionales como los de otro carácter que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana” (Corte Interamericana, caso Ivcher Bronstein, párrs. 103 – 104 (2001).

[277] En las sentencias C-406 de 1996, C-251 de 1997, T-568 de 1999, C-010 de 2000, T-1319 de 2001, C-671 de 2002, T-558 de 2003 y T-786 de 2003, entre otras, la Corte Constitucional ha destacado que la jurisprudencia de las instancias internacionales de derechos humanos constituye una pauta relevante para interpretar el alcance de los tratados sobre derechos humanos y, por ende, de los propios derechos constitucionales.

[278] Corte Constitucional, sentencia C-1189 de 2005.

[279] C.C.A., artículo 14.

[280] C.C.A., artículo 35.

[281] *Idem*.

[282] C.C.A., artículo 50, cuyo inciso final es del siguiente tenor: “*Son actos definitivos, que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; los actos de trámite pondrán fin a una actuación cuando hagan imposible continuarla.*”

[283] Es pertinente hacer referencia a varios casos en los cuales la jurisprudencia no es pacífica respecto de la acción que debe incoarse. Por ejemplo: en asuntos en donde se discute la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de la relación laboral (art. 53 de la Constitución Política), derivados de la suscripción de contratos de prestación de servicios, la jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, sentencia IJ-039 de 2003, con ponencia del doctor Nicolas Pájaro Peñaranda, parecería dar a entender que la acción procedente es la acción contractual, contenida en el artículo 87 del C.C.A., en tanto que la jurisprudencia reciente de la Sección Segunda establece que es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Igual ocurre con el caso del acto administrativo, que aparentemente es válido, y que se ejecuta sin haberlo puesto en conocimiento del interesado, pues hay controversia si lo que procede allí es la acción de reparación directa, al incurrir la administración en una vía de hecho, o una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por estarse frente a un acto administrativo. Otro caso se presenta con referencia a la impugnación de actos de contenido mixto, es decir aquéllos que siendo generales, producen efectos singulares, particulares y concretos, como los relacionados con la supresión de empleos, la exploración y explotación de yacimientos mineros, el pliego de condiciones, la fijación del régimen salarial de los empleados públicos, la fijación de precios, la zonificación de un área urbana, la convocatoria a un concurso y la creación de una contribución. Frente a estos eventos no ha sido constante y uniforme la jurisprudencia, en relación si sólo procede la acción de nulidad, o también la de nulidad y restablecimiento del derecho.

[284] C.P.C., artículo 348, aplicable por remisión del artículo 267 del C.C.A.

[285] Artículo 6 literal k) del Decreto 1716 de 2.009.

[286] El artículo 1° del C.C.A., establece:

“**CAMPO DE APLICACION.** Las normas de esta parte primera del código se aplicarán a los órganos, corporaciones y dependencias de las ramas del Poder Público en todos los órdenes, a las entidades descentralizadas, a la **Procuraduría General de la Nación y Ministerio Público**, a la Contraloría General de la República y contralorías regionales, a la Corte Electoral y a la Registraduría Nacional del Estado Civil, así como a las entidades privadas, cuando unos y otras cumplan funciones administrativas. Para los efectos de este Código, a todos ellos se les dará el nombre genérico de “**autoridades**.”

[287] El artículo 23 de la Constitución Política establece que “*Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales.*”

[288] En la Sentencia T-1089 de 2001, la Corte Constitucional señaló que “*el derecho de petición es fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa. Además, porque mediante él se garantizan otros derechos constitucionales, como los derechos a la información, a la participación política y a la libertad de expresión*”

[289] Corte Constitucional, Sentencia C-756 de 2008.

- [290] Corte Constitucional, Sentencia T-353 de 2000.
- [291] Decreto 1716 de 2009, artículo 5 y Ley 640 de 2001, artículo 1 parágrafo 3.
- [292] Decreto 1716 de 2009, artículo 5.
- [293] Corte Constitucional, Sentencia T- 1160A de 2001.
- [294] Al respecto, en la Sentencia T-473 de 1992, se señaló que *“El único límite que impone la Constitución para no poder ser titular del derecho de obtener pronta resolución a las peticiones, es que la petición se haya formulado de manera irrespetuosa.”*
- [295] La Corte Constitucional, en la Sentencia T-473 de 1992 estableció que *“la petición irrespetuosa exige a las autoridades de resolver prontamente. En cualquier otro caso, es obligación de ellas actuar con prontitud, dentro de los términos que la ley establezca.”*
- [296] Decreto 1716 de 2009, artículo 18.
- [297] Corte Constitucional, Sentencia T-1160ª de 2001.
- [298] Corte Constitucional, Sentencia T-700 de 1996.
- [299] Constitución Política, artículo 23.
- [300] Corte Constitucional, Sentencia T-766 de 2002.
- [301] Corte Constitucional, Sentencia C-214 de 1994.
- [302] Corte Constitucional, Sentencia C-818 de 2005.
- [303] Tal como lo señala el artículo 31 del Código Contencioso Administrativo.
- [304] Corte Constitucional, T-1160ª de 2001.
- [305] Código Contencioso Administrativo, artículo 7.
- [306] Código Contencioso Administrativo, artículo 76 numeral 1.
- [307] Código Único Disciplinario, artículo 34 numeral 38.
- [308] Código Único Disciplinario, artículo 35 numeral 8
- [309] El artículo 34 del Código Disciplinario Unico establece los deberes que debe cumplir todo funcionario público, en cuyo numeral 1 se le establece el deber de cumplir con los deberes establecidos en la Constitución. Por la tanto el desconocer el derecho de petición (artículo 23 C.P) implica el desconocimiento de uno de los deberes de todo servidor público.
- [310] Así mismo, el numeral 1 del artículo 34 del Código Disciplinario, establece el deber de cumplir los deberes establecidos en la ley a los servidores públicos, entre los que se encuentran los del Código Contencioso Administrativo con respecto al eficaz cumplimiento del derecho de petición (artículos 6, 31 y 76).
- [311] Código Disciplinario, artículo 34 numeral 38.
- [312] Código Disciplinario, artículo 35
- [313] El artículo 23 del Código Disciplinario establece: *“Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el Artículo 28 del presente ordenamiento”.*
- [314] El numeral 49 del artículo 48 del Código Único Disciplinario establece que serán consideradas como faltas gravísimas *“Las demás conductas que en la Constitución o en la ley hayan sido previstas con sanción de remoción o destitución, o como causales de mala conducta”.*
- [315] La Corte Constitucional en la Sentencia C-242 de 1997 reconoce el acceso a la administración de justicia como un derecho fundamental, al señalar: *“Lo que no se ajusta al ordenamiento constitucional, es el carácter imperativo y genérico establecido en la norma acusada que restringe en forma absoluta el derecho fundamental de los asociados para acceder a la administración de justicia, en la forma garantizada por el artículo 229 de la Carta Política”*
- [316] Ley 1285 de 2009, artículo 13.
- [317] Código Disciplinario Unico, literal h del artículo 47.
- [318] El inciso primero del artículo 6 del Decreto 1716 de 2009, se establece el deber de presentar la solicitud de conciliación ante el Agente del Ministerio Público correspondiente.
- [319] Por su parte, el literal k del artículo 6 del Decreto 1716 de 2009, señala como uno de los requisitos de la Solicitud el anexar copia de la petición previamente enviada al convocado, por lo que de allí se infiere el deber de poner en conocimiento del convocado la solicitud de conciliación extrajudicial con anticipación.
- [320] Atendiendo a lo establecido en el artículo 180 del Decreto 262 de 2000, *“Son agentes del Ministerio Público, el Viceprocurador General, los procuradores delegados, los procuradores judiciales y los personeros distritales y municipales.”*, sin embargo, no todos estos funcionarios tienen dentro de su funciones la realización

de las conciliaciones extrajudiciales en materia contencioso administrativa, siendo entonces exclusivo de los procuradores delegados ante el Consejo de Estado y los procuradores judiciales ante los juzgados y tribunales administrativos.

[321] Tal como le establece el literal a) del artículo 6 del Decreto 1716.

[322] Ley 1367 de 2009, artículo 2°.

[323] En cuanto a las Procuradurías Delegadas, su función de intervención ante autoridades judiciales se encuentra en el artículo 28 del Decreto 262 de 2000 y en concreto ante la jurisdicción contencioso administrativa, en el artículo 30 del Decreto 262 de 2000.

[324] La competencia por razón del territorio aplicable a la jurisdicción contencioso administrativa, se encuentra en el artículo 134D del C.C.A, el cual establece lo siguiente: “*La competencia por razón del territorio se fijará con sujeción a las siguientes reglas:*

1. Por regla general, la competencia territorial se determinará por el lugar de ubicación de la sede de la entidad demandada o por el domicilio del particular demandado.

2. En los asuntos del orden nacional se observarán las siguientes reglas:

a) En los de nulidad, por el lugar donde se expidió el acto;

b) En los de nulidad y restablecimiento se determinará por el lugar donde se expidió el acto, o en el domicilio del demandante, siempre y cuando que la entidad demandada tenga oficina en dicho lugar;

c) En los asuntos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral se determinará por el último lugar donde se prestaron o debieron prestarse los servicios;

d) En los contractuales y en los ejecutivos originados en contratos estatales se determinará por el lugar donde se ejecutó o debió ejecutarse el contrato. Si éste comprendiere varios departamentos será tribunal competente a prevención el que elija el demandante;

e) En los asuntos agrarios que no estén atribuidos al Consejo de Estado, conocerá el tribunal del lugar de ubicación del inmueble. Si éste comprendiere varios departamentos será tribunal competente a prevención el que elija el demandante;

f) En los de reparación directa se determinará por el lugar donde se produjeron los hechos, las omisiones o las operaciones administrativas;

g) En los que se promuevan sobre el monto, distribución o asignación de impuestos, tasas y contribuciones nacionales, departamentales, municipales o distritales, se determinará por el lugar donde se presentó o debió presentarse la declaración, en los casos en que ésta proceda; en los demás casos, donde se practicó la liquidación;

h) En los casos de imposición de sanciones, la competencia se determinará por el lugar donde se realizó el acto o el hecho que dio origen a la sanción, e

i) En los procesos ejecutivos originados en condenas impuestas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, será competente el juez del territorio donde se profirió la providencia respectiva, observando el factor cuantía de aquella (sic).

[325] Al respecto se puede consultar la Resolución 440 del 16 de Octubre de 2008, mediante la cual se asignó a los Procuradores Judiciales I la intervención ante los Juzgados Administrativos del Circuito.

[326] Pues como ya se señaló anteriormente, será competente para conocer de la conciliación extrajudicial el Agente del Ministerio Público que fuere asignado al juez o corporación competente para conocer de aquellas.

[327] Decreto 1716 de 2009, literal k del artículo 6.

[328] Corte Constitucional, Sentencia C-033 de 2005 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

[329] Ley 1123 de 2007, Artículo 38.

[330] Artículo 23 de la Constitución Política.

[331] De acuerdo al artículo 5 del Decreto 1716 de 2009.

[332] Corte Constitucional, Sentencia T- 1160A de 2001.

[333] Esto se desprende del inciso primero y del literal k del artículo 6 del Decreto 1716 de 2009.

[334] Inciso primero del artículo 6 del Decreto 1716 de 2009.

[335] Esto de conformidad con la sentencia T-163 de 1998, en donde a su vez se señala lo siguiente: “*En relación con la causa petendi o causa de pedir, las mismas fuentes señalan que ésta hace referencia a las razones que sustentan las peticiones del demandante ante el juez. Es así como la causa petendi contiene, por una parte, un componente fáctico constituido por una serie de hechos concretos y, de otro lado, un componente jurídico,*

constituido no sólo por las normas jurídicas a las cuales se deben adecuar los hechos planteados sino, también, por el específico proceso argumentativo que sustenta la anotada adecuación.”

[336] V. Respuesta a la Pregunta No. 28.

[337] Así lo establece el artículo 8 del Decreto 1716 de 2009.

[338] Se trata de una aplicación análoga de la exigencia del artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, con respecto a la Acción de Tutela.

[339] Tales requisitos son: a) *La designación del funcionario a quien se dirige;* b) *La individualización de las partes y de sus representantes si fuere el caso;* c) *Los aspectos que se quieren conciliar y los hechos en que se fundamentan;* d) *Las pretensiones que formula el convocante;* e) *La indicación de la acción contencioso administrativa que se ejercerá;* f) *La relación de las pruebas que se acompañan y de las que se harían valer en el proceso;* g) *La demostración del agotamiento de la vía gubernativa, cuando ello fuere necesario;* h) *La estimación razonada de la cuantía de las aspiraciones;* i) *La manifestación, bajo la gravedad del juramento, de no haber presentado demandas o solicitudes de conciliación con base en los mismos hechos;* j) *La indicación del lugar para que se surtan las notificaciones, el número o números telefónicos, número de fax y correo electrónico de las partes.* k) *La copia de la petición de conciliación previamente enviada al convocado, en la que conste que ha sido efectivamente recibida por el representante legal o por quien haga sus veces, en el evento de que sea persona jurídica, y en el caso de que se trate de persona natural, por ella misma o por quien esté facultado para representarla;* l) *La firma del apoderado del solicitante o solicitantes.”*

[340] Decreto 2511 de 1998, artículo 6º, parágrafo, norma derogada mediante el artículo 30 del Decreto 1716 de 2009.

[341] González Rodríguez, Miguel. Derecho Procesal Administrativo, décima segunda edición, Ed. Ibañez, Bogotá, 2006, p. p.335-336.

[342] Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 12 de diciembre de 1991, M.P. Pablo Cáceres y Pedro Escobar Trujillo, expediente 2326, citada en Henao, Juan Carlos y otros. *Defensa Judicial de las entidades públicas*, Alcaldía Mayor de Bogotá y otros, Bogotá, 2000, p.54.

[343] En concordancia con lo establecido por el artículo 2 del Decreto 1716 de 2009.

[344] En el mismo sentido, el parágrafo 1 del artículo 2 del Decreto 1716 de 2009, según el cual no son susceptibles de conciliación extrajudicial en materia contencioso administrativa, los asuntos en los cuales la correspondiente acción haya caducado.

[345] Así lo señala el numeral 2 del artículo 136 del C.C.A.

[346] De conformidad con lo establecido por el numeral 8 del artículo 136 del C.C.A.

[347] Tal como lo establece el inciso 2 del artículo 8 del artículo 136 del C.C.A.

[348] De esta forma lo dispuso el numeral 9 del artículo 136 del C.C.A.

[349] Inciso 2 del artículo 87 del C.C.A. y es particularmente aplicable al acto de adjudicación del contrato.

[350] De acuerdo con lo establecido en el artículo 134D del C.C.A.

[351] Younes Moreno, Diego. Colección de reformas en la Rama Judicial, GTZ, Tomo V, *Vía Gubernativa – Conciliación – Arbitramento: una compilación temática y jurídica para la descongestión en lo Contencioso Administrativo*, Bogotá, 2008, p. 29.

[352] Corte Constitucional, Sentencia C-060 de 1996.

[353] C.C.A., artículo 135.

[354] Ley 80 de 1993, artículo 77, inciso segundo.

[355] C.C.A., artículo 63.

[356] Corte Constitucional, Sentencia C-319 de 2002.

[357] El artículo 209 de la Constitución política establece que “*La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.*

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”

[358] Constitución Política, artículo 229.

[359] C.C.A., artículo 62.

[360] C.C.A., artículo 64.

[361] C.C.A., artículo 63.

[362] C.C.A., artículo 40.

[363] C.C.A., artículo 135 inciso segundo.

- [364] C.C.A., artículo 135, inciso tercero.
- [365] Decreto 1716 de 2009, artículo 2, parágrafo 3°.
- [366] Decreto 1716 de 2009, artículo 6, literal g.
- [367] C.C.A., artículo 47.
- [368] El artículo 253 del C.P.C. establece:
“**Aportación de documentos.** *Los documentos se aportarán al proceso originales o en copia. Esta podrá consistir en transcripción o reproducción mecánica del documento.*”
- [369] El artículo 254 del C.P.C., establece:
“**Valor probatorio de las copias.** *Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, en los siguientes casos:*
1. *Cuando hayan sido autorizadas por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada.*
 2. *Cuando sean autenticadas por notario, previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le presente.*
 3. *Cuando sean compulsadas del original o de copia autenticada en el curso de inspección judicial, salvo que la ley disponga otra cosa*”.
- [370] Decreto 1716 de 2009, artículo 8.
- [371] C.C.A., artículo 44, inciso 5°.
- [372] C.C.A. artículos 62, 63 y 135.
- [373] Ley 23 de 1991, artículo 61, modificado por el artículo 81 de la Ley 446 de 1998, en concordancia con el Decreto 1716 de 2009, artículo 2, parágrafo 3.
- [374] Decreto 1716 de 2009, artículo 6, literal g.
- [375] C.C.A., artículo 52-1.
- [376] El artículo 137-4 del C.C.A., prevé, además, que “Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo, deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación.”
- [377] C.C.A., artículo 51 inciso 1°.
- [378] Berrocal Guerrero, Luís Enrique. *Manual del Acto Administrativo*, Ediciones del Profesional Limitada, quinta edición, Bogotá, 2009, p. 413.
- [379] Betancur Jaramillo, Carlos. *Derecho Procesal Administrativo*, séptima edición, Señal Editora, Medellín 2009, p. 347.
- [380] Idem.
- [381] López Blanco, Hernán, Fabio. *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*, Séptima Edición, Tomo I, Dupré Editores, Bogotá, 1997, p. 432.
- [382] C.C.A., artículo 206.
- [383] Betancur Jaramillo, op. cit. p.p. 348 - 350.
En el mismo sentido, Santofimio, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 466.
- [384] C.C.A., artículo 87.
- [385] C.C.A., art. 145, modificado por el artículo 7° de la Ley 446 de 1998.
- [386] C.P.C., artículo 157, aplicable en los asuntos contencioso administrativos por remisión expresa del artículo 145 del C.C.A.
- [387] Aunque desde el punto de vista teórico puede parecer para algunos objetable el uso del vocablo “*pretensión*” cuando se hace referencia a la conciliación extrajudicial, semánticamente resulta apropiado y así lo incorpora el Decreto 1716 de 2009 al hacer referencia a los requisitos de la solicitud de conciliación.
- [388] Tomando para el efecto el supuesto fáctico contenido en el artículo 157-1 del C.P.C.
- [389] Código de Procedimiento Civil, artículo 70.
- [390] Corte Constitucional, Sentencia T-146A de 2003.
- [391] Dicha ley fue reglamentada por el Decreto 1214 de 2000, el cual fue derogado por el Decreto 1716 de 2009.
- [392] Artículo 75 de la Ley 446 de 1998, el cual adicionó el artículo 65-B a la Ley 23 de 1991.
- [393] Parágrafo Único del artículo 19 del Decreto 1716 de 2009.
- [394] Serrato Valdés, Roberto Augusto. *La acción de repetición en el marco de la Gestión Jurídica Pública*, en 4° Seminario Internacional de Gerencia Jurídica Pública, Alcaldía Mayor de Bogotá, Bogotá, D.C., 2008, pp. 503 y ss.
- [395] Tal como se establece el artículo 16 del Decreto 1716 de 2009.
- [396] Artículo 16 del Decreto 1716 de 2009,

- [397] Artículo 17 del Decreto 1716 de 2009.
- [398] Parágrafo 1 del artículo 17 del Decreto 1716 de 2009.
- [399] Parágrafo 2 del artículo 17 Decreto 1716 de 2009.
- [400] Artículo 16 del Decreto 1716 de 2009.
- [401] Sobre el particular pueden consultarse las Directivas Presidenciales No. 2 de 2003 y 5 de 2009.
- [402] Decreto 1716 de 2009, artículo 29.
- [403] Decreto 1716 de 2009, artículo 18.
- [404] Parágrafo único del artículo 19 del Decreto 1716 de 2009.
- [405] MARIN ELIZALDE, Mauricio. “*Curso de Derecho Fiscal*”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, julio de 2007, página 280.
- [406] Artículo 20 del Decreto 568 de 1996.
- [407] Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 15 de Mayo de 1997, Radicación No. 4014, Consejero Ponente: Juan Alberto Polo Figueroa, Actor: Juan Carlos Henao Pérez.
- [408] Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección B, Sentencia del 19 de febrero de 1998, Radicación No. ACU-169, Consejero Ponente: Carlos Arturo Orjuela Góngora.
- [409] Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección B, Sentencia del 19 de febrero de 1998, Radicación No. ACU-169, Consejero Ponente: Carlos Arturo Orjuela Góngora.
- [410] Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 15 de Mayo de 1997, Radicación No. 4014, Consejero Ponente: Juan Alberto Polo Figueroa.
- [411] Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 15 de Mayo de 1997, Radicación No. 4014, Consejero Ponente: Juan Alberto Polo Figueroa.
- [412] Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 15 de Mayo de 1997, Radicación No. 4014, Consejero Ponente: Juan Alberto Polo Figueroa.
- [413] Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 15 de Mayo de 1997, Radicación No. 4014, Consejero Ponente: Juan Alberto Polo Figueroa.
- [414] En dicho artículo se señala: “*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 su 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...*”.
- [415] En esta norma se establece que “*Serán conciliables todos los asuntos susceptibles de transacción, desistimiento y aquellos que expresamente determine la ley.*”
- [416] Allí se dispone que “*Se podrán conciliar todas las materias que sean susceptibles de transacción, desistimiento y conciliación, ante los conciliadores de centros de conciliación, ante los servidores públicos facultados para conciliar a los que se refiere la presente ley y ante los notarios.*”
- [417] Dicho artículo incorporó a la Ley 270 de 1996 el artículo 42A, cuyo texto establece que: “*A partir de la vigencia de esta ley, cuando los asuntos sean conciliables, siempre constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan, el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial.*”
- [418] Esta norma establece que “*Podrán conciliar, total o parcialmente, las entidades públicas y las personas privadas que desempeñan funciones propias de los distintos órganos del Estado, por conducto de apoderado, sobre los conflictos de carácter particular y contenido económico de los cuales 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 o en las normas que los sustituyan.*
PARÁGRAFO 1o. *No son susceptibles de conciliación extrajudicial en asuntos de lo contencioso administrativo:*
Los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario.
Los asuntos que deban tramitarse mediante el proceso ejecutivo de que trata el artículo 75 de la Ley 80 de 1993.
Los asuntos en los cuales la correspondiente acción haya caducado.
PARÁGRAFO 2o. *El conciliador velará porque no se menoscaben los derechos ciertos e indiscutibles, así como los derechos mínimos e intransigibles...*”
- [419] Tal como se había señalado en la Respuesta a la Pregunta No 10.
- [420] Parágrafo 2º del artículo 70 de la Ley 446 de 1998.

[421] Parágrafo 1º del artículo 70 de la Ley 446 de 1998.

[422] Parágrafo 2º del artículo 81 de la Ley 446 de 1998.

[423] Decreto 1716 de 2009, artículo 2º, parágrafo 1º.

[424] Ley 1285 de 2008, artículo 4º, literal c, destacando que mediante Sentencia C-713 de 2008, la respectiva norma contenida en el proyecto de ley estatutaria No. 023 de 2006 Senado y No. 286 de 2007 Cámara, “*por la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia*”, fue declarada exequible, “*en el entendido de que también integran la jurisdicción constitucional los jueces y corporaciones que deban proferir las decisiones de tutela o resolver acciones o recursos previstos para la aplicación de los derechos constitucionales.*”

[425] Corte Constitucional, Sentencia C-574 de 1998.

[426] BETANCUR JARAMILLO, Carlos. “*Derecho Procesal Administrativo*”, Señal Editora, Medellín, 2009, pág. 208 y 209.

[427] Artículo 135 del C.C.A..

[428] Artículo 13 de la Ley 1285 de 2009.

[429] Tal como lo establece el artículo 16 del Decreto 1716 de 2009.

[430] Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 5 de Diciembre de 2005, Expediente No. 12158, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enriquez.

[431] Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 5 de Diciembre de 2005, Expediente No. 12158, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enriquez.

[432] Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 5 de Diciembre de 2005, Expediente No. 12158, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enriquez.

[433] C.C.A., artículo 130.

[434] Corte Constitucional, Sentencia C-1195 de 2001

[435] Procurador General de la Nación, Circular No. 05 del 3 de febrero de 2009.

[436] Decreto 1716 de 2009, artículo 9-2.

[437] Publicada en el Diario Oficial 47.570 del 21 de diciembre de 2009.

[438] Ley 1367 de 2009, artículo 1º.

[439] Ley 1367 de 2009, artículo 5º.

[440] Decreto 1716 de 2009, artículo 9-6, norma que dispone:

“*Si no fuere posible la celebración del acuerdo, el agente del Ministerio Público expedirá constancia en la que se indique la fecha de presentación de la solicitud de conciliación ante la Procuraduría General de la Nación, la fecha en que se celebró la audiencia o debió celebrarse, la identificación del convocante y convocado, la expresión sucinta del objeto de la solicitud de conciliación y la imposibilidad de acuerdo. Junto con la constancia, se devolverá a los interesados la documentación aportada, excepto los documentos que gocen de reserva legal.*”

[441] Así lo establece el inciso primero del artículo 18 del Decreto 1716 de 2009.

[442] Decreto 1716 de 2009, artículo 19-4.

[443] Idem.

[444] Decreto 1716 de 2009, artículo 9º.

[445] Al respecto se puede consultarse la Respuesta No. 23.

[446] López Blanco, Hernán Fabio. *Instituciones de Derecho Procesal Civil colombiano*, Tomo I, Ed. Dupré, séptima edición, Bogota, 1997, p.181.

[447] Galindo Vacha, Juan Carlos. *Lecciones de Derecho Procesal Administrativo*, Volumen II, segunda edición, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2006, p. 167.

[448] González Rodríguez, Miguel. *Derecho Procesal Administrativo*, Ed. Ibañez, décima segunda edición, Bogotá, 2006, p. 253.

[449] C.C.A., artículo 134D, numeral 1º.

[450] C.C.A., artículo 134.

[451] C.C.A., artículo 134D numeral 2º, literal b.

[452] C.C.A., artículo 134D numeral 2º, literal c.

[453] C.C.A., artículo 134D numeral 2º, literal h.

[454] C.C.A., artículo 134D numeral 2º, literal f.

[455] C.C.A., artículo 134D numeral 2º, literal d.

[456] Sobre el particular puede consultarse la Respuesta a la Pregunta No. 50.

[457] Constitución Política, artículo 275.

[458] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 13 de Noviembre de 2008, Radicación No. 16335, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

[459] “Obligación significa ligamen, atadura, vínculo, términos próximos entre sí, cuando no sinónimos, que vertidos al derecho implican una relación jurídica, o sea una relación sancionada por aquel, establecida entre dos personas determinadas, en razón de la cual un sujeto activo, que se denomina *acreedor*, espera fundadamente un determinado comportamiento, colaboración, que es la *prestación*, útil para él y susceptible de valoración pecuniaria, de parte y a cargo de otro, sujeto pasivo, llamado *deudor*, quien se encuentra, por lo mismo, en la necesidad de ajustar su conducta al contenido del nexos, so pena de quedar expuesto a padecer ejecución forzada, o sea a verse constreñido alternativamente, a instancia de su contraparte, a realizar la prestación original o a satisfacer su equivalente en dinero y, en ambos casos, además, a resarcir los daños y perjuicios ocasionados por su incumplimiento.” Hinestrosa, Fernando. *Tratado de las Obligaciones concepto, estructura, vicisitudes*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 55.

[460] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 4 de Diciembre de 2006, Radicación No. 18270, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

[461] Sobre el particular puede consultarse OSTAU DE LAFONT PIANETA, Rafael. *Naturaleza Jurídica del Derecho Disciplinario*, Instituto de Estudios del Ministerio Público, Bogotá, 1998.

[462] Corte Constitucional, Sentencia C-214 de 1994.

[463] Corte Constitucional, Sentencia C-597 de 1996.

[464] Artículo 16 del Decreto 1716 de 2009.

[465] De acuerdo con las funciones del Comité de Conciliación, consagradas en el artículo 19 del Decreto 1716 de 2009, en cuyo numeral 5 le impone el deber de “*Determinar, en cada caso, la procedencia o improcedencia de la conciliación y señalar la posición institucional que fije los parámetros dentro de los cuales el representante legal o el apoderado actuará en las audiencias de conciliación. Para tal efecto, el Comité de Conciliación deberá analizar las pautas jurisprudenciales consolidadas, de manera que se concilie en aquellos casos donde exista identidad de supuestos con la jurisprudencia reiterada.*”.

El contenido de la anterior disposición fue reiterado por la Directiva Presidencial 05 del 22 de Mayo de 2009, en donde establece que “*En los asuntos en los cuales exista alta probabilidad de condena, con fundamento en el acervo probatorio allegado al expediente y en la jurisprudencia reiterada y decantada de las altas Cortes, especialmente en asuntos relacionados con reconocimientos pensionales y eventos de responsabilidad objetiva, los miembros de los Comités de Conciliación deberán las pautas jurisprudenciales consolidadas, de manera que se concilie en aquellos casos donde exista identidad de supuestos con la jurisprudencia reiterada*”.

[466] Establecida en el numeral 5° del artículo 19 del Decreto 1716 de 2009, así como contenida en la Directiva Presidencial 05 del 22 de Mayo de 2009 y en la Circular 004 del Procurador General de la Nación, del 3 de Febrero de 2009.

[467] Dicho artículo establece: “*Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la correspondiente sanción, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, exralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el Artículo 28 del presente ordenamiento*”

[468] Numeral 1° del artículo 34 de la Ley 734 de 2002.

[469] Artículo 4° de la Ley 610 de 2000.

[470] Corte Constitucional, Sentencia C-529 de 1993.

[471] C.C.A., artículo 1°.

[472] Corte Constitucional, Sentencia C-840 de 2001.

[473] AMAYA OLAYA, Uriel Alberto. *Teoría de la Responsabilidad Fiscal*, Primera Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Agosto de 2002, p. 102.

[474] Corte Constitucional, Sentencia T-525 de 1997.

[475] AMAYA OLAYA, Uriel Alberto. *Teoría de la Responsabilidad Fiscal*, Primera Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Agosto de 2002, p. 177.

[476] *Idem* p. 171.

[477] Así lo señala el artículo 3° de la Ley 610 de 2000.

[478] En atención al artículo 267 de la Constitución Política.

[479] Como lo establecen el numeral 5° del Decreto 1716 de 2009, la Directiva Presidencial 05 del 22 de Mayo de 2009 y la Circular 004 del 2009 del Procurador General de la Nación.

[480] De acuerdo con el artículo 6 de la Ley 610 de 2000, el cual consagra lo siguiente:

“Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías.

Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público.”

[481] Circular 004 del Procurador General de la Nación, del 3 de Febrero de 2009.

[482] Así lo establece el artículo 5 de la Ley 610 de 2000.

[483] Publicada en el Diario Oficial 47.570 del 21 de diciembre de 2009.

[484] Ley 1367 de 2009, artículo 1°.

[485] Artículo 16 del Decreto 1716 de 2009.

[486] Numeral 5° del artículo 19 del Decreto 1716 de 2009.

[487] Artículo 18 del Decreto 1716 de 2009.

[488] De conformidad con el inciso 2 del numeral 5 del artículo 9 del Decreto 1716 de 2009.

[489] Inciso 3 del artículo 65-A de la Ley 23 de 1991, artículo este que fue adicionado a la mencionada Ley por el artículo 73 de la Ley 446 de 1998. Así mismo lo dispone el artículo 12 del Decreto 1716 de 2009.

[490] Artículo 66 de la Ley 446 de 1998.

[491] Artículo 13 del Decreto 1716 de 2009.

[492] Parágrafo único del artículo 16 del Decreto 1716 de 2009.

[493] Artículo 16 del Decreto 1716 de 2009.

[494] Así lo establecen los artículos 16 y 19 del Decreto 1716 de 2009.

[495] La ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único), establece en su artículo 23, que *“Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad en el Artículo 28 del presente ordenamiento”*.

[496] De conformidad con el artículo 4 de la Ley 610 de 2000.

[497] Ley 640 de 2001, artículos 49 y 50.

[498] Corte Constitucional, Sentencia C-1195 de 2001.

[499] El artículo 37 de la Ley 640 fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1195 de 2001.

[500] Ley 640 de 2001, artículo 2-3.

[501] Corte Constitucional, Sentencia C-1195 de 2001.

[502] Decreto 1716 de 2009, parágrafo del artículo 3°.

[503] Ley 640 de 2001, artículo 20.

[504] Ley 640 de 2001, artículo 2-3.

[505] La justificación e importancia del principio *pro actione*, puede consultarse en: García de Enterría, Eduardo et al. *Curso de Derecho Administrativo*, Sexta Edición, Madrid, 1999, Tomo II, p. 457.

[506] Ley 640 de 2001, artículo 23.

[507] Decreto 1716 de 2009, artículo 6°, parágrafo 2°.

[508] Como sucede en el caso de Bogotá D.C.

[509] Devis Echandia, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal, Pruebas Judiciales*, Tomo II, ed. ABC, Bogotá, 1988, p. 8.

[510] Decreto 1716 de 2009, artículo 6°, literal f.

[511] Gil Echeverry, Jorge Hernán, *La conciliación extrajudicial y la amigable composición*.

[512] Decreto 1716 de 2009, artículo 8°.

[513] CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA. veintiuno (21) de octubre de dos mil cuatro (2004), Radicación número: 25000-23-26-000-2002-2507-01(25140)DM, Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar.

- [514] CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA. Auto 30 de marzo 2000. Radicación: 16.116.
- [515] CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA. Treinta (30) de marzo dos mil seis (2006. Radicación Número 05001-23-31-000-1998-02967-01(31385). Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez
- [516] Ley 640 de 2001, artículo 25.
- [517] Decreto 1716 de 2009, artículo 8°.
- [518] ARTICULO 25. PRUEBAS EN LA CONCILIACION EXTRAJUDICIAL. Durante la celebración de la audiencia de conciliación extrajudicial en asuntos de lo contencioso administrativo los interesados podrán aportar las pruebas que estimen pertinentes. Con todo, el conciliador podrá solicitar que se alleguen nuevas pruebas o se complementen las presentadas por las partes con el fin de establecer los presupuestos de hecho y de derecho para la conformación del acuerdo conciliatorio.
- [519] Devis Echandia, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal, Pruebas Judiciales*, Tomo II, ed. ABC, Bogotá, 1988
- [520] Consejo de Estado, Sección Tercera, 27 de abril de 2006, Radicación número: 19001-23-31-000-1996-07005-01(16079), C.P., Ramiro Saavedra Becerra, Actor: MARIA DEL ROSARIO ARIAS VALLEJO, Demandado: MUNICIPIO DE POPAYAN
- [521] Ley 446 de 1998, artículo 64.
- [522] Decreto 1716 de 2009, artículo 6° literal g y artículo 8°.
- [523] Constitución Política, artículo 29.
- [524] Constitución Política, artículo 86.
- [525] Constitución Política, artículo 74.
- [526] Corte Constitucional, Sentencia T-236 de 2006.
- [527] C.C.A., artículo 22 modificado por el artículo 25 de la Ley 57 de 1985.
- [528] Idem.
- [529] Ley 57 de 1985, artículo 21, en concordancia con el artículo 134ª del C.C.A.
- [530] Consejo de Estado, Sección Tercera. M.P. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ. Auto del 15 de abril de 1996. Expediente 11691.
- [531] Corte Constitucional, Sentencia C-023 de 1998.
- [532] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero Ponente: Mario Alario Méndez. veintitrés (23) de febrero de dos mil uno (2.001), Radicación número: 17001-23-31-000-2000-2497-01.
- [533] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Dieciocho (18) de junio de dos mil ocho (2008). Radicación número: 70001-23-31-000-2003-00618-01(AP).
En el mismo sentido: Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero ponente: Darío Quiñones Pinilla, ocho (8) de marzo de dos mil uno (2001). Radicación número: 11001-03-28-000-2001-0015-01(2483).
- [534] Ley 1367 de 2009, artículo 5°.
- [535] Ley 640 de 2001, artículo 8-4.
- [536] Ley 640 de 2001, artículo 8-5.
- [537] Hincapié Palacios, Juan Angel. *La Conciliación en Materia Contencioso Administrativa*, Bogotá, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., p. 80.
- [538] Corte Constitucional, Sentencia C-1195 del 15 de noviembre de 2001 Magistrados Ponentes. Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra.
- [539] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 12 de agosto de 1982, Expediente No. 1736 M.P Doctor Jaime Paredes Tamayo.
- [540] C.C.A., artículo 20.
- [541] Ley 640 de 2001, artículo 23.
- [542] Publicada en el Diario Oficial 47.570 del 21 de Nero de 2009.

[543] Ley 1367 de 2009, artículo 1°.

[544] Sobre el particular, el artículo 23 de la Resolución 017 de 2000, proferida por el Procurador General de la Nación, establece: “*Las funciones y competencias de intervención en procesos contencioso administrativos establecidas en los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10 del artículo 30 del Decreto 262 de 2000 se distribuyen en las siguientes Procuradurías Delegadas:*

La Procuraduría Primera Delegada ante el Consejo de Estado ejerce las funciones ante la Sección Primera.

Las Procuradurías Segunda y Tercera Delegadas ante el Consejo de Estado ejercen las funciones ante la Sección Segunda.

Las Procuradurías Cuarta y Quinta Delegadas ante el Consejo de Estado ejercen las funciones ante la Sección Tercera.

La Procuraduría Sexta Delegada ante el Consejo de Estado ejerce las funciones ante la Sección Cuarta.

La Procuraduría Séptima Delegada ante el Consejo de Estado ejerce las funciones ante la Sección Quinta.”

[545] Decreto 262 de 2000, artículo 23.

[546] Decreto 262 de 2000, artículo 30-5.

[547] C.C.A., artículo 128-2.

[548] C.C.A., artículo 128-6.

[549] C.C.A., artículo 128-7.

[550] C.C.A., artículo 128-8.

[551] C.C.A., artículo 128-10.

[552] C.C.A., artículo 128-12.

[553] Publicada en el Diario Oficial 47.570 del 21 de diciembre de 2009.

[554] Ley 1367 de 2009, artículo 1°.

[555] Ley 1367 de 2009, artículo 2°.

[556] Decreto 262 de 2000, artículo 41.

[557] Decreto 262 de 2000, artículo 37.

[558] Decreto 262 de 2000, artículo 44.

[559] Ley 1367 de 2009, artículo 4°.

[560] El párrafo segundo del artículo 48 del Decreto 262 de 2000, establece que los procuradores judiciales “*dependen directamente de los procuradores delegados que ejercen funciones de coordinación y vigilancia administrativa respecto de ellos.*”

[561] Decreto 262 de 2000, párrafo 1° del artículo 48.

[562] Modificada, en cuanto la fecha de su entrada en vigencia, por la Resolución 103 de 2009.

[563] Resolución 48 del 25 de febrero de 2009, expedida por el Procurador General de la Nación, artículo 1°, párrafo primero.

[564] Idem.

[565] Resolución 48 del 25 de febrero de 2009, expedida por el Procurador General de la Nación, artículo 1°, párrafo segundo.

[566] Esta resolución ha sido modificada parcialmente por las resoluciones 476, 486, 500 de 2008 y 48, 102, 156, 179, 180 y 253 de 2009.

[567] Decreto 1716 de 2009, artículo 6°, párrafo 2°, en concordancia con el artículo 33 del C.C.A.

Sobre el particular puede consultarse la respuesta a la pregunta 42.

[568] Decreto 1716 de 2009, artículo 2°, párrafo 1°.

[569] C.C.A., artículo 14.

[570] C.C.A., artículo 35.

[571] Idem. El adjetivo *sumaria* significa, según el Diccionario de la Real Academia Española, *reducido a compendio, breve, sucinto*.

[572] Recuérdese que transcurridos los términos propios de la actuación administrativa, el funcionario no pierde competencia, ni se exime del deber de decidir.

[573] Ley 640 de 2001, artículo 20, último inciso.

[574] Aplicable por remisión del artículo 267 del C.C.A.

[575] Ley 640 de 2001, artículo 20.

[576] Decreto 1716 de 2009, artículo 7°.

[577] Las cuales pueden guardar diferencias con los designados como convocantes o convocados en la solicitud de conciliación, por ejemplo, cuando el agente del Ministerio Público decide citar a la audiencia a litisconsortes necesarios.

[578] Decreto 1716 de 2009, artículo 7°, inciso primero.

[579] Decreto 1716 de 2009, artículo 7º, inciso segundo.

[580] López Blanco, Hernán Fabio. *Instituciones de Derecho procesal Civil*, Tomo I, séptima edición, Dupré editores, Bogotá, 1997, p. 277.

[581] C.C.A., artículo 146, modificado por el artículo 48 de la Ley 446 de 1998.

[582] Idem.

[583] Betancur Jaramillo, Carlos. *Derecho Procesal Administrativo*, Señal Editora, Séptima Edición, 2009, Medellín, p. 432.

[584] Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p.p. 515-516.

[585] Idem., p. 517.

La procedencia del litisconsorcio necesario en las acciones de nulidad y restablecimiento también ha sido reconocida por Betancur Jaramillo, op. cit. p. 431.

[586] Corte Constitucional, Sentencia C-1195 de 2001.

[587] Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p.p. 223-224.

[588] Ley 640 de 2001, artículo 8-2.

[589] García Rodríguez, Franklin Segundo. *La Conciliación Administrativa*, Ed. Ibañez, Bogotá 2008, p. 270.

[590] Junco Vargas, José Roberto. *La Conciliación*, Editorial Temis, Quinta Edición, Bogotá, 2007, p.p. 201-202.

[591] Decreto 1716 de 2009, artículo 18, inciso segundo.

[592] Decreto 1716 de 2009, artículo 14.

[593] Decreto 1716 de 2009, artículo 9-1.

[594] Ley 640 de 2001, artículo 25.

[595] Decreto 1716 de 2009, artículo 9-2.

[596] Tal como lo dispone el artículo 64 de la Ley 446 de 1998.

[597] Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 2008.

[598] Diccionario de la Real Academia Española, Vigésima Primera Edición, Tomo II, pág. 1144.

[599][599] LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *"Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano"*, Dupré Editores, Séptima Edición, Bogotá, 1997, páginas 207 y 208.

[600] ART. 150 (*Antiguo 142*).—**Modificado. D.E. 2282/89, art. 1º, num. 88. Causales de recusación.** Son causales de recusación las siguientes:

1. Tener el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil interés directo o indirecto en el proceso.
2. Haber conocido del proceso en instancia anterior, el juez, su cónyuge o algunos de sus parientes indicados en el numeral precedente.
3. Ser el juez cónyuge o pariente de alguna de las partes o de su representante o apoderado, dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.
4. Ser el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes indicados, guardador de cualquiera de las partes.
5. Ser alguna de las partes, su representante o apoderado, dependiente o mandatario del juez o administrador de sus negocios.
6. Existir pleito pendiente entre el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes indicados en el numeral 3º, y cualquiera de las partes, su representante o apoderado.
7. Haber formulado alguna de las partes, su representante o apoderado, denuncia penal contra el juez, su cónyuge, o pariente en primer grado de consanguinidad, antes de iniciarse el proceso, o después, siempre que la denuncia se refiera a hechos ajenos al proceso o a la ejecución de la sentencia, y que el denunciado se halle vinculado a la investigación penal.
8. Haber formulado el juez, su cónyuge o pariente en primer grado de consanguinidad, denuncia penal contra una de las partes o su representante o apoderado, o estar aquéllos legitimados para intervenir como parte civil en el respectivo proceso penal.
9. Existir enemistad grave por hechos ajenos al proceso, o a la ejecución de la sentencia, o amistad íntima entre el juez y alguna de las partes, su representante o apoderado.
10. Ser el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil, acreedor o deudor de alguna de las partes, su representante o apoderado, salvo cuando se trate de persona de derecho público, establecimiento de crédito o sociedad anónima.
11. Ser el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes indicados en el numeral anterior, socio de alguna de las partes o su representante o apoderado en sociedad de personas.

12. Haber dado el juez consejo o concepto fuera de actuación judicial sobre las cuestiones materia del proceso, o haber intervenido en éste como apoderado, agente del Ministerio Público, perito o testigo.
13. Ser el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes indicados en el numeral 1, heredero o legatario de alguna de las partes, antes de la iniciación del proceso.
14. Tener el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad o primero civil, pleito pendiente en que se controvierta la misma cuestión jurídica que él debe fallar.

[601] Ley 1367 de 2009, artículo 1°.

[602] De conformidad con el artículo 30 del C.C.A.

[603] HINESTROSA, Fernando. “*La Representación*”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, septiembre de 2008, páginas 477 y 478.

[604] HINESTROSA, Fernando. “*La Representación*”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, septiembre de 2008, página 513.

[605] GARCÍA DE ENTRERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ TOMÁS, Ramón. “*curso de derecho administrativo*.” Ed. Cívitas S.A., Madrid 1992. Páginas 432 y 433, sostienen que “*Así entendido, el procedimiento vendría a ser el camino, el iter jurídicamente regulado a priori, a través del cual una manifestación jurídica de un plano superior (generalmente una norma) produce una manifestación jurídica en un plano inferior (una norma de rango subalterno o un acto singular no normativo). El procedimiento, en general, se singularizaría, por lo tanto, en el mundo del Derecho Administrativo como el modo de producción de los actos administrativo.*

...Entre proceso judicial y proceso administrativo existen sí semejanzas indudables, dada la pertenencia de ambas instituciones a un tronco común, pero hay, también profundas diferencias como consecuencia necesaria de la diversa naturaleza de los fines a que una y otra sirven y, sobre todo, de la distinta posición y carácter de los órganos cuya actividad disciplinan. El proceso tiene como fin esencial la averiguación de la verdad y la satisfacción de las pretensiones ejercitadas por las partes mediante la decisión de una instancia neutral e independiente de ellas, el Juez o Tribunal. En cambio, el procedimiento administrativo, si bien constituye una garantía de los derechos de los administrados, no agota ello su función, que es, también, y muy principalmente, la de asegurar la pronta y eficaz satisfacción del interés general mediante la adopción de las medidas y decisiones necesarias por los órganos de la Administración, intérpretes de ese interés y, al propio tiempo, parte del procedimiento y árbitro del mismo”.

[606] SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, abril de 2003, Tomo II, página 231.

[607] Corte Constitucional, Sentencias C-893 de 2001, M.P: Clara Inés Vargas y C-1195 de 2001, MP: Manuel José Cepeda y Marco Gerardo Monroy.

[608] De conformidad con el artículo 20 de la Ley 640 de 2001.

[609] Así lo establece el artículo 5 del Decreto 1716 de 2009.

[610] En atención a lo señalado por el artículo 52 del C.C.A

[611] V. Respuesta a la pregunta No. 27.

[612] Decreto 262 de 2000, artículo 30-5.

[613] Ley 640 de 2001, artículo 24.

[614] Constitución Política, artículo 277.

[615] Constitución Política, artículo 275.

[616] Corte Constitucional, Sentencia C-399 de 1995.

[617] Pues en atención a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 640 de 2001, “*la audiencia de conciliación extrajudicial en derecho deberá intentarse en el menor tiempo posible y, en todo caso, tendrá que surtirse dentro de los tres (3) meses siguientes a la presentación de la solicitud.*”

[618] Se trata de una aplicación análoga de la exigencia del artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, con respecto a la Acción de Tutela.

[619] De conformidad con el literal i del artículo 6 del Decreto 1716 de 2009.

[620] El parágrafo 1° del artículo 6° del Decreto 1716 de 2009, establece que “*En ningún caso se podrá rechazar de plano la solicitud por la ausencia de cualquiera de los requisitos anteriores*”. De allí se desprende, que entre las posibles decisiones que puede adoptar el Agente del Ministerio Público respecto de la solicitud de conciliación se encuentra la de su rechazo de plano, sin embargo, se excluye la posibilidad de adoptar tal decisión, cuando se presenten vicios de forma en la solicitud.

[621] Sobre este aspecto se puede consultar la respuesta No 57.

[622] Artículo 3 del Decreto 1716 de 2009.

- [623] Artículo 21 de la Ley 640 de 2001.
- [624] Ley 640 de 2001, artículo 37, parágrafo 2.
- [625] Ley 23 de 1991, artículo 61, parágrafo 1.
- [626] Pues de conformidad con el artículo 61 de la Ley 23 de 1991, “*No habrá lugar a conciliación cuando la correspondiente acción haya caducado*”.
- [627] Artículo 21 de la Ley 640 de 2001.
- [628] Sobre este aspecto se puede consultar la respuesta No 57.
- [629] Artículo 21 de la Ley 640 de 2001.
- [630] Artículo 43 de la Ley 640 de 2001.
- [631] Artículo 43 de la Ley 640 de 2001.
- [632] Artículo 43 de la Ley 640 de 2001.
- [633] Artículo 43 de la Ley 640 de 2001.
- [634] Ley 640 de 2001, artículo 1º, parágrafo 3º.
- [635] Corte Constitucional, Sentencia C-033 de 2005.
- [636] Idem.
- [637] Ley 1123 de 2007, contentiva del *Código Disciplinario del Abogado*, artículo 28-13.
- [638] Ley 1123 de 2007, artículo 38-1.
- [639] Ley 1123 de 2007, artículo 38-2.
- [640] Ley 640 de 2001, artículo 1, parágrafo 2.
- [641] Decreto 1716 de 2009, artículo 9, numeral 7.
- [642] Decreto 1716 de 2009, artículo 11.
- [643] Lo dispuesto en esta norma resulta aplicable por sí mismo a la conciliación extrajudicial en asuntos contencioso administrativos, sin embargo, el artículo 14 del Decreto 1716 de 2009, expresamente reconoce su aplicabilidad para los eventos de inasistencia injustificada a la audiencia de conciliación.
- [644] Ley 640 de 2001, artículo 35, parágrafo único. Lo señalado por este artículo resulta aplicable a la conciliación extrajudicial en asuntos contencioso administrativo, en virtud del artículo 14 del Decreto 1716 de 2009.
- [645] Cfr. la Sentencia C-592/92, M.P. Fabio Morón Díaz
- [646] La Ley 1123 de 2007, en su artículo 38 establece: “*Son faltas contra el deber de prevenir litigios y facilitar los mecanismos de solución alternativa de conflictos:*
1. *Promover o fomentar litigios innecesarios, inocuos o fraudulentos.*
2. *Entorpecer los mecanismos de solución alternativa de conflictos con el propósito de obtener un lucro mayor o fomentarlos en su propio beneficio.*”
- [647] Bohórquez Botero, Luis Fernando y otro. *Diccionario Jurídico Colombiano*. Editorial Jurídica Nacional. Quinta Edición, 2003, p. 568.
- [648] Corte Constitucional, Sentencia T-088 de 2006. Magistrado Ponente. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- [649] Corte Constitucional, Sentencia C-250 del 26 de mayo de 1994. Magistrado Ponente. Carlos Gaviria Díaz.
- [650] Cardona Galeano, Pedro Pablo. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Cuarta Edición. Editorial Leyer. Año 2003. Pág. 285.
- [651] Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia del 22 de septiembre de 2000. Expediente 5362. Magistrado Ponente: José Fernando Ramírez Gómez
- [652] Junco Vargas, José Roberto. *La Conciliación, quinta edición, Ed. Temis. Bogotá, 2007*, p.p. 205-206.
- [653] Sobre el particular puede consultarse la respuesta a la Pregunta 25.
- [654] Corte Constitucional. Sentencia SU-250 de 1998. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- [655] Jorge Hernán Gil Etcheverry, *La conciliación extrajudicial y la amigable composición*, Editorial Temis, año 2003.
- [656] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. dos (2) de noviembre de dos mil (2000). Radicación número: 18249. Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez
- [657] Circular 005 del 3 de febrero del 2009, Procuraduría General de la Nación.
- [658] Circular 05 de 2009 del Procurador General de la Nación.
- [659] Ley 446 de 1998, artículo 64.
- [660] Decreto 1716 de 2009, artículo 9, numeral 5.

[661] El Procurador General de la Nación, mediante la circular 005 del 3 de febrero de 2009, le estableció a los Agentes del Ministerio Público el deber de incorporar en el acta de conciliación, las consideraciones acerca del acuerdo al que llegaron las partes, sin importar que se encuentre a favor o en contra del arreglo.

[662] Ley 1123 de 1991, artículo 65-A.

[663] Corte Constitucional. Sentencia C-417 del 28 de mayo de 2002. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

[664] Ossa Arbelaez, Jaime. *Derecho Administrativo Sancionador*, Ed. Legis, Bogotá, 2000, p. 127.

[665] Corte Constitucional, Sentencia C-214 de 1994.

[666] Ley 734 de 2002, artículo 1º.

[667] GOMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. *Dogmática del Derecho Disciplinario*. Segunda Edición. Universidad Externado de Colombia. Año 2002. Pág. 270.

[668] Publicada en el Diario Oficial 47.570 del 21 de diciembre de 2009.

[669] Ley 1367 de 2009, artículo 1º.

[670] Corte Constitucional, T-1160ª de 2001.

[671] Código Contencioso Administrativo, artículo 7º.

[672] Código Contencioso Administrativo, artículo 76 numeral 1.

[673] Código Único Disciplinario, artículo 34 numeral 38.

[674] Código Único Disciplinario, artículo 35 numeral 8

[675] La Corte Constitucional en la Sentencia C-242 de 1997 señaló: “*Lo que no se ajusta al ordenamiento constitucional, es el carácter imperativo y genérico establecido en la norma acusada que restringe en forma absoluta el derecho fundamental de los asociados para acceder a la administración de justicia, en la forma garantizada por el artículo 229 de la Carta Política*”

[676] Código Disciplinario Unico, literal h del artículo 47.

[677] Decreto 1716 de 1009, art. 19-5.

[678] Corte Constitucional, Sentencia T-1051 de 2006.

[679] Procurador General de la Nación, Circular 04 del 3 de febrero de 2009.

[680] Ley 1123 de 2007, artículo 19.

[681] Corte Constitucional, Sentencia T-473 de 1992.

[682] En este artículo se establece lo siguiente: “*Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley. El secreto profesional es inviolable.*”

[683] Dicha artículo señala que “*Toda persona tiene derecho a consultar los documentos que reposen en las oficinas públicas y a que se le expida copia de los mismos, siempre que dichos documentos no tengan carácter reservado conforme a la Constitución a la ley, o no hagan relación a la defensa o seguridad nacional.*”

[684] De conformidad con el Decreto 1716 de 2009, artículo 62, numeral 2, es función de la Secretaría General el “*Expedir y autenticar las copias de los documentos que reposen en la Procuraduría General de la Nación.*”

[685] Tal como lo establece la Circular 0045, del Procurador General de la Nación, expedida el 7 de Septiembre de 2005.

[686] Tal como lo establece el artículo 24 del C.C.A.

[687] Ley 640 de 2001, artículo 24.

[688] V. Respuesta a la Pregunta 2.

[689] Constitución Política, artículo 241-8.

[690] CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA. Dieciocho (18) de julio de dos mil siete (2007). Radicación número: 25000-23-26-000-2001-00072-01(31838). Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

[691] CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA. Tres (3) de marzo del dos mil cinco (2005). Radicación número: 73001-23-31-000-2002-00961-01(23875). Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

[692] CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA. Marzo veintiocho (28) de dos mil siete (2007). Radicación número: 08001-23-31-000-1992-07216-01(23960). Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

[693] CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA. Dieciséis (16) de marzo de dos mil cinco (2005). Radicación número: 25000-23-26-000-2002-01216-01(27921)A. Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

[694] CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA. Dieciocho (18) de julio de dos mil siete (2007). Radicación número: 25000-23-26-000-2001-00072-01(31838). Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

[695] Ley 640 de 2001, artículo 24 y Decreto 1716 de 2009, artículo 12.

[696] Sobre el particular puede consultarse la Respuesta a la Pregunta No. 28.

[697] Ver sentencias del 22 de abril de 2004 de la Sección Primera del Consejo de Estado, expediente No. 25000-23-24-000-1999-00389-02(5743), actor Oscar Vanegas; del 5 de diciembre de 2005 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, expediente número: 88001-23-31-000-1996-00153-01(14532), actor Chalito Walters Martínez; y del 27 de enero de 2005, expediente número 25000-23-27-000-2004-01066-01(14949), actor Muebles Norven & Cia. Ltda.

[698] Ver sentencia del 27 de marzo de 2007 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, expediente 760012331000200002513 01, número interno 2777-2004, actor José Bolívar Caicedo Ruiz

[699] Ver sentencia IJ-039 de 2003 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y sentencia de la Sección Segunda de la Corporación del 19 de febrero de 2009, Consejera ponente doctora Bertha Lucía Ramírez de Páez, expediente No. 730012331000200003449-01, número interno: 3074-2005, actora Reinalda Triana Viuchi.

[700] El artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, establece:

“La cuantía se determinará así:

1. Por el valor de las pretensiones al tiempo de la demanda, sin tomar en cuenta los frutos, intereses, multas o perjuicios reclamados como accesorios, que se causen con posterioridad a la presentación de aquélla.

2. Por el valor de la pretensión mayor, cuando en la demanda se acumulen varias pretensiones. (...).”

[701] Decreto 1716 de 2009, artículo 6º, literal h.

[702] CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, Auto del 27 de enero de 2005, Radicación: 15001-23-31-000-2003-01254-01(27457), Consejera Ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO.

[704] Ley 640 de 2001, artículo 24 y Decreto 1716 de 2009, artículo 12.

[705] Ley 640 de 2001, artículo 19.

[706] Ley 446 de 1998, artículo 70 y Decreto 1716 de 2009, artículo 2º.

[707] Ley 446 de 1998, artículo 75 y Decreto 1716 de 2009, artículo 9º, numeral 3, inciso tercero.

[708] Decreto 1716 de 2009, artículo 9-3.

[709] En idéntico sentido en el literal e) del artículo 4º de la Ley 472 de 1998, se consagra entre los derechos e intereses colectivos el relacionado con la defensa del patrimonio público.

[710] CONSEJO DE ESTADO, SECCION TERCERA, Consejero Ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ, Sentencia del 21 de febrero de 2007, Radicación número: 25000-23-25-000-2004-00413-01(AP), Actor: JOSE OMAR CORTES QUIJANO, Demandado: MUNICIPIO DE TIBACUY.

En el mismo sentido puede consultarse la sentencia de la Sección Primera, Consejero Ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO, del 12 de noviembre de 2009, Radicación número: 50001-23-31-000-2005-00213-01(AP), Actor: ARNULFO PERDOMO OVIEDO, Demandado: MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO.

[711] V. Respuesta a la Pregunta No. 29.

[712] Ley 640 de 2001, artículo 24.

[713] Ley 446 de 1998, artículo 73, en concordancia con el artículo 181-5 del C.C.A..

[714] CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, Auto del 27 de enero de 2005, Radicación: 15001-23-31-000-2003-01254-01(27457), Consejera Ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO.

[715] Palacio Hincapié, Juan Angel. La conciliación en materia contenciosa administrativa, Segunda edición, 2006 editorial ABC.

[716] Devis Echandía, Hernando, Compendio de Derecho Procesal, Tomo I, Teoría General del Proceso, Editorial Temis, Quinta Edición, Bogotá, 1976.

[717] En tanto sólo en su momento se conocerá el sentido y alcance de la decisión judicial.

[718] CONSEJO DE ESTADO, Sección Primera. Diecinueve (19) de marzo de dos mil nueve (2009). Radicación número: 11001-03-24-000-2004-00203-01. Consejero Ponente: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

[719] Cardona Galeano, Pedro Pablo. Manual de Derecho Procesal Civil, Tomo I, Parte General, 2003.

[720] En el mismo sentido se dispone en el Decreto 1716 del 2009 artículo 13.

[721] Corte Constitucional, Sentencia C-188 de 24 de marzo de 1999, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández

[722] Ley 446 de 1998, artículo 60, incorporado en el artículo 177 del C.C.A.

[723] Ley 1107 de 2006, artículo 1º, en concordancia con el artículo 83 del C.C.A.

[724] C.C.A., artículo 206.

[725] C.C.A., artículo 85.

[726] Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 3 de agosto de 2006, exp. 32.499, M.P. Alier Hernández Enríquez.

[727] Corte Constitucional, Sentencia C-199 de 1997. Ver además sentencias C-426 de 2002 de la Corte Constitucional e IJ 030 de 2003 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

[728] La norma referida establece, en su inciso primero, que “La demanda para que se declare la nulidad de un acto particular, que ponga término a un proceso administrativo, y se restablezca el derecho del actor, debe agotar previamente la vía gubernativa mediante acto expreso o presunto por silencio negativo.”

[729] CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Consejero Ponente: Doctor MANUEL S. URUETA AYOLA, Sentencia IJ-30, del 4 de marzo de 2003, Radicación núm.: 110010324000199905683 02, Actor: Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca – CAR.

[730] V. Junco Vargas, Jose Roberto. La Conciliación, Ed Temis, Bogotá, 2007, p. 266.

[731] Sobre los promenores del trámite del proyecto de ley 148 de 1999, que se convertiría en la Ley 640 y específicamente respecto del contenido de su artículo 37 tal como fue aprobado en el Congreso, puede consultarse: Palacio Hincapié, Juan Angel. La conciliación en materia Contencioso Administrativa, Librería Jurídica Sánchez, primera edición, Medellín, 2001, p.p. 56-65.

[732] Esta norma es del siguiente tenor: “Podrán conciliar, total o parcialmente, las entidades públicas y las personas privadas que desempeñan funciones propias de los distintos órganos del Estado, por conducto de apoderado, sobre los conflictos de carácter particular y contenido económico de los cuales 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 o en las normas que los sustituyan. (...).”

[733] Al respecto la doctrina nacional sostiene: “Y no es descabellado la ocurrencia de la conciliación en los eventos de las acciones de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, pues en este tipo de acciones se ventila, evidentemente, una situación particular de contenido patrimonial, donde el afectado busca el restablecimiento de su situación particular susceptible de evaluación patrimonial. El motivo que lo induce a formular la pretensión es un fin patrimonial, individual y subjetivo. Este interés es el que se negocia y no la legalidad del acto”. Juan Ángel Palacio Hincapié, Derecho Procesal Administrativo. Bogotá, Librería Jurídica, 3ª edición, 2002, p. 639.

[734] Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 2008.

[735] Sobre la vía gubernativa puede consultarse la respuesta a la Pregunta 29.

[736] Decreto 1716 de 2009, artículo 2, parágrafo 3°.

[737] Decreto 1716 de 2009, artículo 6, literal g.

[738] Decreto 1716 de 2009, artículo 8.

[739] C.C.A., artículo 44, inciso 5°.

[740] C.C.A., artículo 69.

[741] Decreto 1716 de 2009, artículo 9°, numeral 3ª, inciso segundo.

[742] Según Marienhoff: “El principio de la ‘legalidad’ también le impone a la Administración una especie de regla psicológica: la obligación de tener en cuenta, en su acción, el interés público, es ésta la finalidad esencial de toda la actividad administrativa. El desconocimiento u olvido de este deber puede viciar el respectivo acto, incurriéndose, por ejemplo, en ‘desviación de poder’, que es una de las formas en que se concreta la ‘ilegitimidad’ ” (MARIENHOFF, Op. Cit. p. 78)

[743] Consejo de Estado, Sección Tercera, 16 de marzo de 2005, Radicación número: 25000-23-26-000-2002-01216-01(27921)A, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

[744] Consejo de Estado, Sección Tercera, 9 de diciembre de 2004, Radicación número 27921, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

[745] Corte Constitucional, Sentencia C-351 de 1994. Se precisa que aunque la norma revisada en esta providencia era la contenida en el artículo 23 del Decreto 2304 de 1989, establecía, igualmente como regla general un término de cuatro (4) meses para la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

[746] Corte Constitucional, Sentencia C-565 de 2000.

[747] Para efectuar el cómputo de los plazos referidos a meses, se ha de tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 62 del C.R.P.M., y en el artículo 121 del C.P.C., norma ésta según la cual los términos de meses se contarán conforme al calendario. El mencionado artículo 62 es del siguiente tenor:

“En los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario. Los de meses y años se computan según el calendario; pero si el último día fuere feriado o de vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil.”

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 del C.C., “el primero y último día de un plazo de meses o años deberán tener un mismo número en los respectivos meses.”

[748] Constitución Política, artículo 29.

[749] Corte Constitucional, Sentencia C-446 de 2000.

[750] C.C.A., artículo 43.

[751] Ley 446 de 1998, artículo 119, literal c.

[752] Ley 446 de 1998, artículo 119, literal c, parágrafo.

[753] Sobre el particular el artículo 5ª de la Ley 962 de 2005, consagra la posibilidad de delegar en cualquier persona “el acto de notificación, mediante poder, el cual no requerirá presentación personal”.

[754] C.C.A., artículo 47.

[755] C.C.A., artículo 48.

[756] C.C.A., artículo 44, inciso 3°.

[757] C.C.A., artículo 45.

[758] C.C.A., art. 44 inciso 4°.

[759] Idem.

[760] C.C.A., art. 84, inciso 3°.

[761] C.C.A., art. 46.

[762] C.C.A., artículo 43, último inciso.

[763] Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 6 de noviembre de 1992, rad. 5017, M.P., Joaquín Barreto Ruíz.

[764] Corte Constitucional, Sentencia C-565 de 2000.

[765] Berrocal Guerrero Luis Enrique. Manual del Acto Administrativo, Librería Ediciones del Profesional Ltda, quinta edición, Bogotá, 2009, p. 274.

[766] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ, Sentencia del 8 de marzo de 2007, Radicación número: 25000-23-26-000-1995-01143-01(14850), Actor: BERNARDO NIÑO INFANTE, Demandado: FONDO ROTATORIO DE LA POLICIA NACIONAL.

[767] Sobre el particular el Consejo de Estado ha afirmado que “el inciso segundo del artículo 135 del C.C.A. (modificado por el artículo 22 del Decreto-ley 2304 de 1989), se encuentra actualmente vigente, no ha sido expresamente declarado inexecutable y, por el contrario, se declaró ajustado a la Carta, por lo cual se mantiene incólume su presunción de constitucionalidad.” (Sección Tercera, Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ, Sentencia del 8 de marzo de 2007, Radicación número: 25000-23-26-000-1995-01143-01(14850), Actor: BERNARDO NIÑO INFANTE, Demandado: FONDO ROTATORIO DE LA POLICIA NACIONAL.)

[768] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA - SUBSECCION “A”, Consejera ponente: ANA MARGARITA OLAYA FORERO, providencia del 28 de octubre de 1999, Radicación número: 1660-99, Actor: GLADYS OFFIR GRAJALES PELAEZ, Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL.

[769] Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero ponente: NICOLAS PAJARO PEÑARANDA, sentencia del 13 de mayo de 2004, Radicación número: 15001-23-31-000-1997-7666-01(2969-02).

[770] Sentencia del 8 de marzo de 2007, citada.

[771] La Constitución Política de 1886, con la reforma introducida mediante el Acto Legislativo No. 1 de 1945, ya consagraba en su artículo 193 como atribución de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la suspensión provisional “de los actos de la Administración”, sin embargo la actual redacción resulta jurídicamente más precisa, en tanto hace referencia a “los efectos” de los “actos administrativos”.

[772] Artículos 152 a 154.

[773] Consejo de Estado, Sala de Consulta y de Servicio Civil, concepto del 24 de abril de 1981.

[774] SECCION TERCERA, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, Sentencia de 26 de marzo de 2007, Radicación número: 11001-03-26-000-2006-00040-00(33067), Actor: LUIS LOBO ORCASITAS Y OTRA, Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL - INCODER-

En el mismo sentido puede consultarse Auto de 25 de agosto de 2005, Exp.29949, C.P., Ruth Stella Correa Palacio; Auto 4640, abr. 27 de 1984. M.P. Jacobo Pérez Escobar; Auto de 28 de junio de 1990, C.P. Gustavo de Greiff Restrepo, S.V. Carlos Betancur Jaramillo.

[775] El inciso final del artículo 207 del C.C.A., establece que cuando se ha solicitado la suspensión provisional, “ésta se resolverá en el auto que admita la demanda, el cual debe ser proferido por la sala, sección o subsección y contra este auto solo procede, en los procesos de única instancia, el recurso de reposición y, en los de primera instancia, el de apelación.”

[776] Sobre el particular puede consultarse: González Rey, Sergio. Incidencia de la Constitución de 1991 en el Derecho Procesal Administrativo colombiano, en II Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p.p. 227 y ss.

[777] BETANCUR JARAMILLO, Carlos, “Derecho Procesal Administrativo”, Séptima Edición, Señal Editora, Medellín, 2009, p. 244.

[778] Corte Constitucional, sentencia C-197 de 1999.

[779] V. Respuesta a la Pregunta 26.

[780] Corte Constitucional, Sentencia T-163 de 1998.

[781] El aparte pertinente de la norma dispone que “las entidades públicas y las privadas que cumplan funciones públicas podrán obrar como demandantes, demandadas o intervinientes en los procesos contencioso administrativos.”

[782] Decreto 01 de 1.984 art. 149.

[783] Decreto 01 de 1.984 art. 134.

[784] Decreto 01 de 1.984 art. 136.

[785] Decreto 01 de 1984 art. 151. La redacción de esta norma se varió, manteniendo su espíritu con la reforma introducida mediante el decreto 2.304 de 1.989.

[786] Ley 446 de 1.998, art. 44-7.

[787] C.C.A. arts. 135, 62 y 63.

[788] C.C.A. art. 136-2.

[789] Acerca de la posibilidad de que personas jurídicas ejerciten la acción de nulidad, puede consultarse entre otras, la Sentencia de la Sección Cuarta de febrero 19 de 1.999, expediente 9.229, C.P. Daniel Manrique Guzmán.

[790] C.C.A. art. 136-1.

[791] CONSEJO DE ESTADO, SECCION TERCERA, CONSEJERO PONENTE: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, Sentencia de 4 de diciembre de 2006, expediente 10.227, Actor: LA NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, Demandado: LUIS EDUARDO GARZÓN CASTELLANOS.

[792] Tal como se puso de presente en la respuesta a la Pregunta 76.

[793] Respecto de las excepciones en general, puede consultarse la respuesta a la Pregunta 6.

[794] Ley 388 de 1997, artículo 66.

[795] Ley 388 de 1997, artículo 67.

[796] Ley 388 de 1997, artículo 69.

[797] Ley 388 de 1997, artículo 70.

[798] Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 15 de mayo de 2003, Radicación número: 05001-23-31-000-2001-4053-01(23707), M.P. Alier Hernández Enríquez, Actor: POMPILIO DE JESUS ESCOBAR RESTREPO, Demandado: MUNICIPIO DE MEDELLIN.

[799] Santofimio Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 209.

[800] C.C.A., artículo 87.

[801] C.C.A., artículo 84.

[802] Constitución Política, artículo 237-2.

[803] Corte Constitucional, Sentencia C-1436 de 2000.

[804] En pregunta desarrollada más adelante se harán algunas precisiones respecto de la posibilidad de conciliar cuando se está en presencia de actos de contenido mixto.

[805] Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, cuarta edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp.135.

[806] Idem.

[807] Bocanegra Sierra, Raúl. Lecciones sobre el acto Administrativo, Ed. Thomson Civitas, segunda edición, Madrid, 2004, p. 33.

[808] Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 2008.

[809] Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 16 de marzo de 2005, Exp. 17.921A, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

[810] Consejo de Estado, Sección Tercera, providencia del 9 de diciembre de 2004, Radicación número: 25000-23-26-000-2002-1216-01(27921), M.P., RAMIRO SAAVEDRA BECERRA, Actor: EPTISA PROYECTOS INTERNACIONALES S.A. Y OTROS, Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VIAS.

[811] Se estima que los actos de contenido mixto son una excepción a esta regla.

[812] Bocanegra Sierra, Raúl. Lecciones sobre el Acto Administrativo, Ed. Thomson Civitas, segunda edición, Madrid, 2004, p. 48.

[813] Corte Constitucional, Sentencia C-108 de 1994.

[814] Bocanegra Sierra, Raúl. Lecciones sobre el Acto Administrativo, Ed. Thomson Civitas, segunda edición, Madrid, 2004, p. 48.

[815] Sección Segunda. C.P. Dolly Pedraza de Arenas. Rad. No. 5524. Actor: José Caballero Navarro. Demandado: Caja de Previsión Social de la Universidad de Cartagena.

[816] Sección Segunda. C.P. Carlos Arturo Orjuela Góngora. Rad. No. 8496. Actor: Luis Babativa Bustillo. Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

[817] Sección Segunda. C.P. Dolly Pedraza de Arenas. Rad. No. 10357. Actor: Carlos Antonio Contreras Romero. Demandado: Ministerio de Defensa-Ejército Nacional.

[818] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Sentencia del 2 de octubre de 2008, Rad. 2002-06050, actor: María Araminta Muñoz, demandado: Caja de Retiro de las Fuerza Militares.

[819] “Sin embargo, los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe.”

[820] C- 108 del 10 de marzo de 1994. M.P. Hernando Herrera Vergara.

[821] C- 477 del 10 de mayo de 1005. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[822] Expediente No. 4798-01. Actor Alberto Nery Rios Zuleta. Demandado: Servicio Nacional de prendizaje –SENA-. C. P. Alejandro Ordóñez Maldonado.

[823] Corte Constitucional, Sentencia C-540 de 1999.

En idéntico sentido se pronunció la Corte en la Sentencia C-458 de 2002.

[824] Ley 1107 de 2006, artículo 1.

[825] Ley 1107 de 2006, parágrafo del artículo 2º.

[826] Al respecto puede consultarse el Memorando 41/09 del 30 de junio de 2009, suscrito por el Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado y dirigido a los procuradores judiciales administrativos.

[827] Constitución Política, artículos 122 y siguientes.

[828] CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO, Bogotá, D. C., dos (2) de septiembre de dos mil ocho (2008), Radicación numero: 11001-03-15-000-2007-00670-00(C), Actor: TONY ALBERTO VARGAS PETECUA, Demandado: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION.

[829] Corte Constitucional, Sentencia SU-1010 de 2008.

[830] Corte Constitucional, Sentencia SU-1010 de 2008.

[831] Sobre el particular puede consultarse la Respuesta a las Preguntas 12, 86 y 88.

[832] V. Respuesta a la Pregunta 83.

[833] Respecto de la ocupación permanente de inmuebles, la Corte Constitucional, señaló en la Sentencia C-864 de 2004:

“[L]as autoridades públicas tienen el deber constitucional de respetar el derecho de propiedad privada sobre toda clase de bienes y, por consiguiente, cuando requieran bienes inmuebles para cumplir los fines del Estado consagrados en el Art. 2º de la Constitución deben obrar con sujeción al principio de legalidad y garantizando el derecho al debido proceso contemplado en el Art. 29 ibídem, o sea, deben adquirir el derecho de propiedad sobre ellos en virtud de enajenación voluntaria o de expropiación si aquella no es posible, en las condiciones contempladas en la ley, y no pueden obtenerlos mediante su ocupación por la vía de los hechos.

No obstante, cuando el Estado ha ocupado de hecho los inmuebles, con fundamento en lo dispuesto en el Art. 90 de la Constitución debe responder patrimonialmente e indemnizar en forma plena y completa al titular del derecho de propiedad privada, por el daño antijurídico causado, es decir, por el daño que no tenía el deber de soportar.

Por tanto, en cuanto el Art. 86 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el Art. 31 de la Ley 446 de 1998, y el Art. 136 del mismo código, modificado por el Art. 44 de dicha ley, contemplan la vía para obtener la reparación de los perjuicios causados con la ocupación permanente de los inmuebles, tales disposiciones no son contrarias al Art. 58 de la Constitución, ya que protegen el derecho de propiedad privada, en vez de vulnerarlo, al asegurar a su titular el reconocimiento y pago de la indemnización correspondiente.

Debe observarse que dichas normas no autorizan al Estado para que ocupe de hecho los inmuebles, pretermitiendo los procedimientos legales para la adquisición del derecho de propiedad privada, sino que buscan remediar por el cauce jurídico la situación irregular generada con dicho proceder de las autoridades públicas.”

[834] Sobre el particular pueden consultarse las respuestas a las preguntas 90 y 91.

[835] Ley 288, artículo 1º.

[836] Ley 288 de 1996, artículo 3º.

[837] SECCION TERCERA, Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ, Sentencia del 25 de febrero de 2009, Radicación número: 25000-23-26-000-1998-05851-01(25508), Actor: EDGAR ANTONIO BORJA SILVA Y OTROS, Demandado: FISCALIA GENERAL DE LA NACION Y OTRO.

[838] Consejo de Estado, Auto del 25 de noviembre de 2009, exp. 37.555, M.P. Enrique Gil Botero.

[839] CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, Consejera Ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, Sentencia del 15 de diciembre de 2004, Radicación número: 11.714, Actor: GUSTAVO ALFONSO ARIAS GALINDO Y OTROS, Demandado: NACION -MINISTERIO DE DEFENSA.

[840] V. Gr. Auto aprobatorio de acuerdo conciliatorio: CONSEJO DE ESTADO, SECCION TERCERA, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, 1º de octubre de 2008, Radicación número: 25000-23-26-000-1997-04620-01(16849), Actor: MANUEL ANTONIO REYES, Demandado: FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE SANTA FE DE BOGOTA.

[841] El artículo 39 de la Ley 80 prevé que “Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito” y, en consonancia con dicha norma, el artículo 41 establece que “los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.”

[842] CONSEJO DE ESTADO, SECCION TERCERA, Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, 22 de julio de 2009, Radicación número: 85001-23-31-000-2003-00035-01(35026), Actor: INTEGRAL S.A., Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VIAS-INVIAS-.

[843] Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejera ponente: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR, 29 de enero de 2009, Radicación número: 07001-23-31-000-1997-00705-01(15662), Actor: DROGUERIA SANTA FE DE ARAUCA, Demandado: INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES-I.S.S.

[844] CONSEJO DE ESTADO, SECCION TERCERA, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, 1º de octubre de 2008, Radicación número: 25000-23-26-000-1997-04620-01(16849), Actor: MANUEL ANTONIO REYES, Demandado: FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE SANTA FE DE BOGOTA

[845] Sobre el particular puede consultarse Benavides, José Luis. El Contrato estatal entre el Derecho público y el Derecho privado, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p.p. 172 y ss.

[846] Radicación 35026.

[847] Consejo de Estado, Sentencia del 22 de julio de 2009, cit.

[848] Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 7 de junio de 2007, Exp. 14669; M.P. Ramiro Saavedra.

[849] Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 29 de enero de 1998, Exp. 11099, M.P. Daniel Suárez Hernández.

[850] Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejera ponente: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR, 29 de enero de 2009, Radicación número: 07001-23-31-000-1997-00705-01(15662), Actor: DROGUERIA SANTA FE DE ARAUCA, Demandado: INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES-I.S.S.

[851] Sentencia de 22 de julio de 2009, cit.

[852] Consejo de Estado, Sección Tercera, autos del 3 de septiembre de 2008, exp. 33924, M.P. Ramiro Saavedra Becerra, y del 3 de diciembre, expedientes Nos. 34288 y 35722, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

[853] Sentencia del 22 de julio de 2009, cit.

[854] Consejo de Estado, Sección Tercera, C. P. RAMIRO SAAVEDRA BECERRA, Sentencia del 7 de julio de 2007, Radicación número: 52001-23-31-000-1995-07018-01(14669), Actor: JAIME ARTURO DORADO MOREANO, Demandado: MUNICIPIO DE SAMANIEGO (NARIÑO).

[855] Artículo 2.357: La apreciación del daño está sujeta a la reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente.”

[856] Sentencia de 7 de julio de 2007, cit.

[857] CONSEJO DE ESTADO, SECCION TERCERA, Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, 22 de julio de 2009, Radicación número: 85001-23-31-000-2003-00035-01(35026), Actor: INTEGRAL S.A., Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VIAS-INVIAS-.

[858] V. Gr. En Sentencia del 25 de octubre de 1991 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, exp. 6103, C.P. Daniel Suárez Hernández, en la que se dijo:

“Huelga precisar, a través de cuál de las diversas acciones procesales establecidas por el Código Contencioso Administrativo, debe manejarse la precitada pretensión por enriquecimiento sin causa. Ya quedó consignado que no puede ser con base en las controversias contractuales del art. 87 ibídem; tampoco podrá serlo con fundamento en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 85 C.C.A.), ni mucho menos, con apoyo en la simple acción de nulidad (art. 84 C.C.A.), dado que éstas últimas requieren de la existencia de acto administrativo cuya ilegalidad constituye la pretensión básica del demandante. Entonces, por exclusión, la llamada pretensión in rem verso por enriquecimiento ilícito, deber hacerse valer a través de la acción de reparación directa prevista por el art. 16 del Decreto 2304 de 1989, modificatoria del art. 86 del C.C.A. La anterior conclusión se encuentra implícita en varios fallos de esta sección, entre los cuales baste con mencionar los contenidos en sentencia de 11 de diciembre de 1984, Expediente No. 4070, Actor: Madriñán Micolta y Cía Ltda., Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo, y sentencia de 11 de octubre de 1991, Expediente No. 5686, Actor: Hennio Publicidad Ltda.; Consejero Ponente: Dr. Julio César Uribe Acosta, a más de la ya citada de 6 de septiembre del corriente año; Expediente No. 6306; Actor: Sociedad Olivetti Colombiana S.A., con ponencia de quien proyecta esta decisión. En todos estos casos, la Sala ha entendido que se encuentra frente a una SITUACION DE HECHO, que fluye directamente de la conducta o hechos llevados a cabo por las partes, que es lo que precisamente constituyen el apoyo para pedir el restablecimiento del derecho demandado.

En el caso fallado del expediente No. 5686, se concluyó así: Lo expuesto muestra, asimismo, que la nota de subsidiaridad que se le imputa a la acción in rem verso se da en el presente caso. En tal sentido y a falta de una acción específica no cabía otra que la escogida por la demandante. Además, dado el carácter de comerciante que ostenta la actora, el artículo 831 del C. de Co. viene a reforzar aún más la acción intentada, al disponer que nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro. Debe, entonces, como se expuso atrás, enfocarse la conducta de la administración como un hecho; perjudicial para la sociedad que prestó un servicio de suyo oneroso sin percibir contraprestación alguna y favorable para la entidad pública que se lucró de dicho servicio.

Claro como está que el fenómeno del enriquecimiento sin causa, como fuente de obligaciones y derechos, tiene la categoría de HECHO y que como tal debe hacerse valer a través de la ACCION DE REPARACION DIRECTA, se impone precisar igualmente que en tales eventos resulta aplicable la regla cuarta del art. 23 del Decreto 2304 de 1989, que subrogó el art. 136 del C.C.A., cuando prescribe, en torno del fenómeno de caducidad de las acciones, a saber: La de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajos públicos.”

[859] Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de septiembre 10 de 1992, exp. 6822, C.P. Julio César Uribe Acosta, actor: Sociedad Suramericana de Construcciones S.A., demandado: INURBE.

[860] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española, vigésima primera edición, Madrid, Espasa Calpe, 1992.

[861] González Rey, Sergio. Acción de Repetición. Lecciones, en III Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 403 y ss.

[862] Corte Constitucional, Sentencia C-832 de 2001.

[863] Publicada en el Diario Oficial No. 44.509, del 4 de agosto de 2001.

[864] Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 5 de diciembre de 2006, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, exp. 110010326000200200005 01 (22,102), Actor: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Demandado: DAVID TURBAY TURBAY

[865] Procuraduría General de la Nación, Contraloría General de la República y Ministerio del Interior y de Justicia, Circular Conjunta del 30 de noviembre de 2008, sobre los Aspectos a considerar en el ejercicio de la acción de repetición y del llamamiento en garantía con fines de repetición.

[866] El Código Civil establece sobre el particular:

“ART. 1628. — En los pagos periódicos la carta de pago de tres períodos determinados y consecutivos hará presumir los pagos de los anteriores períodos, siempre que hayan debido efectuarse entre los mismos acreedor y deudor.”

“ART. 1653. — Si se debe capital e intereses, el pago se imputará primeramente a los intereses, salvo que el acreedor consienta expresamente que se impute al capital.

Si el acreedor otorga carta de pago del capital sin mencionar los intereses, se presumen éstos pagados.”

[867] El Código de Comercio establece en el artículo 877 que “el deudor que pague tendrá derecho a exigir un recibo y no estará obligado a contentarse con la simple devolución del título; sin embargo, la posesión de éste hará presumir el pago.”

[868] Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, Sentencia de 4 de diciembre de 2006, expediente:16.887.

[869] Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia proferida el 11 de febrero de 2009, expediente: 29.926.

[870] Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 5 de diciembre de 2006, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, exp. 110010326000200200005 01 (22,102), Actor: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Demandado: DAVID TURBAY TURBAY.

[871] Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 16 de octubre de 2007, M.P. Mauricio Fajardo Gomez, exp. 1100103260002002000101 (22.098).

[872] Corte Constitucional, Sentencia C-832 de 2001.

[873] Idem.

[874] Constitución Política artículo 243.

[875] En dicha pregunta se pueden consultar los fundamentos legales y jurisprudenciales en que se fundamenta tal apreciación final.

[876] Respecto de este tipo de responsabilidad, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-338 de 2006 señaló lo siguiente: “Responsabilidad patrimonial del Estado que se presenta cuando se produce i) un daño antijurídico que le sea imputable, ii) causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas, y iii) existe una relación de causalidad entre el daño antijurídico y la acción u omisión del ente público^[876]. En este evento tiene como fundamento el “principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, consagrados en los artículos 2, 58 y 90 de la Constitución”.^[876] Conforme al artículo 78 del Código Contencioso Administrativo, los perjudicados podrán demandar ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a la entidad, al funcionario o a ambos.”

[877] Ley 678 de 2001, artículo 2, parágrafo 2. Mediante la Ley 288 de 1996 “se establecen instrumentos para la indemnización de perjuicio a las víctimas de violaciones de derechos humanos en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales de Derechos Humanos.”

[878] “Obligación significa ligamen, atadura, vínculo, términos próximos entre sí, cuando no sinónimos, que vertidos al derecho implican una relación jurídica, o sea una relación sancionada por aquel, establecida entre dos personas determinadas, en razón de la cual un sujeto activo, que se denomina acreedor, espera fundadamente un determinado comportamiento, colaboración, que es la prestación, útil para él y susceptible de valoración pecuniaria, de parte y a cargo de otro, sujeto pasivo, llamado deudor, quien se encuentra, por lo mismo, en la necesidad de ajustar su conducta al contenido del nexo, so pena de quedar expuesto a padecer ejecución forzada, o sea a verse constreñido alternativamente, a instancia de su contraparte, a realizar la prestación original o a satisfacer su equivalente en dinero y, en ambos casos, además, a resarcir los daños y perjuicios ocasionados por su incumplimiento.” Hinestrosa, Fernando. Tratado de las Obligaciones concepto, estructura, vicisitudes, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2.002, p. 55.

[879] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 4 de Diciembre de 2006, Radicación No. 18270, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

[880] Ley 80 de 1993 (Estatuto de Contratación Estatal), art. 54; Ley 136 de 1994, art. 5-e; Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia), arts. 71-74; Ley 446 de 1998, arts. 31, 42-8 y 44-9.

[881] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 15 de septiembre de 1997, Radicación No. 11514, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández.

[882] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 15 de agosto de 2005, Radicación No. 282111, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

[883] Corte Constitucional, Sentencia C-484 de 2002.

[884] Ibidem.

[885] Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 30 de Agosto de 2006, Radicación No. 15323, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

[886] Corte Constitucional Sentencia C-574 de 1.998.

[887] Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 30 de Agosto de 2006, Radicación No. 15323, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

[888] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 14 de febrero de 2002, Radicación No. 13238, Consejera Ponente: Maria Elena Giraldo Gómez.

[889] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 30 de Agosto de 2006, Radicación No. 15323, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

[890] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 9 de Marzo de 1998, Radicación No. S-262, Consejero Ponente: Joaquín Jarava del Castillo.

[891] Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 30 de Agosto de 2006, Radicación No. 15323, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

[892] Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 30 de Agosto de 2006, Radicación No. 15323, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

[893] Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 30 de Agosto de 2006, Radicación No. 15323, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

[894] OSPINA FERNANDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. "Teoría general del contrato y del negocio jurídico", Temis, Bogotá, Séptima Edición, página 72.

[895] Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 4 de Diciembre de 2006, Radicación No. 15239, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

[896] Ley 80 de 1993, artículo 60.

[897] Sobre este aspecto se deberá prestar atención al artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, según el cual "La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalencias, o dentro del que acuerden las partes para tal efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga..."

[898] El Consejo de Estado, en Sentencia del 4 de Diciembre de 2006, Radicación No 15239, expresó lo siguiente: "Liquidación unilateral, la cual, como su nombre lo indica, no corresponde a una actuación negocial o conjunta de las partes del contrato sino a una decisión que adopta la entidad estatal contratante sin necesidad de contar con la voluntad o con el consentimiento del respectivo contratista particular, modalidad a la cual habrá lugar en los eventos y con las exigencias establecidas para esos casos por la ley; esta modalidad de liquidación ha sido concebida y regulada como subsidiaria de la liquidación bilateral o conjunta.

El carácter subsidiario que le corresponde a la liquidación unilateral, respecto de la bilateral o conjunta, lo evidencia la norma legal que la consagra en cuanto supedita su procedencia a una cualquiera de las siguientes hipótesis fácticas: i) que el contratista particular no se presente a la liquidación, con lo cual imposibilita la realización de una liquidación bilateral o conjunta, ó ii) que las partes no lleguen a acuerdo sobre el contenido de la liquidación, cuestión que igualmente impide la adopción conjunta del respectivo corte de cuentas.

Así pues, sólo si se configura una de las circunstancias enunciadas, la Entidad Estatal queda facultada para practicar la liquidación correspondiente de manera directa y unilateral, caso en el cual procederá a adoptarla mediante la expedición de un acto administrativo debidamente motivado, el cual será pasible del recurso de reposición en vía gubernativa."

[899] El Consejo de Estado, en Sentencia del 4 de Diciembre de 2006, Radicación No 15239, definió la liquidación judicial como "aquella que realiza y adopta el juez del contrato, en desarrollo de un proceso judicial o arbitral, según corresponda, en ausencia de alguna de las modalidades de liquidación antes mencionadas."

[900] El Consejo de Estado, en Sentencia del 4 de Septiembre de 1997, Radicación No. 10065, señaló respecto de la nulidad absoluta del contrato lo siguiente: "La nulidad absoluta del contrato está establecida en interés del orden jurídico. De allí que la única consecuencia de su declaratoria sea la de volver a las partes a su estado anterior (artículo 48 de la ley 80 de 1993). Pero si es un tercero el que intenta la acción de nulidad absoluta de un contrato de la administración pública, no podrá pretender consecuencias indemnizatorias de la prosperidad de su pretensión."

[901] Respecto de esta clase de nulidad, el artículo 46 de la Ley 80 de 1993, establece que "Los demás vicios que se presenten en los contratos y que conforme al derecho común constituyan causales de nulidad relativa, pueden sanearse por ratificación expresa de los interesados o por el transcurso de dos (2) años contados a partir de la ocurrencia del hecho generador"

[902] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 20 de Septiembre de 2007, Radicación No. 16370, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

[903] Ley 80 de 1993, artículo 3.

[904] Este artículo establece: "Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2o. de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta ley.

2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión. Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aún cuando no se consignent expresamente.

PARÁGRAFO. En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de

este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.”

[905] Desde luego, dicha potestad tiene un límite temporal para su ejercicio, respecto del cual, el Consejo de Estado, en Sentencia del 13 de septiembre de 1999, Radicación No 10264, se pronunció en los siguientes términos:

“(…)de esta potestad concedida por la ley a la entidad de derecho público sólo puede hacerse uso mientras esté vigente el contrato y no cuando el plazo haya vencido, ya que una de las limitaciones que afectan su ejercicio, es precisamente el elemento temporal para no configurar una incompetencia "ratione temporis”.

(…) Sin duda, cualquiera sea el tipo de contrato que celebre la administración dispone de un plazo limitado en el tiempo de acuerdo a su objeto, puesto que puede asumirse como un negocio jurídico a plazo fijo, dentro del cual el contratista debe cumplir con su obligación principal (construir la obra, entregar los suministros, etc.) y la administración podrá ejercer sus potestades sancionatorias (multas, caducidad y cláusula penal) frente al incumplimiento del contratante. Pero si bien es cierto en la mayoría de los casos el plazo del contrato coincide con el de ejecución de la obra, con la entrega del suministro, con la prestación del servicio, también lo es, que este plazo no constituye propiamente hablando el periodo de ejecución del contrato porque al finalizar el plazo que se ha destinado para el cumplimiento de la obligación principal por parte del contratista las partes no quedan liberadas de pleno derecho mientras no se extingan todas las obligaciones adquiridas, lo cual se cumple necesariamente en la etapa de liquidación del contrato en la cual es donde la administración puede valorar el cumplimiento total de las obligaciones a cargo del contratista y es la que pone término a la vinculación de las partes.

(…) De acuerdo con lo anterior, la Sala precisa que el contrato que se celebra con el Estado tiene dos plazos: uno para la ejecución y otro para la liquidación y que no tiene jurídicamente el mismo alcance las expresiones contrato vencido y contrato extinguido, toda vez que frente al primero la administración tiene la potestad para exigir las obligaciones a cargo del contratista y evaluar su cumplimiento. La extinción del contrato por el contrario, se configura cuando éste ha sido liquidado. En este orden de ideas, no puede estar ausente en la etapa de liquidación del contrato la potestad de autotutela de la administración para declarar su incumplimiento.”[905]

[906] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 9 de diciembre de 2004, Radicación No. 27921, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

[907] Al respecto se pueden consultar las siguientes sentencias: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 23 de febrero de 2000, Radicación No. 16394, Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercer, Sentencia del 4 de julio de 2002, Radicación No. 21217, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercer, Sentencia del 14 de abril de 2005, Radicación No. 25489, Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercer, Sentencia del 10 de junio de 2009, Radicación No. 36252, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

[908] El artículo 91 de la Ley 418 de 1997 establece lo siguiente: “La declaratoria de caducidad deberá proferirse mediante resolución motivada de la entidad contratante, haciendo efectivas la cláusula penal y las multas contractuales a que hubiere lugar. Dicha resolución prestará mérito ejecutivo contra el contratista y las personas que hayan constituido las respectivas garantías y se hará efectiva por jurisdicción coactiva.

La notificación de la providencia de caducidad se sujetará a lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo.

En firme la providencia de caducidad, se procederá a liquidar el contrato sin que haya lugar al pago de indemnización alguna a favor del contratista.

En ningún caso la aplicación de esta cláusula podrá ser sometida a conciliación o a decisión arbitral.

Los contratistas a quienes les sea declarada la caducidad quedarán inhabilitados para celebrar por sí, o por interpuesta persona, contratos con las entidades públicas definidas en la Ley 80 de 1993.”

[909] Este artículo establece: “Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.

El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El juez administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.

En los procesos ejecutivos derivados de condenas impuestas por la jurisdicción contencioso administrativa se aplicará la regulación del proceso ejecutivo singular de mayor cuantía contenida en el Código de Procedimiento Civil.”

[910] Ley 446 de 1998, artículo 70.

[911] De igual forma lo establece el artículo 2 del Decreto 1716 de 2009.

[912] De conformidad con el artículo 39 de la Ley 80 de 1993, “Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito”

[913] Respecto de este aspecto se puede consultar la respuesta número 53.

[914] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 4 de diciembre de 2006, Radicación No. 15239, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

[915] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 11 de febrero de 2009, Radicación No. 15757, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

[916] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 4 de diciembre de 2006, Radicación No. 15239, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

[917] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de marzo 9 de 1998, Radicación No. 11101, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.

[918] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 4 de diciembre de 2006, Radicación No. 15239, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

[919] Ley 1150 de 2007, artículo 11.

[920] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 4 de diciembre de 2006, Radicación No. 15239, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

[921] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 22 de junio de 2001, Radicación No. 14201, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.

[922] Consejo de Estado, Sección Tercera, entre otras sentencias se pueden consultar las siguientes: de 25 de noviembre de 1999, Exp. 10893; de 6 de mayo de 1992, Exp. 6661; de 6 de diciembre de 1990, Exp. 5165; de 30 de mayo de 1991, Exp. 6665; de 19 de julio de 1995, Exp. 7882; de 22 de mayo de 1996, Exp. 9208; de 9 de marzo de 1998, Exp. 11101.

[923] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 10 de abril de 1997, Radicación No. 10608, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández.

[924] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 29 de agosto de 2007, Radicación No. 14854, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

[925] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 6 de julio de 2005, Radicación No. 14113, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

[926] Así lo ha establecido el Consejo de Estado en las siguientes sentencias: de 10 de abril de 1997, Exp. 10608; de 22 de junio de 2001, Exp. 14201; de 9 de marzo de 1998, Exp. 11101.

[927] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 11 de febrero de 2009, Radicación No. 15757, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra.

[928] Proyecto del nuevo C.C.A., Título III, arts. 134 y siguientes".

[929] Artículo 229 de la Constitución Política.

[930] Artículos 43 y 73.

[931] Ver sentencias C-426 de 2002 de la Corte Constitucional e IJ-030 de 2003 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado

[932] Sentencia del 27 de marzo de 2007 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, expediente 760012331000200002513 01, número interno 2777-2004, actor José Bolívar Caicedo Ruiz

[933] Sentencia del 27 de agosto de 2009, de la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, expediente No. 15001-23-31-000-1998-00341-01(2202-04), actor Elsa Avella de Solano.

[934] Providencia del 22 de marzo de 2001, de la Sección Segunda, Subsección B, del Consejo de Estado, expediente No. 6295 (1359-2000), actor Juan de Dios Trujillo Mejía.

[935] Providencia del 8 de marzo de 2001, de la Sección Segunda, Subsección B, del Consejo de Estado, expediente 05563 (3872-00), actor Ministerio de Cultura.

[936] Art. 53 de la Constitución Política

[937] Ver sentencia del 19 de febrero de 2009, Consejera ponente doctora Bertha Lucía Ramírez de Páez, expediente No. 730012331000200003449-01, número interno: 3074-2005, actora Reinalda Triana Viuchi.

[938] Que consagró el Recurso Extraordinario de Súplica, hoy en día derogado.

[939] "La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo tendrá las siguientes funciones especiales: (...) 5. Resolver los asuntos que le remitan las secciones por su importancia jurídica y trascendencia social si, por estimar fundado el motivo, resuelve asumir competencia// 6. Conocer de los procesos que le remitan las secciones para cambiar o reformar la jurisprudencia de la Corporación".

[940] Para un gran sector de la doctrina extranjera los reglamentos o actos normativos del ejecutivo no son actos administrativos. Ver García-Trevijano Fos, Kormann, Forsthoff, Cassagne, García Oviedo, García de Enterría y Agustín Gordillo, entre otros.

[941] Principios Generales del Derecho Administrativo. Tomo I. La técnica jurídica del Derecho Público Francés. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1948. Página LXIII.

^[942] Sección Segunda del Consejo de Estado, providencias del 9 de febrero de 1995, expediente 10488; 14 de diciembre de 1995, expediente 8371; 25 de abril de 1996, expedientes 13233, 13285, 13286, 13386, 13534 y 13537 y 2 de mayo de 1996, expediente 13373, entre otras.

^[943] Sentencia del 17 de abril de 1997 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, actor Germán Cavalier Gaviria, expediente 8570.

^[944] Providencia del 15 de agosto de 1991 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, expediente 6802, actor Fernando Sarmiento Cifuentes y sentencia de la Sección Cuarta del 27 de agosto de 1999, expediente AC-7963.

^[945] Sentencia del 12 de diciembre de 2002 de la Sección Segunda del Consejo de Estado, expediente 2598-2002.

^[946] Providencias del 11 de septiembre de 1997, Sección Primera, expediente 2884; del 30 de enero de 2003, Sección Cuarta expediente 13556 y del 28 de agosto de 2003, expediente 13689.

^[947] Sentencia del 18 de diciembre de 1997 de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, expediente 8702

^[948] Ver, entre otras, la Sentencia T-1452 de 2000, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.