

---

# **CONCILIACION ADMINISTRATIVA**

Por: FELIPE DE VIVERO \*

---

*\* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes*

---



---

# CONCILIACION ADMINISTRATIVA

Por Felipe De Vivero

## Introducción

La congestión de los despachos judiciales debido al exceso de procesos por resolver ha sido un problema generalizado en el mundo entero. Este grave problema va en contra de la celeridad que debe caracterizar a la administración de justicia y por lo tanto genera incredulidad y falta de confianza en ella. La justicia, pilar del Estado de Derecho, se ve entonces afectada por la impunidad y como consecuencia de esto los particulares empiezan a sentir la necesidad de retomar esa función estatal fundamental y se evidencian las iniciativas de tomar justicia por la propia mano.

Para evitar esta congestión de los despachos judiciales se han intentado básicamente dos tipos de políticas: la de desjudicialización de los conflictos y la de agilización en la resolución de estos en los estrados judiciales.

La conciliación está enmarcada dentro de ambas políticas. En países como Francia, cuyo derecho administrativo sigue siendo aun la base de nuestro derecho público, se evidenció una crisis similar en la administración de justicia contencioso-administrativa, pero se decidió acudir a otro tipo de solución también enmarcada dentro de las políticas antes mencionadas.

Es importante observar lo ocurrido en Francia como muestra de la magnitud y generalización que ha tenido la congestión de la justicia. La estructura de nuestra jurisdicción contencioso-administrativa fue fiel copia de la estructura francesa instaurada desde el siglo antepasado. Es decir, la existencia como principio, de la decisión colegiada en materia administrativa trajo como consecuencia la necesidad de instaurar unos Tribunales Administrativos como primera instancia, y un Consejo de Estado como supremo juez de lo contencioso administrativo, segunda y única instancia. Los Tribunales Administrativos estaban repartidos por regiones, existiendo en la actualidad 33, 26 en Francia propiamente dicha, y 7 más en los denominados territorios de ultramar. El Consejo de Estado ubicado en París, como juez supremo era segunda instancia, única instancia y juez de casación, de conformidad con la repartición de competencias hecha dentro de la jurisdicción. Este triple papel trajo como consecuencia una congestión de procesos dentro del Consejo de Estado que no permitía el cumplimiento del principio de agilidad y celeridad de la justicia, principio consagrado como derecho fundamental dentro de la Carta de los Derechos Europeos del Hombre. La violación de este derecho trajo como con-

---

secuencia que en 1981 (1), la Corte de Estrasburgo condenara al Estado Francés al pago de una indemnización a un particular debido al perjuicio que le causara la lentitud en la resolución de un conflicto a través de las dos instancias en la jurisdicción contencioso-administrativa francesa.

En 1987 se decidió implementar políticas que lograran evitar la lentitud de la justicia contencioso-administrativa. Con esta finalidad se decidió crear unos Tribunales Administrativos de Apelación que luego de una nueva repartición de competencias, tendrían como papel fundamental resolver la segunda instancia de los fallos proferidos por los Tribunales Administrativos. El Consejo de Estado tendría el papel de supremo juez de la jurisdicción como juez de casación y como juez de primera y única instancia en los eventos que por su importancia la nueva ley de repartición de competencias lo estimara conveniente. Se crearon 5 Tribunales de Apelación repartidos en 5 ciudades importantes de Francia (Nancy, Bordeaux, Nantes Lyon, París). Pasados un poco más de siete años de dicha reforma la congestión que en un principio se vió aminorada está empezando a presentarse y se ha llegado a pensar en la creación de otros Tribunales de Apelación.

En Colombia, la magnitud del problema de la impunidad es tal que los gobiernos desde hace algún tiempo han considerado como parte fundamental de sus políticas devolver la credulidad en la administración de justicia. Actualmente dentro del proyecto de ley Estatutaria de la Justicia se introdujo el traslado de la competencia de primera instancia actualmente en los Tribunales Administrativos, a unos juzgados contencioso-administrativos. Esta instauración rompería el principio de la decisión colegiada de la jurisdicción administrativa, cuya bondad no me corresponde analizar en estas líneas.

El actual gobierno al iniciar su mandato concentró sus esfuerzos en este campo dándole desarrollo a la resolución alternativa de conflictos, estas figuras no eran nuevas en nuestro derecho, pero mediante su consagración normativa se intentaba superar la discusión doctrinaria y jurisprudencial acerca de la procedibilidad de este tipo de mecanismos dentro del campo del derecho público. En armonía con la Constitución de 1991 se llevaron a cabo una serie de desarrollos legislativos en concordancia con el énfasis que esta nueva Carta hace en el interés público dentro del nuevo Estado Social de Derecho, para instaurar mecanismos que vuelvan ágil la administración de justicia y permitan su descongestión.

---

*(1) Corte de Estrasburgo, 24 de Octubre de 1989, Arret H. . . , Condena al Estado francés a pagar 50.000 francos por perjuicios, y 40.000 francos de costas por violar el principio del proceso equitativo con plazos razonables. El proceso se demoró 4 años y tres meses en el Tribunal y 3 años en el Consejo de Estado.*

---

## I. Características de la Conciliación Administrativa

La conciliación hace parte de estos mecanismos de resolución alternativa de conflictos y está enmarcada tanto dentro de la desjudicialización como dentro de la agilización de la administración toda vez que tiene, como lo veremos más adelante, una faceta tanto prejudicial como judicial. Estas políticas junto con la necesidad de instaurar una nueva conciencia de paz como reacción a la agresividad reinante constituyen el fundamento de la conciliación. Entremos al análisis de la figura haciendo en primer lugar algunas precisiones que permitirán enmarcar la figura dentro del campo del derecho público.

Metodológicamente me parece importante, antes de entrar en el análisis de la figura, expresar que por conciliación estoy entendiendo la resolución de un conflicto por las partes interesadas mediante la celebración de un acuerdo ante una instancia oficial.

El marco normativo de la figura está dado por la ley 23 de 1991, el Decreto 2651 de 1991 (desarrollo del artículo 5º transitorio de la Constitución), y los Decretos 171, 173 de 1993, del Ministerio de Justicia. La Ley 23 de 1991 consagró los lineamientos generales de la conciliación tanto judicial como prejudicial. El Decreto 2651 trae algunas limitaciones a esta ley, pero su vigencia es temporal, 42 meses contados a partir de Enero de 1992, y

su aplicación esta restringida a la conciliación judicial.

Antes de dividir el análisis de la conciliación entre la prejudicial y la judicial, veamos los lineamientos generales dados por la ley 23.

En primer lugar, puede acudir a ella las personas jurídicas de derecho público, obteniéndose así la autorización legal genérica para toda persona. Debe entenderse lógicamente que podrán acudir a ella tanto como solicitantes de la audiencia así como en calidad de parte pasiva, es decir cuando el solicitante es el particular.

Estas personas deben acudir a través de sus representantes, por ejemplo, la Nación, por intermedio de los Ministros, los Jefes de Departamentos Administrativos, los Superintendentes. Los organismos de control, Procuraduría, Contraloría, Registraduría, a través del Procurador, Contralor, Registrador, respectivamente. Las entidades públicas a través de sus representantes legales. Los Departamentos estarán representados por los Gobernadores y los Municipios por los alcaldes. El Distrito Capital estará representado por su Alcalde Mayor, en armonía con el Decreto-Ley 1421 de 1993, Estatuto de Bogotá, que terminó con la representación del Distrito en cabeza del Personero.

Las materias que podrán conciliarse son aquellos conflictos de carácter particular de contenido patrimonial

---

que se ventilarían ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a través de las acciones de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Reparación Directa y Controversias Contractuales, consagradas en los artículos 85, 86 y 97 respectivamente, del Código Contencioso Administrativo. (2) En consecuencia no podrán conciliarse aquellos conflictos que se ventilarían a través del artículo 84, Acción de Nulidad Simple, dado que esta acción pública persigue mantener la legalidad objetiva careciendo de todo carácter particular y por lo general sin contenido patrimonial. Así mismo las materias tributarias están expresamente excluidas de la conciliación. Como veremos más adelante estos lineamientos generales dados por la ley 23 de 1991 están vigentes parcialmente debido a la vigencia del Decreto 2651 de 1991.

Como veremos detenidamente más adelante, la discusión central en torno a la conciliación gira alrededor de la posibilidad de conciliar la legalidad por una parte, y por la otra, la posibilidad de conciliar sumas que pertenecen al patrimonio público. Estos dos aspectos han sido los más difíciles de sustentar por quienes defendemos la importancia y el aporte de la figura en materia administrativa, pero a mi modo de ver esta discusión ha sido superada gracias al respaldo legislativo y a la jurisprudencia.

Veamos las características de la con-

ciliación prejudicial para luego analizar la judicial.

### **A. Conciliación administrativa prejudicial**

Es necesario definirla como el acuerdo al que llegan las partes sobre un conflicto mediante la celebración de éste ante una instancia oficial y antes de haber acudido ante la sede jurisdiccional. La conciliación administrativa prejudicial está regulada por la ley 23 de 1991, y el Decreto 173 de 1993 del Ministerio de Justicia. De conformidad con dicha reglamentación esta conciliación puede ser solicitada por cualquiera de las partes del conflicto., incluido el Ministerio Público, el cual es parte en todos los procesos. La petición debe elevarse ante los agentes del Ministerio Público delegados ante la respectiva corporación jurisdiccional que será competente para conocer del conflicto si se elevara ante la jurisdicción. El Ministerio Público tiene como delegados ante la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo a los Procuradores Judiciales ante el Tribunal y a los Procuradores Delegados ante el Consejo de Estado. Estos funcionarios configuran la instancia oficial ante quien debe celebrarse dicha audiencia de conciliación. El Ministerio Público como representante de los intereses de la sociedad y en cabeza de quien esta la obligación de velar por el patrimonio público representa la instancia oficial, requisito de acuerdo.

---

(2) Ley 23 de 1991, Artículo 59.

---

El requisito fundamental para que proceda la conciliación es que la acción a través de la cual se ventilaría el conflicto ante la jurisdicción no se encuentre caducada.

La solicitud debe elevarse ante el Ministerio Público de conformidad con lo expresado en el párrafo anterior. El agente al que le haya correspondido el conocimiento de la petición, deberá verificar los requisitos formales mínimos para proceder a fijar fecha y hora para la audiencia de conciliación que deberá celebrarse en su presencia. Esta solicitud así como la celebración de la audiencia no requiere de abogado, salvo que no se haga directamente por el interesado sino a través de representante, quien deberá ser abogado y actuar previo otorgamiento del respectivo poder. La solicitud debe cumplir los requisitos generales de toda demanda ante la jurisdicción contencioso administrativo, acompañándose las pruebas que se harían valer en el proceso o enunciar aquellas que no se tengan pero que también se harán valer en el proceso o enunciar aquellas que no se tengan pero que también se harán valer dentro del proceso. En el evento de adolecer de algún vicio formal, el agente mediante acto administrativo ordenará corregir la solicitud en el término de 5 días para poder proceder a fijar fecha y hora para la celebración de la audiencia. En caso de no corregirse se rechazará la solicitud.

Como requisito fundamental deberá presentarse con la solicitud una copia de ésta, con constancia de envío a la persona con la cual se pretende llevar a cabo la audiencia de conciliación (3).

Cumplidos estos requisitos el agente deberá dentro de los diez días siguientes a la presentación de la solicitud fijar fecha y hora para llevar a cabo la audiencia. La fecha de dicha diligencia no podrá distar más de un mes de la fecha en que se elevó la solicitud. Fijada la fecha ésta se comunicará a las partes mediante telegrama. Gracias al cumplimiento del envío de la copia de la solicitud a la persona con quien se pretende conciliar todas las partes llegan a la audiencia sabiendo claramente que es lo que se pretende conciliar, y por ende podrán haber preparado fórmulas conciliatorias.

La regulación de este tipo de conciliación esta plasmada en la ley 23 de 1991 y el Decreto 173 de 1993, por lo que las materias susceptibles de conciliación son aquellas que se ventilarían a través de las acciones de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Reparación Directa, y Controversias Contractuales. Durante algún tiempo luego de haberse expedido el Decreto 2651 de 1991, que no menciona la conciliación prejudicial, el Consejo de Estado sostuvo que durante la vigencia de dicho decreto este tipo de conciliación estaba interrumpido. Afortunadamente dicha discusión fue

---

(3) Ley 23 de 1991, Artículo 60

---

superada y actualmente están celebrándose este tipo de conciliaciones. Esta discusión en todo caso dejó algunas consecuencias y es así como la conciliación con respecto a materias susceptibles en la jurisdicción de ser impugnadas a través de Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, se ha visto gravemente limitada hasta el punto de estar prácticamente fuera de uso. Como veremos más adelante, la discusión en torno a este punto es más compleja ya que algunos consideran que en este tipo de conciliaciones y con respecto a esta acción se estaría conciliando la legalidad, la cual es inconciliable.

La Corte Suprema de Justicia (4) tuvo oportunidad de pronunciarse acerca de la exequibilidad de dicha posibilidad. Afirmó en dicha ocasión la Corte que la conciliación debe equipararse al recurso extraordinario de revocatoria directa en el cual se pueden revocar actos administrativos de oficio o a petición de parte, antes de haberse acudido a la jurisdicción. La limitación en la revocación de los actos administrativos que hayan otorgado una situación particular en favor de una persona y la necesidad de obtener el consentimiento expreso de ésta se ve cumplido ya que la persona está acudiendo a la conciliación y mediante la suscripción del acta está confirmando su consentimiento judicial como lo veremos más adelante, la

Corte declaró exequibles las normas acusadas con un análisis similar que será estudiando en esa sección.

El efecto de haber presentado en debida forma la solicitud de conciliación es el de interrumpir los términos de los recursos en vía gubernativa en caso de que no haya sido agotada, así como de interrumpir el término de caducidad de la acción respectiva. Cuando la solicitud adolece de algún vicio formal y este es corregido en los 5 días concedidos para ello, se considerará interrumpido el término desde el momento de la presentación incompleta. Dicha conclusión se debe hacer de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado en lo que se refiere a la presentación de una demanda. Esta interrupción durará el tiempo que dure el procedimiento conciliatorio, que considerado como una unidad comprende desde la solicitud hasta el momento en que el Tribunal Administrativo se pronuncia acerca de la validez de la conciliación celebrada o hasta el momento en que fracase el acuerdo conciliatorio, hecho que es declarado por el agente del Ministerio Público. En todo caso dicha interrupción no puede ser por un término mayor de 60 días. La interrupción cesará al cumplirse los 60 días o en caso que se acuda a la jurisdicción. Aquí surgiría el interrogante en el evento en que el procedimiento conciliatorio por algún motivo durara

---

(4) Corte Suprema de Justicia, sentencia de Diciembre 12 de 1991, Sala Plena, Magistrados Ponentes: Pedro Escobar Trujillo y Pblo J. Cáceres Corrales. Exp. 2326, demanda de inconstitucionalidad de los artículos 59 a 65 de la Ley 23 de 1991, capítulo de conciliación administrativa

---

más de 60 días. Estos días en todo caso deberán ser contabilizados como hábiles y en mi opinión no podrán extenderse más de 60 días en todo caso. Aunque desde un punto de vista práctico, en conciliaciones complejas que requieran más de 60 días uno podría pensar que el agotamiento del término conllevaría al fracaso del acuerdo por el temor a la ocurrencia de la caducidad, es necesario en aras de la seguridad jurídica y la celeridad de los procedimientos ser estrictos en dicho término.

Llegada la fecha y hora de la audiencia las partes deben acudir acreditando el carácter con el cual se presentan. Están obligados a presentar fórmulas conciliatorias para dar por terminada la controversia.

El papel del agente del Ministerio Público es aquí fundamental para el éxito de la conciliación. Su papel debe ser activo propendiendo por el acuerdo, teniendo en cuenta que tiene a su disposición el poder de sancionar a los funcionarios públicos que no acudan a la audiencia sin justificar en forma adecuada su inasistencia dentro de los tres días siguientes, así como aquellos que asistiendo se niegan a llegar a un arreglo sin existir razón alguna. La inasistencia será tomada asimismo como indicio grave en su contra dentro del proceso jurisdiccional. Si el particular no acude su inasistencia será tomada también como indicio grave en su contra en el proceso y los hechos susceptibles de confesión enunciados por la entidad se tomarán como ciertos.

Si no se llega a acuerdo alguno el agente así lo declarará y ordenará devolver la documentación a las partes advirtiéndoles que está abierta la posibilidad de acudir a la jurisdicción. A partir de este momento cesará la interrupción de los términos lograda con la presentación de la solicitud.

En el evento de llegar a un acuerdo, que puede ser total o parcial, se dejará constancia de esto en el acta, la cual deberá ser suscrita por las partes y el agente, y remitida por éste último al Tribunal respectivo para que examine si dicho acuerdo vulnera los intereses del Estado. En caso de encontrarlo ajustado así lo declarará y le impondrá su aprobación, prestando mérito ejecutivo el acta y su aprobación posterior por parte de la jurisdicción y teniendo efecto de cosa juzgada lo conciliado. Dicha unidad, acta conciliatoria y aprobación, debe ser enviada a la entidad para efectos de su pago así como al Ministerio de hacienda en los términos del Decreto 768 de 1993 sobre pago de condenas contra la Nación.

Estas constituyen las características esenciales de la conciliación prejudicial. Veamos ahora los rasgos de la conciliación judicial.

## **B. Conciliación Administrativa Judicial**

Esta conciliación es aquella que se da cuando el conflicto ha sido elevado ante la jurisdicción contencioso administrativa para ser resuelto antes de

---

haber obtenido sentencia que de por terminado el proceso. Dicha conciliación está regulada en la actualidad por el Decreto 2651 de 1991 y el Decreto 171 del Ministerio de Justicia. Ambos con vigencia temporal de 42 meses. Esta regulación ha interrumpido lo establecido por la ley 23 de 1991 para la conciliación judicial.

De conformidad con estos dos decretos sólo se podrá conciliar sobre la materia en que se controvierta la responsabilidad extracontractual o contractual del Estado y que sean susceptibles de transacción. Esta limitación contenida en el Decreto 2651 (5) no limitaba de por sí a las acciones de Reparación Directa y Controversias Contractuales, excluyendo la de Nulidad y Restablecimiento del Derecho ya que la responsabilidad extracontractual del Estado puede surgir sea de hechos o de actos administrativos. Algunos sostenían que con el Decreto 2651 se había excluido dicha posibilidad. La discusión fue finiquitada mediante la expedición del Decreto 171 de 1993 en el que expresamente se dijo que las materias susceptibles de conciliación a que se refería el artículo 6 del 2651 eran aquellas ventilables a través de las acciones de Reparación Directa y de Controversias Contractuales, excluyendo sin razón, la de Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Sobre todo cuando en el fallo de la Corte Suprema de Diciembre 12 de 1991, referido anteriormente, se había declarado

exequible la posibilidad de conciliar en la materia ahora excluidas por el Decreto 171. En aquella ocasión el equiparar la conciliación con la facultad de que goza la administración de revocar directamente los actos administrativos, el escollo que alegaban quienes sostenían la inconstitucionalidad de la figura era que la revocatoria tenía como límite en el tiempo el no haber interpuesto los recursos en vía gubernativa o el no haber acudido a la jurisdicción, es decir que no se hubiere admitido demanda. En la conciliación judicial necesariamente ya se había superado esta etapa procesal y por ende se estaba violando el artículo 70 y 71 del C.C.A. Pues bien, sostuvo la Corte es cierto que ésta limitación está contenida en el Decreto-Ley 01 de 1984, pero también es cierto que la ley 23 de 1991 está autorizando que esta facultad, al equipararla con la revocatoria, puedan darse luego de haberse superado la admisión de la demanda cuando se trate de conciliación judicial. El mismo argumento es aplicable tratándose del evento en que se hubiese interpuesto un recurso. Dado que la ley 23 de 1991 tiene el mismo rango que el Decreto-Ley 01 de 1984 perfectamente podría derogar dicha limitación. De esta forma la Corte en una decisión afortunada dió vía libre a la conciliación en materias susceptibles de acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, por lo que no es entendible que luego a través del Decreto 171 expresamente se cierre esa posibilidad. Al-

---

(5) Decreto 2651 de 1991, Artículo 6.

---

gunos pensarán que no es tan grave el problema dado que tanto el Decreto 2651 como el Decreto 171 tienen vigencia temporal, pero es necesario afirmar que en este momento existe la voluntad de volver permanente dicha normatividad, con lo cual se daría un duro golpe a la conciliación teniendo en cuenta que la mayoría de la congestión de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo proviene de las secciones que conocen la materia laboral administrativa, materias cuya acción procedente es por lo general la de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

Teniendo claro las materias para las cuales procede veamos otras características. Este artículo 6º del Decreto 2651 de 1991 establece que en primera instancia al menos en una oportunidad y a más tardar al concluir el período probatorio, deberá celebrarse una audiencia de conciliación ante el respectivo magistrado que esta conociendo del negocio. Esta puede ser de oficio o a petición de parte. A esta conciliación acuden las partes, por ende el Ministerio Público que es parte en todos los procesos. La dirección de la audiencia está a cargo del Magistrado y es este quien debe propender por que las partes presenten formulas conciliatorias y lleguen a un acuerdo. En caso de no lograrse acuerdo el proceso sigue su curso hacia la sentencia. El papel del agente del Ministerio Público ha sido pasivo en estas audiencias. Como parte que es el en proceso y teniendo en cuenta su

papel constitucional debería tomar un rol activo para que se llegue a un acuerdo conciliatorio, sobre todo teniendo en cuenta que el proceso está avanzando y que ha tenido la posibilidad de examinar los hechos que originaron el conflicto y las pruebas que se han aportado y practicado. Quienes sostienen equivocadamente que el Ministerio Público no puede intervenir dado su papel imparcial dentro del proceso se les olvida que la función constitucional del Art. 277, es la de velar por los intereses de la sociedad y proteger el patrimonio público. Mediante la conciliación se evitan condenas aún más grandes que las sumas que originalmente se adeudan y que se acrecentan por el paso del tiempo. Así que mediante su propensión por un arreglo conciliatorio está protegiendo el interés público y por ende cumpliendo cabalmente con su obligación. Se fomenta también el ánimo de resolución pacífica de las controversias.

En caso de llegarse a un acuerdo se firma el acta por las partes que intervinieron y por el Magistrado. Este acuerdo es examinado por la sección o sala para verificar su vulnera los intereses del estado, tras lo cual la declarará aprobado mediante providencia que no es susceptible de ningún recurso. El interrogante surgía con respecto al auto que negara la aprobación del acuerdo conciliatorio por encontrarlo violatorio de los intereses del Estado. El Consejo de Estado (6), con ocasión del recurso

---

(6) Consejo de Estado, auto de Febrero 5 de 1993, Sección Tercera, Consejo Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, Exp. 7633.

---

de apelación que se interpuso contra el auto que negó la aprobación del acuerdo conciliatorio celebrado entre Intertel-Socotel y Telecom, proferido por el Tribunal del Meta, aclaró algunas características de la conciliación es apelable a pesar de no estar expresamente consagrado como tal en el artículo 181 del C.C.A., confirmando así que esta enumeración es enunciativa y no taxativa, ya que por remisión del artículo 267 C.C.A., se aplica el Código de Procedimiento Civil, artículos 341 y ss., normatividad que contempla el recurso de apelación para aquellas providencias que dan por terminado un proceso y que no son susceptibles de reposición. Esta consideración se hace en armonía con el artículo 31 de la Constitución que establece la doble instancia para las decisiones judiciales definitivas. Con respecto al auto que aprueba una conciliación tuvo oportunidad de reiterar la posición anterior el Consejo de Estado en Octubre de 1993. Se trataba de un auto que aprobaba un acuerdo conciliatorio asumiendo una responsabilidad el municipio. El agente del Ministerio Público quien inclusive suscribió el acta de conciliación encontró que mediante este acuerdo se violaban los intereses del Estado e interpuso un recurso de apelación. El Consejo de Estado encontró un efecto que no existían suficientes elementos probatorios como para suponer una posible responsa-

bilidad del Estado, así como la falta de legitimación de algunos de los demandantes. En consecuencia revocó el auto aprobatorio y ordenó continuar el proceso (7).

Aclarado el punto de la procedencia del recurso de apelación contra el auto que imprueba el acuerdo el Consejo de Estado pasa a estudiar el fondo del asunto. Se trataba de la imposición de una multa en virtud de la aplicación de una cláusula de un contrato administrativo. La discusión se inicia al estudiarse si ésta imposición así como la declaratoria de caducidad de un contrato, actos que se realizan mediante acto administrativo unilateral hacían parte o no de la responsabilidad contractual o extracontractual a que limita la conciliación el Decreto 2651 y del Decreto 171. Si este tipo de actos eran impugnables en últimas, a través de una acción contractual o a través de una acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho. El Consejo de estado a través de su Sala de Consulta y Servicio Civil (8) había tenido oportunidad de pronunciarse acerca del tema al afirmar que los actos mencionados (imposición de multas, declaratorias de caducidad, modificación unilateral de los contratos), no pueden ser objeto de conciliación por no pertenecer a la responsabilidad contractual o extracontractual de que habla el artículo 6º del Decreto 2651. El 5 de febrero de 1992 la Sec-

---

(7) Consejo de Estado, Sección Tercera, Pon.: Dr. Juan de Dios Montes; Octubre 13 de 1993; Exp. 7891; Actor: Mabel del Carmen Mattas.

(8) Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Marzo 2 de 1992, consulta elevada por el Ministerio de Gobierno; Rad. 422

---

ción Tercera aclara que a pesar de estar de por medio actos administrativos, dichos actos pueden generar responsabilidad Contractual y que por no ser separables del contrato se ventilarían a través de la acción contenida en el artículo 87 del C.C.A., Controversias Contractuales. Finalmente en dicha providencia se aclara que el hecho que el Decreto 2651 afirme que las materias conciliables son aquellas susceptibles de transacción, no implica que esté equiparando una con la otra, y que en el presente caso no se está conciliando la legalidad de los actos administrativos que impusieron las multas sino simplemente sus efectos, es decir aquello que tiene un carácter patrimonial particular.

En mi opinión, el Consejo de Estado habría podido recoger lo sostenido por la Corte Suprema en el fallo de Diciembre 12 de 1991 al equiparar la conciliación a la revocatoria de un acto administrativo para la cual se estaba obteniendo el consentimiento expreso del particular afectado mediante la firma de la conciliación. En todo caso con esta providencia se aclaró en gran medida lo que tiene que ver con la responsabilidad contractual y la procedencia de la conciliación en dichas materias. Con respecto a los actos separables precontractuales necesariamente habría que concluir que no serían conciliables en sede judicial pero sin en sede prejudicial, obviamente siempre y cuando tengan un contenido patrimonial.

Es necesario detenerse por un segun-

do en el punto que se mencionó acerca de la irrecurribilidad del auto que aprueba una conciliación. Algunos discuten que este auto tendría que ser objeto de consulta. En mi opinión esto es falso ya que el artículo 184 del C.C.A., habla de la consulta para las sentencias y los autos de liquidación de condenas en abstracto dictados en primera instancia. Este auto está exento de la consulta ya que no procede de una sentencia ni podría considerarse como el resultado de una primera instancia. Se refiere el artículo 184 del C.C.A. a los eventos en que se da una terminación normal del proceso y no contempla el caso de la terminación anormal.

Finalmente con respecto a las generalidades de la conciliación judicial habría que decir que en segunda instancia solo procede a petición de la parte que fue favorecida con la sentencia de primera instancia.

Con esto estarían cubiertas las generalidades de la regulación con respecto a la Conciliación tanto prejudicial como judicial.

Veamos una serie de problemas que se han venido presentando con la aplicación de la figura y sobre las cuales es necesario pronunciarse en aras de contribuir a un avance que permita la continuidad de la aplicación de este tipo de mecanismos para así intentar que la gente vuelva a creer en la administración de justicia en Colombia el mostrar su efectividad.

---

## II. Naturaleza de la Conciliación

A pesar de no existir mayor discusión actualmente acerca de que es la conciliación se ha venido presentando un grave problema en la parte práctica al no haberse entendido la naturaleza de la figura. El problema gira en torno a determinar que naturaleza tiene el acuerdo conciliatorio. Surgen interrogantes tales como que si dicho acuerdo es una condena o no, si al conciliar la administración está asumiendo responsabilidad o no, y por ende que pasa dependiendo de lo anteriormente preguntado con la responsabilidad personal del funcionario público de que habla el artículo 90 de la Constitución cuando la entidad pública concilia. Este último interrogante es válido también para los casos en que exista arbitramento, ya que se discute también la naturaleza de dicho fallo.

### A. Al conciliar se asume responsabilidad.

Para tratar de explicar la posición personal sobre estos interrogantes empecemos por desmenuzar los elementos que la configuran. En primer lugar debe existir un conflicto de intereses que tenga un contenido particular y patrimonial. Las partes en el conflicto deben acudir a una instancia oficial ante quien intentarán llegar a un acuerdo para dar por terminado dicho conflicto.

La característica esencial de un conflicto es tener pretensiones en contra

entre las partes, por lo que al llegar a un acuerdo significa satisfacer pretensiones de cada una de las partes. Este acuerdo se celebra ante una instancia oficial para darle una solemnidad e imparcialidad tal, que una vez aprobado por la jurisdicción, constituya cosa juzgada y el cumplimiento de lo acordado se pueda obligar ejecutivamente. Constituye este mecanismo una de las formas anormales de terminación de un proceso cuando se está en sede jurisdicción, por oposición a la terminación normal de un proceso que lo constituye la sentencias. La sentencia en primer lugar puede ser condenatoria es decir satisface alguna o todas las pretensiones del demandante, o absolutoria, es decir, no satisface ninguna de las pretensiones del demandante y por lo tanto da la razón al demandado. En consecuencia solo habrá condena cuando se satisfagan pretensiones del demandante y se obligue al demandado a algo. En el evento de la conciliación el acuerdo traduce el acceder de una parte y de la otra a determinadas pretensiones de la parte contraria. NO es otra cosa que reconocer una obligación y por ende comprometerse a cumplirla sin necesidad que un juez lo declare mediante una sentencia. En derecho público se debe cumplir a cabalidad el principio según el cual ninguna persona está obligada a pagar sumas que no debe, el cual en armonía con el principio de legalidad, controla en forma total la facultad conciliatoria por parte de las entidades públicas. Estas en consecuencia, solo podrán conciliar aquellas sumas

---

que deban realmente ya que si hacen otra cosa estarían violando tanto el principio de legalidad como aquel que nadie está obligado a pagar sumas que no debe. No sobra resaltar aquí que tanto la sentencia como la conciliación como formas de terminación de un proceso tienen efectos relativos, es decir, tan solo cobijan a las partes que en ellas intervinieron.

Concluyendo este primer punto habría que decir que si la condena es la satisfacción de por lo menos una de las pretensiones del demandante, la conciliación es por esencia, la satisfacción de pretensiones de parte y parte. Por consiguiente se estaría frente a la misma situación. Lo que si es necesario aclarar es la diferencia que existe entre sentencia y condena ya que la una no implica necesariamente la otra. Es por esta razón que la ley tuvo que mencionar que el acuerdo conciliatorio tiene efectos de cosa juzgada y presta mérito ejecutivo, es decir que le tuvo que asimilar los efectos de una sentencia ya que no los tenía anteriormente. La discusión parecería hasta aquí de interés simplemente teórico y desde el punto de vista práctico surgía en el momento en que se celebraba el acuerdo conciliatorio y este era aprobado por el tribunal respectivo. El particular, una vez obtenía las respectivas copias exigidas por la ley, se dirigía a la entidad con quien había conciliado para hacer efectivo el pago de lo conciliado, Esta era negado alegando que había que esperar que se incluyera en el respectivo presupuesto, ya que al no ser

sentencia no podría introducirse dentro del pago de condenas. Afortunadamente el Decreto 768 de 1993 se pronuncio al respecto y menciono dentro del pago de sumas líquidas de dinero a cargo de la nación aquellas que provenían de un acuerdo conciliatorio las cuales debían seguir ante esta dependencia el mismo trámite de las sentencias condenatorias. En todo caso el problema sigue vigente actualmente ya que al no aclararse su naturaleza a pesar de que existe vía para llevar a cabo su cobro no se les aplica el artículo 177 del C.C.A., el cual contempla el reconocimiento de intereses comerciales durante los primeros seis meses, y de ahí en adelante y hasta que se realice el pago el reconocimiento de intereses moratorios. Dado que el artículo habla de condenas, las entidades públicas no estaban reconociendo ningún tipo de interés a las sumas conciliadas, hecho que desnaturalizaba la finalidad de la figura y desestimulaba su utilización ya que quien tiene a favor el crédito sale enormemente perjudicado. De por sí, en la mayoría de los casos ha sacrificado parte del crédito en atrás de precaver el albur de un litigio y su demora, para después perder los réditos que puede darle dicho capital al demorarse el pago de una conciliación no menos de un año después de haber sido celebrada.

En mi opinión es necesario entender que el acuerdo conciliatorio en la medida en que está reconociendo obligaciones a cargo de las partes y por ende satisfaciendo pretensiones, tiene el

---

mismo carácter de una condena y los efectos de una sentencia por voluntad de la ley. Por esto, deben aplicarse todas las normas previstas para ellas en lo que respecta al pago. Obviamente, vuelvo y repito, sin olvidar los efectos interpartes que tiene dada la naturaleza de los conflictos que da por terminado, Pienso que hay que quitarle de la cabeza al funcionario público la idea que cuando concilia está haciendo algo malo ya que está reconociendo una falla y por ende una obligación. Por el contrario, está siendo realmente un gestor público ya que esta evitando una sentencia condenatoria aún mayor mediante el reconocimiento de las sumas de dinero que debe. En la mayoría de las ocasiones inclusive podrá pagar una suma menor a la que hubiese tenido que pagar en caso de haber esperado una sentencia. Este tipo de conducta, no corresponde sino a la protección del interés público y el respeto del principio de legalidad.

Esto conlleva a un interrogante interesante. Qué sucede con la responsabilidad personal del servidor público de que habla el artículo 90 de la Constitución cuando la entidad pública concilia.

### **B. La conciliación frente a la falla personal del servidor público**

Para analizar este punto empecemos por determinar cuál es la relación existente entre el funcionario, el Estado y la víctima.

Estas relaciones son las conocidas por

la doctrina como las relaciones triangulares de la responsabilidad. En efecto el Estado está en la cima teniendo de un lado a la víctima y del otro al servidor. Estas relaciones triangulares está presentes en Colombia gracias a la consagración de la responsabilidad conexa contenida en el artículo 78 C.C.A., según la cual el particular podrá demandar la responsabilidad del Estado y por ende la indemnización por daño sufrido mediante su reclamación al Estado, al Estado y al funcionario, o al funcionario exclusivamente. En todo caso el Estado deberá responder por el pago, sin perjuicio de luego repetir contra el funcionario por lo que le correspondiere, obviamente si existe culpa grave o dolo en su actuar, Art. 77 del C.C.A. Esto define la relación del Estado con el funcionario como una relación de garantía en la cual el Estado siempre estará respondiendo por el actuar del funcionario en el desempeño de sus funciones, es decir por el nexo con el servicio. Esta relación de garantía tiene un tinte específico que le da unas características diferentes a aquellas de la garantía del derecho común. A pesar de que la jurisprudencia del Consejo de Estado en múltiples ocasiones ha hablado de solidaridad esto ha sido una imprecisión en parte debido a las características diferenciadoras de la garantía. La relación triangular sustentada en la responsabilidad conexa constituye el fundamento de la relación de garantía entre Estado y servidor.

El estado está entonces, en la parte

---

superior del triangulo convirtiéndose en el filtro por el que normalmente pasa la responsabilidad y el respectivo pago, como obligado principal. La arista que lo conecta con la víctima esta regulada por la obligación constitucional contenida en el artículo 2º anterior artículo 16 de la Constitución de 1886, y que constituía el fundamento de la responsabilidad del Estado. Este contiene la obligación de velar por la vida, honra y bienes de los residentes en Colombia. El incumplimiento de esta obligación acompañada de las condiciones establecidas en el artículo 90 CN, el daño antijurídico imputable al Estado, lo hará responsable y deberá indemnizar el daño ocasionado. La arista que conecta al Estado con el funcionario está regulada por el principio de legalidad consagrado en el artículo 6º que determina que los servidores públicos solo podran hacer aquello que les permita la ley, mientras que los particulares todo aquello que no les prohíba la ley. En consecuencia, la trasgresión de este principio genera responsabilidad en cabeza del servidor público. En primer lugar esta responsabilidad es disciplinaria por omisión o extralimitación en el cumplimiento de sus funciones. En segundo lugar, si esta omisión o extralimitación proviene de un actuar gravemente culposo o doloso, genera responsabilidad patrimonial en su cabeza siempre que por esta causa se haya ocasionado un daño. Se califica la gravedad de su actuar por querer del constituyente en el artículo 90 y por voluntad del legislador en los artículos 77 y 78

del C.C.A. para proteger a los servidores públicos y así evitar que la administración pública se paralice por el temor de la responsabilidad personal. En tercer lugar se puede generar una responsabilidad penal en el evento de encontrarse que su actuar está tipificado dentro del régimen penal. En todo caso la responsabilidad patrimonial del servidor se hará por lo general a través de la intervención del Estado dada la naturaleza de la relación garante garantizado existente entre el estado y el servidor ya que el primero está obligado a realizar el pago y luego a cobrar lo que le corresponda al servidor.

La tercera arista, o sea aquella que comunica al servidor y a la víctima directamente está regida por el principio de que todo el que ocasione un daño a otro está obligado a repararlo, principio que fundamenta también las otras relaciones vistas anteriormente, pero que era matizado de acuerdo a las partes intervinientes. En este evento se trata del caso en que el servidor, sin ningún nexo con el servicio, ocasiona un daño a otra persona. Este servidor está obligado a reparar el daño, pero ya que no tiene el ropaje y la investidura de "servidor público" al momento en que actuó, el Estado no tiene que responder, y por ésto se la aplica a la relación las reglas simples entre dos particulares.

Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial del funcionario se ha puesto en práctica dos posibilidades. Estas posibilidades están consagra-

---

das en una Resolución de la Procuraduría General de la Nación de 1993. (9) La primera consiste en vincular al funcionario al proceso de responsabilidad iniciado contra el Estado a través del llamamiento en garantía fundamentalmente. Este tipo de vinculación permite que el funcionario participe dentro del proceso y que por ende le sea oponible su sentencia. La sentencia deberá en primer lugar examinar si la administración es responsable o no. En caso de así declararlo tendrá obligatoriamente, dada la naturaleza del llamamiento que pronunciarse acerca de la relación entre el Estado y el servidor público para determinar si este actuó con culpa grave o dolo en la producción del daño imputado al Estado. Con este pronunciamiento el estado tendrá un crédito a su favor y por ende podrá iniciar su cobro coactivo inmediatamente para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial en cabeza del funcionario (10)

La segunda posibilidad consiste en que una vez obtenida la sentencia condenatoria contra el Estado iniciar un proceso de repetición ordinario contra el servidor, en el cual se busca que el Juez declare si en su actuar, ocasionando el daño imputado al Estado, existió culpa grave o dolo. En dicho caso así lo declarará y el Estado tendrá un crédito a su favor que podrá hacerse efectivo coactivamente. La

necesidad de este proceso ordinario - el cual debe tramitarse obviamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa dado que existe un nexo con la función pública-, es la de obtener una sentencia oponible al funcionario puesto que como el servidor no intervino dentro del proceso en que se condenó al Estado, sus efectos no le son oponibles.

Con respecto a la conciliación miremos qué puede suceder en las diferentes etapas según lo que puede suceder. En primer lugar en la conciliación prejudicial el particular o el Ministerio Público podría citar perfectamente tanto a la entidad como al funcionario. En todo caso se aplicaría el artículo 78 C.C.A. y el Estado como garante respondería. Se podría dar en este caso, que el Estado y el funcionario llegaran a un acuerdo para responder por la obligación que está a su cargo. En este evento no habría problema alguno y el acuerdo tendría efecto de cosa juzgada total. Pero las cosas se empiezan a complicar cuando el servidor asiste pero se niega a conciliar a pesar de que el Estado concilia con la víctima. En mi opinión el Estado reconoció una responsabilidad a su cargo. Dado que el servidor no concilió y que su relación con el Estado es diferente de la relación entre éste último y la víctima, no le es oponible el acuerdo, y en consecuencia para determinar si existe respon-

---

(9) Resolución R-14 de 1993 proferida por el Procurador General de la Nación.

(10) Consejo de Estado, Sección Tercera. Pon. Dr. Carlos Betancur Jaramillo, Exp. 7818 Diciembre 9 de 1993; Actor: Orlando Saltarín.

---

sabilidad patrimonial del servidor es necesario iniciar el proceso ordinario de repetición. Necesariamente en el proceso ordinario no estará sujeto a discusión si el Estado es responsable o no toda vez que este punto está cobijado por la cosa juzgada.

Cuando se analiza la conciliación judicial el problema se torna aún más complejo cuando el funcionario ha sido vinculado al proceso. Estando vinculado al proceso deberá ser citado a la conciliación. En el evento de conciliar todas las partes, no habrá problema y el acuerdo tendrá efectos de cosa juzgada total. En el evento de existir audiencia de conciliación donde por una parte el servidor vinculado se negare a conciliar lo que le corresponde y exista voluntad conciliatoria entre la administración y la víctima, algunos sostenían equivocadamente que no podía existir conciliación dado que esta iría en desmedro del funcionario. En mi opinión dado el carácter diferente y accesorio que tiene la relación entre el Estado y el servidor se puede dar perfectamente la conciliación entre el Estado y el particular. El problema siguiente a resolver es si el proceso puede continuar entre el Estado y el servidor exclusivamente, cuando el demandante ha salido del proceso por conciliación. Habría que recordar aquí que la conciliación es una forma anormal de terminación del proceso porque este necesariamente se llega a su fin. Adicionalmente la relación entre el llamante y el llamado es accesorio y depende de la suerte y vida de la litis trataba entre

demandante y demandado. Por esta razón no es posible sostener que el proceso puede continuar entre Estado y servidor no por que n exista reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado sino por el mismo carácter del llamamiento en garantía. Habrá existido conciliación parcial con respecto a las partes intervinientes. Deberá luego entonces iniciarse el proceso ordinario de repetición para identificar si el actuar del servidor en el daño imputado y reconocido por el Estado fue gravemente culposo o doloso para en ese evento iniciar el cobro coactivo y hacerle oponible lo que le corresponde pagar.

Podrá pensarse como solución para que el proceso pudiera continuar a pesar de haber dado una conciliación entre el Estado y la víctima, en aras del principio de economía procesal, que dentro de las condiciones de la conciliación la víctima le subrogara su acción al Estado. Esto no implica bajo ningún punto de vista que el Estado deriva la facultad de perseguir al funcionario de dicha subrogación. La obligación de repetir como lo hemos mencionado en varias ocasiones, deriva del artículo 90 de la Constitución. Esta subrogación lo que estaría permitiendo es continuar el proceso que entabló la víctima en contra del Estado, quien a su vez llamó al servidor, gracias a que el Estado toma el lugar de la víctima y lo que se va a determinar es el grado de responsabilidad que le cabe al funcionario en virtud de su actuar gravemente culposo o doloso. La respon-

sabilidad del Estado no podrá cuestionarse en virtud de la cosa juzgada que cobija la conciliación celebrada entre el Estado y la víctima. En otras palabras el proceso podrá continuar ya que el carácter accesorio del llamamiento en garantía sigue vigente gracias a que el Estado ha tomado el puesto de la víctima. En virtud de principios generales tales como el enriquecimiento sin justa causa la determinación del monto que estará en discusión estará limitado por el total que el Estado concilió. De este modo se determinará la parte que debe cubrir el servidor una vez se determine si su actuar fue gravemente culposo o doloso. En conclusión lo que permite la subrogación es que el proceso pueda continuar entre Estado y servidor a pesar de haber existido conciliación entre la víctima y el Estado, evitándose así el tener que iniciar un nuevo proceso por el Estado para determinar la responsabilidad de su funcionario.

Finalmente es necesario mencionar que la Ley 80 de 1993, Estatuto Contractual, introdujo en su artículo 76 lo que podríamos llamar otra modalidad de conciliación extrajudicial. Se trata de aquella celebrada ante la Cámara de Comercio o las asociaciones de profesionales o centros de conciliación en los eventos en que así se pacte. A la fecha no se ha reglamentado nada acerca del trámite a seguirse ni se requieren algún tipo de aprobación jurisdiccional posterior. El no requerido rompería cla-

ramente el esquema consagrado en las normas anteriormente citadas. Aunque esta conciliación se aplicaría exclusivamente en materia contractual su falta de reglamentación rompe el esquema de la figura dentro del derecho público dada la necesidad de tutelar los intereses del Estado. Cobra aún mayor importancia cuando ya existen pronunciamientos judiciales en el sentido de entender que los actos separables del contrato por expresa consagración legal, ley 80 de 1993 no existen, y que por ende todo acto relativo al proceso contractual diferente a la adjudicación, o a la impugnación de la calificación y clasificación en el registro de proponentes, a la declaratoria de desierta de una licitación solo es atacable a través de la acción contractual una vez perfeccionado el contrato. Siendo estos tres actos los únicos impugnables a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. (11) Es de esperarse una adecuada reglamentación que no vaya a desvirtuar las ventajas que la reglamentación previa al Estatuto Contractual había consagrado.

Estas líneas tan solo pretenden dar claridad en lo que respecta a la conciliación administrativa así como resaltar una serie de interrogantes que se han venido presentando en la práctica. Propongo algunas soluciones personales a dichos interrogantes fundamentadas en la jurisprudencia y en mi apreciación de cómo el derecho debe estar al servicio de la justicia.

---

(11) Consejo de Estado, Enero 17 de 1994, Sección Tercera. Pon. Dr. Carlos Betancur Jaramillo; Actor: Antonio D'Irisarri. Telefonia Celular

