

Transacción y Conciliación en el Derecho Administrativo.

Susana Montes de E.

Estudio fué presentado por la Doctora Susana Montes de Echeverri a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, durante su Sesión Ordinaria del día 29 de julio de 1.992, como trabajo de ingreso.

Transacción y Conciliación en el Derecho Administrativo.

A MANERA DE INTRODUCCION

El tema elegido reviste, a mi juicio, la mayor actualidad y trascendencia, no solo por las nuevas regulaciones legales sobre descongestión de los despachos judiciales, sino también, porque en el mundo entero se presenta un profundo debate alrededor de la búsqueda de formas alternativas de solución de conflictos, pues el problema que reconocemos en el país respecto de la ineficacia de la justicia, su congestión y lentitud en la decisión de los asuntos sometidos a su consideración, está igualmente presente en otros latitudes, tal como lo han reconocido destacadas autoridades en diversos foros internacionales.

De otra parte, en el país se abrió paso, en buena medida, la imposición de una reforma constitucional enarbolando la bandera de la necesaria transformación tanto del órgano judicial como de las formas de aplicación de la justicia, pues se estimó, con razón, que la institución había hecho crisis y que, en una amplia proporción, allí se podrían encontrar las causas de muchas de las perturbaciones sociales que padece el país.

En últimas, pues, todo el movimiento de transformación de la justicia está orientado hacia su reforma y, muy especialmente, hacia la agilización en su aplicación, esto es, hacia su efectividad, su eficacia.

Desde luego, es necesario recordar que el reconocimiento del problema en nuestro medio, venía de tiempo atrás y que habían sido muchos los esfuerzos, tanto a través de reformas constitucionales frustradas como de la expedición de normas legislativas, con las cuales se había tratado de afrontar el problema. En efecto, dos reformas a la Carta fundamental tendieron hacia la transformación de la rama judicial del poder público, reformas que por diferentes motivos recibieron de la Corte Suprema de Justicia declaratoria de inconstitucionalidad.

En el campo del derecho administrativo, fué dictado el decreto 2304 de 1.989, muchas de cuyas normas terminaron siendo declaradas inconstitucionales por desvirtuar el espíritu del legislador y desbordar el alcance de las facultades extraordinarias

También el legislador pretendió contribuir en el necesario cambio y, en cuanto atañe al ámbito del derecho administrativo, la ley 58 de 1.983 otorgó facultades extraordinarias al ejecutivo con el propósito de "revisar el procedimiento ordinario para adecuarlo a las nuevas tendencias procesales y a los procedimientos especiales para suprimir o unificar", fruto de cuyo ejercicio es el Decreto Extraordinario 01 de 1.984, actual código contencioso administrativo.

Posteriormente, en 1.989, el Gobierno Nacional, en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por la ley 30 de 1.987, intentó continuar con esta necesaria modernización de la justicia, tanto en general como en particular de la contencioso administrativa, y mediante el decreto 2279 reguló algunos sistemas de solución de conflictos entre particulares, buscando con ello descongestionar los despachos judiciales y permitir que las partes en controversia tuvieran mecanismos alternativos a los estrictamente judiciales como caminos idóneos para buscar aplicación de justicia. En el campo del derecho administrativo, fué dictado el decreto 2304 de 1.989, muchas de cuyas normas terminaron siendo declaradas inconstitucionales por desvirtuar el espíritu del legislador y desbordar el alcance de las facultades extraordinarias conferidas.

En enero de 1.991, con la expedición de la ley 23, se dictó un nuevo estatuto para la descongestión de los despachos judiciales, con el cual se modificaron parcialmente las disposiciones del decreto 2279, normas que vinieron a ser complementadas con las reglas del decreto 2651 de finales de 1.991, estatuto dictado por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades especiales conferidas por el artículo 5 transitorio de la constitución de 1.991.

Algunos de los mecanismos señalados como idóneos en la búsqueda de soluciones, han sido el de la conciliación y el del

arbitramento, instituciones que se basan, como lo define expresamente la ley, en la capacidad de transacción de las partes en contienda; es decir, que las formas jurídicas reguladas para lograr la descongestión en la justicia, suponen básicamente la capacidad de disposición, de transacción de las partes enfrentadas.

Tales institutos han sido previstos también para la solución de algunas de las controversias contencioso administrativas, por lo cual resulta imprescindible establecer con claridad cuál es y qué alcance tiene la capacidad de transacción que puedan tener las autoridades administrativas y con base en esta definición, desarrollar esas formas alternativas de solución de conflictos que van a resultar de mucha utilidad a efecto de transformar la aplicación de justicia, agilizándola, y permitiendo que los jueces atiendan las causas que por razón de la materia no son susceptibles de transacción o por la dificultad en que se encuentren las partes les sea imposible convenir la solución de la controversia.

Por ello, y sin pretender agotar el tema, he encontrado muy interesante el análisis jurídico de las figuras de la transacción y la conciliación en el derecho administrativo, con el propósito de esbozar algunas ideas en torno a su actual regulación, y en especial porque, contrariamente a lo que se ha sostenido, estimo que ellas son figuras que han existido desde hace ya muchos años y que, quizás por temor no han sido utilizadas en el ámbito de las controversias contencioso administrativas, desaprovechando todas las enormes ventajas que ofrecen.

I.- ANTECEDENTES

Los antecedentes jurisprudenciales más aproximados al tema de la viabilidad de la transacción en el derecho administrativo, se pueden encontrar en las diversas providencias y conceptos emitidos por el Consejo de Estado en su Sala de Consulta y Servicio Civil y en la Sección III de la Sala Contencioso Administrativa, no solo a partir del análisis de la posibilidad jurídica de transigir de la administración, sino también y en forma más prolija, a propósito del estudio de la posibilidad de que directamente la administración reconozca intereses de mora en desarrollo de los contratos administrativos, sea que ellos se pacten desde la celebración del contrato respectivo o que se convengan con posterioridad ante el evento de ocurrencia de la mora; esto es, por ende, a partir del análisis de la posibilidad de reconocer directamente por la administración alguna forma de compensación o indemnización a favor de los contratistas cuando aquélla incumple sus compro-

misos dinerarios provenientes de la contratación, "conviniendo" o acordando con el contratista la forma de hacer tal reconocimiento.

Y son, a mi manera de ver, antecedentes directos, pues para poder reconocer intereses moratorios es preciso tener, en alguna medida, capacidad de disposición, la cual también resulta fundamental para definir si existe o no capacidad de transacción por autoridades administrativas.

Sobre el particular, la Sala de Consulta, casi uniformemente, ha venido reiterando la tesis de la improcedibilidad del reconocimiento de intereses moratorios, salvo en un par de oportunidades en las cuales conceptuó favorablemente; por el contrario, la Sección Tercera de la Corporación ha reconocido sistemática y expresamente la legalidad de la cláusula de intereses dentro de los citados contratos, para indemnizar económicamente al contratista cuando por la mora en los pagos se le ha causado perjuicio por la entidad contratante.

Ejemplos de cada uno de los pronunciamientos mencionados, entre muchos otros, son los siguientes :

En contra de la posibilidad de transigir de las entidades públicas, de reconocer directamente el pago de intereses moratorios y, por lo mismo, de incluir la cláusula correspondiente en los contratos, deben mencionarse los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil de: marzo 14 de 1.977 con ponencia del Dr. Samuel Arango Reyes; salvamento de voto del Dr. Luis Carlos Sáchica al concepto de junio 3 de 1.977 con ponencia del Dr. Mario Latorre; concepto de febrero 14 de 1.978, con ponencia del Dr. Samuel Arango Reyes; agosto 10 de 1.987 con ponencia del Dr. Javier Henao Hidrón; auto de septiembre 9 de 1.987 proferido dentro del trámite de revisión del contrato celebrado entre Publicar S.A, Telecartagena y Telecom; de mayo 21 de 1.990 con ponencia de Jaime Paredes Tamayo, con salvedad de voto del Dr. Mora Osejo.

A favor de la existencia de autorización legal para incluir la cláusula correspondiente y del reconocimiento directo de los intereses moratorios:

Concepto de junio 3 de 1.977 con ponencia del Dr. Mario Latorre; sentencias de septiembre 5 de 1.980, Sección III, con ponencia del Dr. Carlos Betancur, expediente N.2073; de junio 29 de 1.984 con ponencia del Dr. Carlos Betancur, expediente N.3280; Salvamento de voto del Dr. Mora Osejo al concepto de la Sala de Consulta de septiembre 12 de 1.984, radicación N 2123; sentencias de agosto 15 de 1.985 con ponencias del Dr. Julio César Uribe, expediente N

3916 y de Jorge Valencia expediente N 2470; auto de diciembre 16 de 1.986, con ponencia del Dr. Valencia Arango expediente N. 5011; concepto de julio 8 de 1.986 de la Sala de Consulta con ponencia del Dr. Paredes Tamayo, radicación 024; sentencias de fecha septiembre 10 de 1.987 con ponencia del Dr. C. Betancur, expediente N 3711; noviembre 5 de 1.987 con ponencia del Dr. Julio César Uribe expediente N 4906; marzo 17 de 1.988 con ponencia del Dr. Antonio J. Irisarri, expediente N. 4779; mayo 6 de 1.988 con ponencia del Dr. H. G. Aldana, Sección IV expediente N 0565; septiembre 1 de 1.988 con ponencias del Dr. Julio C. Uribe, expedientes Ns 3762 y 5104; septiembre 19 de 1.988 con ponencia del Dr. Carlos Betancur, expediente N 3301.

A esta larga lista podrían sumarse, también, las providencias en las cuales el Consejo de Estado ha reconocido la aplicabilidad de las disposiciones del derecho privado en los casos o materias propias del derecho administrativo, en cuanto la materia específica de que se trate no tenga regulación especial en el derecho público, pues por esa vía tendríamos que concluir que pueden incluirse en el texto de los contratos administrativos, cláusulas como la de reconocimiento de intereses por mora, normales, usuales y casi implícitas, en todos los contratos civiles en virtud de las regulaciones sobre la materia expresas en el código de la materia.

También debe mencionarse la providencia de la Corte Suprema de Justicia de junio 20 de 1.990, expediente N 2068, con ponencia del Magistrado Morón Díaz, que decretó la inexecutable del artículo 55 del decreto 2304 de 1.989, en la cual en forma extensa se refirió la Corporación al tema de la transacción.

Sin embargo, a pesar del volumen de pronunciamientos del Consejo de Estado, a través de dos de sus Salas, resulta imposible hablar de la existencia de jurisprudencia uniforme sobre el tema en particular, pues, como quedó descrito, la orientación de las providencias entre sí es diametralmente opuesta; así, no es posible invocar, con autoridad, la jurisprudencia contencioso administrativa para sostener una u otra tesis, toda vez que, como se ha visto, se encuentran abundantes pronunciamientos que apoyan ambos extremos del planteamiento.

Los fundamentos jurídicos de unas y otras podrían resumirse, en su forma más simple, de la siguiente manera:

Argumentos en contra :

- En virtud del principio de legalidad, a los funcionarios públicos les está vedado

realizar actividades que no les estén atribuidas en forma expresa y, por ende, su competencia es reglada.

- Existe independencia del derecho administrativo frente al derecho privado y, por consiguiente, aquél no es supletorio.
- Frente a los contratos administrativos, existe el principio de sujeción a las apropiaciones presupuestales, en virtud del cual se condicionan los pagos a su existencia.
- La declaratoria de incumplimiento contractual sólomente es competencia del Juez y no del funcionario administrativo y, solo por excepción y por lo mismo de interpretación restrictiva, puede hacerla la administración directamente invocando la cláusula de caducidad.

Argumentos a favor que pretendieron refutar los anteriores:

- Si bien existe el principio de legalidad, la atribución de competencia a que él se refiere es de tipo funcional y no taxativo, por lo cual la administración tiene capacidad para desarrollar toda la actividad necesaria para cumplir la función que la ley le atribuye: lo que razonablemente se deduzca de su naturaleza.

Por lo mismo, no puede concluirse que lo que no esté expresamente regulado en la norma le está prohibido ejecutar al funcionario público, pues es natural que en la ley no puede regularse todo.

- Si bien el principio de la sujeción a las apropiaciones presupuestales es un condicionante de pago en la contratación administrativa, no por ello se puede deducir que en virtud de él la administración pueda incumplir los plazos contractuales o que ello significa una renuncia al derecho al pago en la época convenida. La obligación existe para la administración y si no paga en tiempo oportuno incumple sus obligaciones contractuales y, por ende, se le puede exigir indemnización correspondiente.
- La facultad de efectuar la declaratoria de incumplimiento no es solo atribución propia del Juez del contrato, sino que, bien a través de la utilización de la cláusula de caducidad o, como lo ha establecido recientemente la jurisprudencia (sentencias de enero 29 de 1.988, noviembre de 1.989 y diciembre 11 de 1.989), sin ella y aún vencido el contrato, es también competencia

Frente a los contratos administrativos, existe el principio de sujeción a las apropiaciones presupuestales, en virtud del cual se condicionan los pagos a su existencia.

del funcionario administrativo respectivo.

II.- OTRA FORMA DE APROXIMACION AL ANALISIS DEL TEMA

Independientemente de los planteamientos esgrimidos por la jurisprudencia, brevemente reseñados, y acudiendo al análisis sistemático de la legislación vigente, debe llegarse a la conclusión inequívoca, de que la administración pública está dotada de capacidad para transigir algunas de sus diferencias con los particulares. En efecto:

1.- Dentro de la regulación del actual estatuto de contratación pública, extensivo en estas materias a toda la contratación estatal en virtud del artículo 1, inciso 4, del decreto 222 de 1.983, desarrollo del artículo 5 de la ley 19 de 1.982, se prevé la existencia de dos clases de contratos estatales los contratos administrativos y los de derecho privado de la administración (artículos 3 de la ley 19 y 16 del decreto 222).

Ninguna de las demás disposiciones de los estatutos citados,

establecen prohibición para que la administración pueda celebrar uno cualquiera de los contratos regulados por los códigos vigentes en el país, por lo cual, en principio, es preciso concluir que la celebración de contratos de transacción por la administración, estaría legitimada desde el estatuto de contratación del estado.

El artículo 16 citado dispone en su inciso final:

"(...) Son contratos de derecho privado de la administración los demás, a menos que ley especial disponga en sentido contrario, y en sus efectos estarán sujetos a las normas civiles, comerciales y laborales, según la naturaleza de los mismos, salvo en lo concerniente a la caducidad (...)" (las subrayas no son del texto).

Así, podría válidamente concluirse que no solo no está prohibida la celebración de contratos de transacción por los entes públicos, sino que en forma expresa la ley los autorizó, pues es uno de los contratos regulados por el código civil, artículo 2469, cuya finalidad es evitar o precaver un litigio eventual o terminar uno en curso.

Ahora bien, si este razonamiento no resultara válido, cómo sostener que cada entidad pública está autorizada para celebrar, por ejemplo, contratos bancarios o de comodato o de mutuo o cualquiera otro catalogado como de derecho privado de la administración, si tampoco a ellos se refieren nominalmente las disposiciones propias del

derecho público? cómo distinguir, entonces, los contratos de derecho privado que está autorizada a celebrar la administración de aquellos que no puede celebrar?

Pero, además, con una afirmación semejante, debería revisarse, también, la capacidad de los entes públicos para celebrar contratos de obra pública, o de consultoría o de prestación de servicios, pues en los estatutos orgánicos de ninguna de ellas se hacen distinciones y simplemente se indica que podrán celebrar los contratos que requiera para el cumplimiento de sus fines u objetivos. Es decir, debería también, a propósito de los contratos administrativos, exigirse, con igual lógica, que los estatutos básicos reguladores de cada entidad indiquen expresamente cuáles son los contratos que puede celebrar.

Bastarían las anteriores líneas para concluir que la administración está dotada de la atribución legal suficiente para celebrar contratos de transacción. Sin embargo, muchos otros argumentos refuerzan esta conclusión.

2.- De conformidad con el esquema trazado por el código contencioso administrativo, las controversias entre el estado y los particulares tienen dos estadios: el primero, que debe ser cumplido frente a la propia administración dentro de la llamada vía gubernativa, y el segundo en los estrados judiciales a través de la interposición de las acciones contencioso administrativas.

De conformidad con el artículo 218 del C.C.A., y dentro de las controversias contractuales o por responsabilidad extracontractual del estado, es claro que cabe la transacción como modalidad específica para terminar, por mutuo acuerdo, el proceso judicial en curso; en efecto, el inciso final prevé que podrá terminar el proceso por transacción, cuando se satisfagan los requisitos exigidos por la misma norma para producir el allanamiento a las pretensiones de la demanda.

Esta norma recobró todo su vigor y vigencia jurídicas con la expedición de la sentencia de junio 20 de 1.990, proferida por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, dentro del proceso de inexecutableidad contra el artículo 55 del decreto 2304 de 1.989, en virtud del cual se intentó modificar el artículo 218 del C.C.A., suprimiendo de su texto la referencia expresa a la viabilidad de la transacción.

Así, es indudable que la administración posee, por expreso mandato legal, la capacidad genérica de transigir dentro de la modalidad señalada de procesos judiciales.

3.- No obstante, no estar expresamente reconocida en la ley la capacidad de los funcionarios administrativos para celebrar transacciones en la etapa gubernativa de discusión de los conflictos contencioso administrativos, este hecho no puede conducir, en manera alguna, a la conclusión simplista de aceptar la carencia de capacidad de la administración para, por este camino, evitar o precaver un litigio eventual.

Muchas otras disposiciones legales, aún antes de la expedición de la ley 23 de 1.991 y del decreto 2651 del mismo año, conducen a la conclusión que me permito plantear: la transacción es un contrato que puede celebrarse válidamente por la administración, en cualquier momento en que ello resulte útil a los intereses de la comunidad y que, por lo demás, se encuentre enmarcada dentro de las funciones atribuidas a la repartición administrativa correspondiente.

En efecto, la celebración del contrato de transacción:

a.- no está prohibida expresamente por la ley.

b.- de conformidad con la ley 153 de 1.887, artículo 8,

"(...) cuando no haya exactamente una norma aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes (...)", por lo cual deben aplicarse las disposiciones del mismo estatuto, que prevén la transacción judicial.

c.- porque por mandato del artículo 26 del código civil, "(...) los funcionarios públicos en la aplicación de la ley a los casos particulares y los negocios administrativos, los interpretan en busca de su verdadero sentido (...)" es decir con criterio teleológico o finalista.

Por ello, si la finalidad implícita en la norma del artículo 218 es terminar un proceso judicial por acuerdo de las partes, la misma finalidad existe cuando se pretende precaver un litigio eventual, por lo cual, es preciso admitir la viabilidad de la transacción en la solución de conflictos directamente por las partes aún en la etapa gubernativa.

Ningún sentido jurídico ni práctico tendría negar la posibilidad de que la administración definiera una situación litigiosa en la vía gubernativa, con el solo argumento de que la ley expresamente no ha autorizado ese tipo de actuaciones, para concluir que si se presenta la demanda pertinente y ella es admitida por el juez, entonces sí se adquiere capacidad por parte de la administración para definir el litigio a través de este medio jurídico. Sería un desgaste innecesario de actuación administrativa y judicial,

con los costos que ello implica para la comunidad, sin que con tal exigencia se logre un beneficio real, pues por el contrario, por ese camino se llega claramente a la violación de uno de los principios constitucionales sobre los cuales se ha construido la reforma de 1.991, cual es el de la primacía de lo sustancial sobre lo procesal (art.228).

d.- La administración, de conformidad con el artículo 76 del decreto 222 de 1.983, aplicable respecto de los contratos administrativos, y de las normas del código civil y/o del código de comercio respecto de los contratos de derecho privado de la administración, puede pactar en los correspondientes contratos, la cláusula compromisoria, por virtud de la cual se sustrae de la competencia del juez natural del contrato el conocimiento de las controversias surgidas de su ejecución, posibilidad que exige, necesariamente, la capacidad de transacción de las partes del contrato, requisito de viabilidad del arbitramento exigido por la legislación desde siempre, hoy contemplada por el artículo 1 del decreto 2279 de 1.989, modificado por el artículo 96 de la ley 23 de 1.991, sustituto, a su vez, del artículo 663 del código de procedimiento civil. e.- De conformidad con el artículo 2 del C.C.A., los funcionarios públicos deben tener siempre presente que el objeto de toda actuación administrativa es el cumplimiento de los fines del estado, la adecuada prestación de los servicios públicos, pero además, también la efectividad de los derechos e intereses de los administrados reconocidos por la ley, objetivos que encuentran su apoyo y desarrollo en el artículo 3 ibídem cuando establece cuáles son los principios orientadores de la actuación administrativa, dos de los cuales tienen clara relación con el análisis aquí planteado: el de la economía y el de la eficacia. Tales principios enseñan que los procedimientos administrativos que conduzcan a la toma de decisiones por la administración deben lograr su finalidad al menor costo posible, esto es, que está obligado el administrador público a buscar la manera de solucionar las cuestiones que le competen, desentrañando la finalidad querida por la ley al menor costo posible, fines que, desde luego, imponen la necesidad de admitir la capacidad de transacción en las autoridades administrativas, desde luego con el propósito de ser utilizada para satisfacer los intereses de la entidad.

f.- De conformidad con los artículos 340 (subrogado por el decreto 2289 de 1.989, artículo 1 num. 162), y 341 del código de procedimiento civil, las entidades públicas, previa la satisfacción del requisito de autorización, pueden transigir dentro de los procesos civiles en los cuales sean parte, prescrip-

ción normativa aplicable al procedimiento administrativo en virtud de lo establecido por el artículo 267 del C.C.A en armonía, desde luego, con las normas sobre interpretación y aplicación de las leyes contenidas en la ley 153 de 1.887 ya mencionadas.

g.- En virtud de las normas contenidas en los artículos 59 y siguientes de la ley 23 de 1.991, modificadas parcial y transitoriamente por el decreto 2651 del mismo año, la administración tiene capacidad de conciliación, tanto judicial como extrajudicialmente, facultad que supone la preexistencia de capacidad para transigir según lo ordenaba el artículo 49 del decreto 2279 de 1.989, derogado expresamente por el artículo 117 de la ley 23 de 1.991, pero reestablecido en su contenido por el artículo 6 del decreto 2651 de 1.991.

h.- Si los funcionarios competentes dentro de cada entidad o repartición administrativa, tienen capacidad para comprometer contractualmente a la administración con cuantiosísimas sumas en la ejecución de obras públicas, en la adquisición de elementos, para obtener prestación de servicios que le son necesarios etc., por qué debe negarse esa misma capacidad para comprometer económicamente a la entidad a propósito de un contrato de transacción a través del cual se define una situación eventualmente litigiosa, actuación que responde a sanos criterios de administración del estado y a criterios de equidad? Todo parecería indicar que en el fondo del problema solamente hay un fenómeno de desconfianza en el administrador estatal, en el cual se parte de la base, desde luego y a mi juicio equivocada, de que detrás de cada transacción hay un contenido de mala fé; el temor de que se hagan acuerdos transaccionales para defraudar al erario público.

Nada más equivocado. Es cierto que en la actuación del hombre se presentan conductas alejadas de la ética; pero ello no puede conducir a la conclusión de que el actuar humano es ilegal o inmoral siempre.

Negar al administrador público la capacidad para transigir, es eliminar una herramienta jurídica muy útil para definir situaciones eventualmente litigiosas, que apunta hacia la eficacia de la administración pública.

Presumir la mala fé siempre en la conducta del funcionario público, es partir de un supuesto absurdo que impide el adecuado desenvolvimiento de la administración y, por ese camino, se logra una mayor perturbación de la gestión estatal. A nadie escapa la posibilidad de que ocurran episodios de inmoralidad administrativa, lamentable-

Negar al administrador público la capacidad para transigir, es eliminar una herramienta jurídica muy útil para definir situaciones eventualmente litigiosas, que apunta hacia la eficacia de la administración pública.

mente hoy muy frecuentes; pero cercenando las competencias administrativas no se solucionan tales dificultades, pues la corrupción administrativa no solamente se puede presentar a partir de la celebración de los contratos de transacción, sino de cualquier forma de contratación o aún sin que medien contratos.

Otros son los mecanismos para luchar contra la corrupción administrativa, como por ejemplo, establecer rigurosos controles de gestión. Limitar las facultades y capacidades de los administradores no conduce a la moralización de la administración, pero en cambio se logra con ello el entorpecimiento de su buena marcha, en perjuicio de la eficiencia y eficacia como principios rectores de la buena administración.

i.- No permitir que la administración transija en la etapa gubernativa de discusión o como mecanismo de buena administración estatal, es colocar a la entidad pública en inferioridad de condiciones frente a las posibilidades que tienen los particulares, pues un arreglo entre las partes interesadas

SIEMPRE es más ventajoso que una condena, pues no solamente se evitan costos judiciales, actualización de valores e intereses, sino que, como es de la esencia de la transacción, el convenio exige renuncia recíproca de pretensiones, lo cual conduce a un arreglo de diferencias siempre por cuantías inferiores.

Como más adelante se analizará, no toda diferencia es transigible por la administración, ni en todos los casos es recomendable su utilización; sin embargo, el principio básico de la viabilidad de la transacción es el que pretendo defender.

j.- Finalmente, debo insistir en que, si hay instrumentos jurídicos que en la vida moderna se abren paso en el mundo entero como mecanismos útiles y ágiles para la solución de controversias y como alternativas frente a las dificultades por las que atraviesa la justicia en general, no tiene lógica que se busquen argumentos para lograr que no operen en materia contencioso administrativa, obligando a congestionar la administración de justicia en el ramo y perjudicando, de contera, su eficacia y eficiencia.

Tal mecanismo, de otra parte, ha tenido reconocimiento expreso en el pasado como resulta del análisis del artículo 9 de la ley 1 de 1.825.

k.- No sobra mencionar en esta oportunidad que, si bien la administración en desarrollo de los contratos tiene facultad para realizar operaciones de liquidación de obras o de trabajos que deben ser pagados al contratista, esto es, que tiene com-

petencia suficiente para administrar el contrato y, en tal virtud, tiene facultad para determinar las prestaciones mutuas a que da lugar el desarrollo y ejecución de dicho contrato, sin que ello constituya una modalidad de transacción sino el ejercicio de competencias naturales inherentes a la propia contratación, también lo es que, ante eventuales controversias o situaciones en que no resulta posible en ejercicio de dicha capacidad de administración del contrato el convenio sobre el reconocimiento de precios, costos o sobrecostos del contrato, pues las posiciones adoptadas por las partes en cuanto al supuesto básico que daría lugar al reconocimiento de tales valores resulta antagónica, también podría utilizar su capacidad transaccional a fin de precaver un litigio eventual y, por este camino, definir situaciones propias al interior de la relación contractual, definiciones que, por otra parte, contribuyen a la armonía entre los contratantes para el buen suceso del contrato, lo que, a su turno, redundará en beneficio del interés colectivo de la comunidad.

Si, como dijimos anteriormente, dentro de los procesos por responsabilidad contractual está autorizada en forma expresa la utilización de la transacción como medio idóneo para terminar un litigio en curso que ha sido planteado ante las autoridades judiciales, también tiene que tener esa misma capacidad la administración para prevenir el pleito mismo, dando solución al punto litigioso mediante la celebración de una transacción.

En otros términos, debe entenderse con claridad, que dentro del desarrollo de un contrato administrativo bien pueden darse los simples convenios, convenciones o acuerdos como expresión normal del desarrollo del contrato, de su administración y ejecución, los cuales no envuelven el concepto de contienda, litigio o controversia, respecto de los cuales no puede hablarse de la utilización de la capacidad de transigir de la administración, pero también, podrá presentarse la celebración de verdaderos contratos de transacción a propósito de aquellos temas en los cuales las partes sostienen puntos de vista antagónicos desde su fundamento, respecto de los cuales no hay certeza ninguna del derecho que asiste a cada una y a propósito de los cuales se suscita una verdadera controversia que conduciría eventualmente a un litigio.

I.- El proyecto de ley presentado por el Gobierno Nacional a consideración del Congreso de la República, número 63 de 1.992 Senado, "por el cual se expide el estatuto general de la contratación de la administración pública", adopta como mecanismos adecuados para la pronta solución de

los conflictos contractuales, tanto el instrumento de la transacción como el de la conciliación, según se lee en sus artículos 25-5, 58, inciso 3, 71, inciso 2 y 72.

En tales disposiciones se da primacía a la capacidad de las partes contratantes para solucionar sus diferencias a través de los mecanismos mencionados, dándole desarrollo así, al principio general consagrado en la nueva constitución, artículo 116 y, desde luego, al de economía.

III.- LA CONCILIACION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

A partir de la expedición de la ley 23 de 1.991, se introdujo en el procedimiento contencioso administrativo la figura de la conciliación, como uno de los mecanismos idóneos para lograr la descongestión de los despachos judiciales.

El artículo 59 de la citada ley, reconoció expresamente competencia a las autoridades administrativas para conciliar las controversias o eventuales litigios, tanto en forma prejudicial como judicial. La misma ley reguló los procedimientos que debían seguirse en uno y otro caso (artículos 60 y 61 respecto de la primera y 65 de la segunda), señalando como funcionario competente para cumplir la diligencia de conciliación pertinente en ambos casos, al Fiscal de la Corporación de la Jurisdicción Contencioso Administrativa ante la cual, por competencia, debía adelantarse el proceso judicial correspondiente.

Dispuso el citado artículo 59:

"Podrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial y judicial, las personas jurídicas de derecho público, a través de sus representantes legales, sobre conflictos de carácter privado y contenido patrimonial que antelajurisdicción de lo Contencioso Administrativo se ventilarían mediante las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo (...)"

Así, a partir de su vigencia, es preciso aceptar que en forma directa y expresa la ley 23 reconoció capacidad jurídica a la administración pública para decidir las controversias de carácter privado y contenido patrimonial, mediante la figura de la conciliación.

Pero, siendo requisito básico de la conciliación la capacidad de transigir de las personas comprometidas en ella (artículo 6 del decreto 2651 de 1.991), también debe concluirse, sin duda alguna, que la misma ley reconoció expresamente la capacidad de

transigir de las personas jurídicas de derecho público, sobre los temas mencionados, eliminando así la duda jurídica y, si se quiere, la controversia al respecto, que siempre afloró en los administradores del Estado y que se reflejó en los pronunciamientos o decisiones judiciales a que nos hemos referido anteriormente.

Este decreto 2651 de 1.991, tes de carácter transitorio como lo estableció expresamente la Asamblea Constituyente en el artículo transitorio 5, literal e), de la Constitución y, por ende, no tiene capacidad de derogación de las normas anteriores, aunque sí de suspensión en su aplicabilidad de las que el nuevo estatuto señaló expresamente o de las que, por su contenido resulten incompatibles; fué dictado, también, con el fin de descongestionar los despachos judiciales y en él se reguló íntegramente el tema de la conciliación en su modalidad judicial. Se substituyó el funcionario competente para adelantar la audiencia, competencia que se entregó, en cuanto se refiere al proceso contencioso administrativo, a los magistrados ante cuyos despachos deberían ventilarse los correspondientes juicios; sin embargo, nada se dijo en este decreto respecto de la conciliación prejudicial.

De esta forma, no habiéndose suspendido expresamente por el decreto 2651 la regulación contenida en la ley 23 sobre la conciliación prejudicial, ni resultar incompatibles las reglas sobre esta materia con las nuevas disposiciones del decreto sobre la conciliación judicial, es claro que debe concluirse que ella está vigente; pero, además, si se considera que el objetivo perseguido con ambos estatutos fué la descongestión de los despachos judiciales, finalidad que resulta garantizada con la existencia de dos oportunidades para evitar o para terminar el proceso judicial, también por este aspecto resulta imperioso concluir que la conciliación prejudicial conserva su vigencia. Por lo mismo puede decirse que subsisten las dos modalidades o etapas en las cuales puede presentarse la conciliación aunque el funcionario ante quien deben desarrollarse las respectivas audiencias sea diferente: la prejudicial ante el Agente del Ministerio Público que determine el Procurador General y la judicial ante el respectivo Magistrado.

Marginalmente debe señalarse respecto del funcionario que debe adelantar la audiencia de conciliación prejudicial que, en virtud de la reforma constitucional de 1.991, artículo 277-7, y del texto del artículo 56 del decreto 2651 de 1.991, todo en concordancia con el artículo 27 transitorio de la Carta y a partir del momento en que entró en vi-

gencia el nuevo código de procedimiento penal (julio 1 de 1.992), los Fiscales ante lo Contencioso Administrativo fueron substituidos por los llamados Delegados del Procurador, cuyas funciones deberán ser especificadas por tal funcionario y, por ende, será menester que dentro de dicha redistribución de funciones, el Procurador determine cuál de los funcionarios de la Procuraduría o de sus Delegados debe cumplir la función que la ley 23 les había asignado a los Fiscales de los Tribunales Contencioso Administrativos en relación con la conciliación.

De otra parte, el artículo 6 del decreto 2651 de 1.991, restringió la viabilidad de conciliación judicial exclusivamente a los casos en los que se controvierta la responsabilidad contractual o extracontractual del estado, por lo cual, ha de decirse que en la etapa prejudicial hay más amplitud en las materias alrededor de las cuales se puede presentar la conciliación.

Por lo demás, el citado artículo 6 reiteró la condición fundamental para establecer la procedibilidad de la conciliación: que se trate de asuntos que fueren susceptibles de transacción. Dispuso el artículo 6:

"(...) Para tal fin, de oficio o a solicitud de parte se citará a una audiencia en la cual el juez instará a las partes para que concilien sus diferencias, si fueren susceptibles de transacción, y si no lo hicieren (...)"

En esta forma, y para los fines del análisis objeto de este trabajo, es conveniente resaltar que las disposiciones vigentes, ley 23 y decreto 2651, ambos de 1.991, reconocen claramente la facultad de la administración pública para celebrar conciliaciones sobre temas susceptibles de transacción, esto es, sobre asuntos de carácter privado y contenido patrimonial; respecto de la conciliación judicial específicamente a propósito de la responsabilidad del estado, tanto contractual como extracontractual, mientras que en la etapa prejudicial puede tratarse de otras materias, desde luego siempre en cuanto ellas se refieran a conflictos de carácter particular y cuyo contenido sea estrictamente patrimonial.

IV.- MATERIAS QUE PUEDEN SER OBJETO DE CONCILIACION Y/O TRANSACCION POR LA ADMINISTRACION

En los apartes anteriores he pretendido demostrar cómo en la legislación vigente aparece clara la facultad de la administración para acudir a la conciliación y a la transacción.

Sin embargo, es evidente que no todos los temas propios de la administración pública

pueden ser objeto de conciliación ni son susceptibles de transacción, por lo cual también es necesario intentar un allanamiento de tal atribución.

De conformidad con los artículos 2470 del código civil y 1 del decreto-ley 2279 de 1.989, solo pueden transigir las personas con capacidad para disponer de los objetos o bienes comprendidos en la transacción y, como se citó anteriormente, la base fundamental de la conciliación es la capacidad de transigir de las partes.

En cuanto atañe a entidades públicas, tal capacidad de disposición hace relación necesariamente a dos aspectos fundamentales:

1.- en primer término, a que el tema dentro del cual o a propósito del cual se ha de celebrar la transacción, esté dentro de la órbita de las competencias del respectivo funcionario, esto es, que esté comprendido dentro de la función atribuida a cada entidad.

Y al afirmar que esté dentro de la competencia de la respectiva entidad, estoy afirmando que esté comprendida dentro de la atribución funcional establecida en la ley y, de ninguna manera, a que esté expresa y específicamente determinado en la ley.

Como lo mencioné atrás, el principio de legalidad que gobierna el quehacer administrativo por mandato constitucional, debe entenderse como la necesidad de existencia de una norma que entregue o atribuya funcionalmente una competencia a la entidad de que se trate, en virtud de la cual será obligatorio para ella cumplir todas aquellas actividades que racionalmente sean necesarias para satisfacer su cometido o que naturalmente se deriven de él, sin que haya otra norma que señale taxativamente sus atribuciones específicas.

Lo anterior significa que, cuando una ley atribuye una función o competencia determinada a una entidad, parejamente la está dotando de la capacidad suficiente para ejecutar todas las tareas que demanda su cumplimiento, esto es, que existe atribución implícita de competencias para desarrollar el cometido estatal asignado, tesis que ha sido sostenida tanto por la Corte Suprema de Justicia en sentencias de Sala Plena de mayo 25 de 1.961 y septiembre 18 de 1.986, como por el Consejo de Estado en providencia de mayo 13 de 1.988, Sección III. M.P. Dr. Carlos Betancur, expediente 4303, entre muchos otros pronunciamientos.

Con el anterior planteamiento no se pretende sostener que todo funcionario puede hacer todo lo que le parezca: por el contrario, se busca que se comprenda cuál es la

función que le compete, la finalidad para la cual se creó la entidad, a fin de que la ejecute adecuadamente, dejando de tener la concepción de un derecho administrativo negativo, para convertirlo en un instrumento para lograr la modernización de la administración de estado.

Una administración con verdadera capacidad de administrar o de ejecutar, necesariamente tiene que poder utilizar un instrumento como la transacción y, por ende, la conciliación, a fin de cumplir cabalmente su cometido funcional. No debe la administración trasladar al conocimiento de los jueces sino aquellos asuntos que no pudo decidir, evitando así la innecesaria congestión de procesos que se saben perdidos desde su inicio y que hacen que la justicia se afecte en su prontitud y eficacia.

Pero, además, no optar la propia administración por tomar las determinaciones que le competen permitiendo que buena parte de las decisiones lleguen a ser adoptadas por los jueces, significa, en otros términos, trasladar la competencia administrativa a la rama judicial con lo cual se rompe el concepto de la división de los poderes públicos y el recíproco control que debe haber entre ellos.

Sobre este aspecto en particular, la Corte Suprema de Justicia, en providencia de junio 20 de 1.989, expresó:

"(...) La supresión del allanamiento de la demanda por parte de entidades públicas, así como de la posibilidad de celebrar transacciones, cierra dos caminos por los que podría optar la administración frente a una petición fundada y así evitar innecesarios y engorrosos trámites que sólo dilatan la definición del litigio haciendo nugatoria la pronta y cumplida justicia que todos deben perseguir. Repitiendo a Alcalá-Zamora, "realmente resulta poco o nada edificante la terquedad administrativa, que con innegable mala fé y frente a jurisprudencia revocatoria constante, repetida y abrumadora, sostiene criterios injustos, para obligar a pleitos, o con la esperanza de que éstos dejen de interponerse por un descuido, o se estrellen por un desliz procesal (...)" (Alcalá-Zamora, Niceto. Lo Contencioso Administrativo. Buenos Aires 1.943 pág. 181) (...)"

b.- En segundo lugar, es necesario deslindar las materias mismas sobre las cuales es posible la transacción y, como consecuencia, la conciliación, pues no todo el tema propio del derecho administrativo admite la utilización de estas figuras para solucionar las diferencias entre la administración y los particulares.

Así, debe decirse, de modo general, que sólo pueden ser objeto de transacción, y

por ende, de conciliación, aquellos derechos o pretensiones que se pueden calificar como disponibles, renunciables, alienables, o sujetos a la libre voluntad de su titular. A contrario sensu, no podrán ser objeto de tales negocios jurídicos, aquellos derechos o pretensiones que deban recibir el título de inalienables, indisponibles, irrenunciables o sujetos a normas imperativas o de orden público.

En efecto, dada la naturaleza o la índole misma de algunas facultades administrativas, no todas las diferencias que se susciten entre la administración y los particulares son ni pueden ser objeto de conciliación o de transacción. En este orden de ideas, deben excluirse, naturalmente, todas aquellas controversias o conflictos que afecten directa o indirectamente los poderes, facultades, potestades y prerrogativas propias del poder público, de las cuales no puede llegar a desprenderse o a renunciar, ni siquiera parcialmente. Así, materias como las relacionadas con el ejercicio del poder público; la competencia misma de las autoridades; el uso del poder impositivo y la interpretación y aplicación de las normas sobre la materia; el ejercicio de facultades correccionales; las decisiones de índole electoral, etc., por su propia naturaleza no son materia transigible, ni pueden constituirse en objetos de transacción, pues respecto de todos esos temas surge el concepto del interés público y/o del orden público, los cuales por su naturaleza escapan a la capacidad de disponibilidad del funcionario administrativo, trascienden la órbita de lo privado de la administración y constituyen el fundamento mismo de la administración.

Ahora bien, no todas las materias propias del ámbito administrativo ofrecen la misma facilidad de deslinde entre lo que puede ser objeto de conciliación y lo que estaría vedado a este procedimiento: tal lo que ocurre con el tema relacionado con la posibilidad de modificar o derogar los actos administrativos proferidos unilateralmente por la administración como mecanismo de transacción o de conciliación.

Algunos doctrinantes y tratadistas extranjeros han hecho aproximaciones al tema; también, algunos juristas colombianos se han referido al mismo. La propia Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, se han pronunciado en providencias que, debe advertirse, aunque distan muy poco en el tiempo, responden a normativas distintas.

Gabriel Ruan Santos en su trabajo "Comentarios sobre la aplicabilidad del instituto de la transacción a la actividad de la administración pública", publicado en la Revista de Derecho Público N.7, septiembre de

1.981, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1.981, páginas 91 y siguientes, al hacer el análisis de la materia, hace las siguientes citas de otros doctrinantes:

"...Sostiene Clavero Arévalo que 'el principio de derecho privado relativo a la capacidad de transigir de las personas colectivas no tiene exacta correspondencia en el derecho administrativo (...); aclara que lo único que hacen es permitir que se puedan transigir los derechos que por su naturaleza sean transigibles de los que forman el patrimonio de la Administración (...); El ámbito de las posibilidades de transacción es más reducido (...). M.S. Giannini expresa que si la Administración actúa como sujeto de derecho privado, no hay normas que la priven de la legitimación para transigir (...). Por el contrario, si la Administración actúa como autoridad, la transacción no es posible: no porque haya potestad irrenunciable o norma inderogable, sino porque la Administración autoridad actúa mediante proveimientos administrativos (actos administrativos en sentido estricto) y no mediante negocios. Sin embargo, acepta este autor que cuando entre la Administración-autoridad y los particulares surgen controversias que atengan a efectos de los proveimientos con un contenido patrimonial, es posible que entre las partes se llegue a contratos de objeto público que tengan contenido transaccional (...). Sandulli (...) sin embargo, señala que no puede excluirse la posibilidad de que la Administración transija en litigios derivados de situaciones de derecho público para cuyo surgimiento haya sido necesario el consentimiento de sujetos extraños a ella (situaciones creadas por un contrato, por un proveimiento de concesión, de admisión etc.) (...). Arnaldo De Valles (...) aclaraba que debiendo la acción de los entes públicos ser conforme a derecho, una transacción podía tener lugar sólo sobre cuestiones de oportunidad o de apreciación, pero nunca sobre cuestiones de legitimidad pura (...). Auby y Drago (...) han sostenido que en las transacciones que celebre un ente público no pueden renunciarse ni relajarse las normas de orden público; en particular, han señalado que la transacción en materia de derecho público no puede versar sobre el ejercicio de una competencia obligatoria de la Administración (...)"

En sentencia de diciembre 12 de 1.991, Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia de los Doctores Pedro Escobar T. y Pablo Cáceres B., dijo la Corporación:

"(...) Es palmario que no puede quedar librada a la voluntad de los interesados (administración y particular) la decisión sobre la legalidad o la ilegalidad del acto para,

En efecto, dada la naturaleza o la índole misma de algunas facultades administrativas, no todas las diferencias que se susciten entre la administración y los particulares son ni pueden ser objeto de conciliación o de transacción.

en este último supuesto, decretar su nulidad y, como consecuencia, poder conciliar sobre los aspectos estrictamente patrimoniales. El orden jurídico, en cuanto constituye 'ius cogens' o derecho imperativo, por esencia, escapa a la idea de negociabilidad. Si la administración del estado está convencida de que una actuación suya se ajusta cabalmente a los dictados de tal ordenamiento, mal podría en un momento dado admitir lo contrario, es decir, que el acto administrativo fué ilegal, por el solo afán de evitar un litigio, conciliando las pretensiones (...). "más adelante agrega la providencia citada :

"(...) Así pues, la procedibilidad de la conciliación está determinada por la materia que es objeto del acuerdo, pues este, en su contenido, no puede vulnerar la ley. Así mismo, la naturaleza del acto es factor adicional que ha de ser tenido en cuenta para apreciar si ella es procedente. Sin lugar a dudas, cuando se trata de acto discrecional la conciliación es posible; en cambio, en tratándose de acto reglado, sólo podrá intentarse a condición de que los términos del acuerdo conciliatorio se ciñan a los parámetros de aquél (...)."

"Pero si bien el acto administrativo adquiere su firmeza y la presunción de legalidad solo después de que quede ejecutoriado, es lo cierto que ni siquiera en la etapa de su formación, esto es, cuando aún está sometido a la discusión propia de la vía gubernativa, podría la administración lícitamente disponer del principio de legalidad, porque es el carácter, la naturaleza misma del ordenamiento jurídico, lo que determina su inconciliabilidad, no el momento en que el acto administrativo se produce (...).

Refiriéndose la Corte Suprema de Justicia en el fallo citado, a los mecanismos existentes en la legislación colombiana para eliminar del mundo jurídico un acto administrativo en firme, analiza el camino normal o regular cual es el pronunciamiento de la jurisdicción contencioso administrativa, previo el desarrollo del proceso correspondiente, pero menciona, también, como consecuencia de la regulación del código contencioso administrativo, la modalidad de la revocación directa, así como el de la conciliación cuando se den las causales de la Revocación Directa. Sobre este punto en particular, señala la Corporación:

"(...) Se trata de una modalidad aplicable siempre y cuando se esté en presencia de las causales que el C.C.A., en su artículo 69 enumera, a saber, cuando sea manifiesta la oposición del acto a la Constitución Política o a la ley, cuando no esté conforme con el interés público o social o atente contra

él o cuando cause agravio injustificado a una persona (...)."

"Este mecanismo queda justificado o explicado gracias a la entidad e importancia de las causales previstas en el C.C.A., para que generen, de oficio o a petición de parte, por el funcionario que dictó la providencia o por su superior jerárquico, la extinción de un acto en firme (...)."

"Así las cosas, si el acto es pasible de revocación directa (v.supra), es jurídicamente aceptable la conciliación, ya que aquél instituto permite extinguir no solo los efectos del acto sino la providencia administrativa misma. La administración y el particular se trasladarían, por los efectos de la revocación directa, al momento anterior a la finalización de la actuación y allí se podría concluir con los resultados de la conciliación. Se vuelve factible entonces la terminación del proceso por cuanto no existiría materia alguna para que el juez se pronunciara (...).

"(...) Será necesario, claro está, que se esté en presencia de cualquiera de las causales consagradas en el artículo 69 del C.C.A (...) 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 solo en caso afirmativo podrá proceder a la conciliación (...)."

"Bajo esta óptica la institución de la conciliación contencioso-administrativa prevista en las normas sub-iudice y contraída a los casos que 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 (...)."

Debe observarse, de otra parte, que el pronunciamiento de la Corte Suprema del cual se transcribieron algunos apartes, fué hecho respecto de la ley 23 de 1.991 y cuando aún no entraba en vigencia el decreto 2651 de 1.991, pues según el ángulo desde el cual se analice el tema, podría indicarse que en virtud de las disposiciones del citado estatuto en su artículo 6, se restringió legalmente el campo de la conciliación, a los casos relacionados exclusivamente con las controversias sobre responsabilidad contractual y extracontractual, como lo entendió el Consejo de Estado.

Esta última Corporación, a través de su Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto de marzo 2 de 1.992, radicación 422, sobre el particular expresó lo siguiente :

"(...) La transcrita disposición a que se refiere la consulta, regula la conciliación en los procesos de responsabilidad contractual y

extracontractual del Estado. A diferencia de lo que contemplaba el artículo 59 de la ley 23 de 1.991, el artículo 6 de éste solo permite la conciliación en las dos referidas controversias para excluir así, de modo inequívoco, la posibilidad de conciliar controversias contencioso administrativas que se funden en peticiones tendientes a que se declare la nulidad de actos administrativos. Ello debido a que todas las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho tienen por fundamento la infracción de normas de derecho público que, como tal, no pueden ser objeto de renuncia, conciliación o transacción. Posiblemente el Gobierno, al expedir el Decreto 2651 de 1.991, tuvo en consideración las objeciones que oportunamente hizo el Consejo de Estado al artículo 59 de la ley 23 de 1.991 y, por ello, dispuso que la conciliación sólo puede efectuarse en controversias relativas a responsabilidad contractual y extracontractual que no versen sobre actos administrativos. La diferencia que existe, a este respecto, entre la ley 23 de 1.991 y el decreto 2651 de 1.991, precisamente consiste en que éste no contempla la conciliación sino en los dos casos indicados de responsabilidad contractual y extracontractual (...).

Concluye la Sala de Consulta y Servicio Civil absolviendo la consulta formulada, así: "Los actos administrativos mediante los cuales se decreta la caducidad administrativa, se impongan multas a los contratistas o modifiquen unilateralmente los contratos, según el artículo 6 del decreto 2651 de 1.991, no pueden ser objeto de conciliación. De acuerdo con la mencionada disposición sólo es posible conciliar controversias de responsabilidad contractual y extracontractual que no se refieran a actos administrativos."

Son, pues, tesis opuestas las presentadas por cada una de las

Corporaciones citadas y, por tanto, tampoco en esta materia puede invocarse la autoridad de la jurisprudencia como único soporte para la determinación de las materias que pueden ser objeto de conciliación y/o transacción.

Por ello, y a manera de planteamiento general y con el único propósito de que sirvan como criterios de reflexión y de orientación para el intérprete acerca de las materias que pueden ser objeto de transacción o de conciliación dentro de la actividad administrativa, me permito presentar los siguientes puntos que, a mi juicio, pueden servir de referentes :

1.- Es imposible la transacción por lo que respecta a la validez o invalidez de un acto administrativo, porque sólo le compete o a

la Administración misma, a través de los recursos por la vía gubernativa, o a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por medio del control de legalidad de los actos administrativos, su revisión, autoridades que no pueden hacer "concesiones" por no ser negociable ni disponible la aplicación de la legalidad misma.

2.- No puede ser objeto de conciliación o de transacción el ejercicio de los poderes o potestades públicas; ni las competencias administrativas; ni el poder impositivo; ni los procedimientos establecidos por la ley; ni el ejercicio de facultades o poderes correccionales, penales, disciplinarios o policivos, ni su legitimidad, salvo que la conciliación verse sobre apreciaciones fácticas o previas al pronunciamiento administrativo.

3.- Por regla general, puede admitirse la conciliación o la transacción sobre materias que contengan un alto grado de discrecionalidad o apreciación de la autoridad administrativa: el valor de una multa, por ejemplo, como consecuencia de la apreciación del grado de la falta o de los supuestos fácticos de la falta misma.

En estos especiales eventos, el acuerdo conciliatorio sólo se puede basar en los hechos anteriores a la expedición del acto mismo y, como consecuencia del acuerdo, se crea o nace para la administración la obligación subsiguiente de expedir un acto administrativo de revocación directa del primero, para lo cual, como lo entendió la Corte Suprema de Justicia, se tendrá autorización expresa del interesado, expresada en el mismo acuerdo celebrado.

4.- También puede admitirse la conciliación o la transacción, sobre materias que, aunque manejadas por la autoridad administrativa, deban regirse por las reglas del derecho privado, a condición de que no se oponga expresamente una norma de derecho público.

5.- Dentro del juicio contencioso administrativo, la conciliación o la transacción sólo puede versar sobre cuestiones referentes a la responsabilidad contractual o extracontractual.

De otra parte, ha de decirse que, aunque parece parcialmente resuelta la controversia sobre la viabilidad de la transacción por entidades públicas, con la diversa interpretación que a las normas pertinentes les han dado los más altos Tribunales de la Justicia Colombianos, surgen nuevos temas de discusión:

- Si la conciliación y/o la transacción proceden en la etapa prejudicial. Como lo anoté anteriormente, me inclino por su viabilidad por las razones expuestas.

- Si dichos mecanismos de terminación extraprocesal del litigio pueden ser aplicadas a cualquier materia a condición de que el conflicto sea de índole privada y cuyo contenido sea estrictamente patrimonial, o si solamente serán aplicables en los casos de controversias sobre responsabilidad contractual y extracontractual que reúnan tales características.

Desde mi propia perspectiva, estimo que lo que importa es la naturaleza del conflicto y no el ámbito dentro del cual se da, por lo cual, considero que en la etapa prejudicial, pueden ser conciliados y/o transigidos los asuntos en controversia que versen sobre temas de contenido patrimonial y de índole privada de la administración, sin importar si el conflicto se enmarca o no dentro de un proceso por responsabilidad.

Sin embargo, en la etapa judicial y mientras rija el D.2651, solo podrán producirse dentro de procesos relativos a responsabilidad.

- Si la conciliación y/o la transacción proceden dentro de conflictos en los cuales se presenta un acto administrativo.

Desde el punto de análisis de la Corte Suprema de Justicia, se llegaría necesariamente a la conclusión de que ello es posible a condición de que se dé uno de los supuestos legales en los cuales procedería la revocatoria directa del acto. Desde la perspectiva de la Sala de Consulta del Consejo de Estado, no es posible porque solo acepta la conciliación a partir de las acciones por responsabilidad y considera que los actos administrativos unilaterales, aún los producidos en desarrollo de contratos de la administración, no se controvierten por medio de esta acción.

Esta última afirmación, por lo demás, implícitamente conlleva la de que tales actos producidos dentro de la ejecución de un contrato constituyen actos separables del mismo, la cual, a su vez, incide en otro gran tema de controversia en la jurisprudencia y en la doctrina actuales: cuáles son los actos separables de los contratos, los precontractuales solamente o, también, los producidos en el período de ejecución del contrato por ser fruto de la voluntad unilateral de la administración, definición que, a su vez, afecta la determinación de la forma y oportunidad de su eventual control de legalidad. Debe recordarse, además, que en materia contractual, e independientemente de la calificación que se dé a los actos expedidos durante la ejecución del contrato, la propia ley, artículo 76 del decreto 222 de 1.983, determinó que el acto por medio del cual se declara la caducidad de un contrato y sus efectos, no es susceptible de con-

trovertir ante Tribunal de Arbitramento, muy posiblemente considerando que sobre tal acto no existía la capacidad de transacción, antes que por estimarlo como acto separable del contrato.

V.- DIFERENCIAS ENTRE LA CONCILIACION Y LA TRANSACCION

Aunque hemos partido de la consideración de que para la viabilidad de la primera es supuesto necesario la capacidad para transigir, estas dos instituciones presentan diferencias esenciales, las cuales fueron expuestas por la Corte Suprema de Justicia en el fallo citado de diciembre 12 de 1.991:

"Naturalmente, desde antiguo se conocen en el universo jurídico y en nuestro propio sistema de derecho, instrumentos que apuntan hacia idéntica finalidad, como son la transacción y el arbitramento, no siendo realmente fácil captar distinciones sustanciales entre la conciliación y la transacción. Más bien se las puede discernir en perspectivas histórica y externa y formal, por varias facetas, así:

"La conciliación tiene origen en el derecho internacional público, mientras que la transacción se inspira en la tradición contractual del derecho privado. La conciliación es una instancia oficial, judicial o prejudicial, para llegar a un acuerdo amigable; en tanto que la transacción es un contrato.

"Por sus efectos, tanto la conciliación como la transacción se les concede por la ley los de cosa juzgada, sin perjuicio de los efectos contractuales de la segunda. Por la materia, ambas figuras encuentran su ámbito de aplicación conforme a las prescripciones de la ley; sin embargo, se suelen limitar los asuntos objeto de transacción, en cuanto éstos conciernan al interés público (artículos 2472, 2473, 2474 del código civil), por el carácter privado de esa modalidad contractual; en tanto que la conciliación ha sido autorizada, como instancia oficial, indistintamente para asuntos de naturaleza pública, privada o mixta (laboral, familia, contencioso administrativa, civil), con fundamento en las conveniencias sociales que inspiran su existencia como actuación no litigiosa. En la conciliación, como instancia oficial que es, funge como conciliador un funcionario público o particular transitoriamente investido de esa función oficial, quien no necesariamente debe tener la categoría de Juez o Magistrado; en la transacción, como contrato que es, solo actúan en principio las partes.

"Como criterio de deslinde de fondo, quizás la única diferencia perceptible reside en

"La conciliación tiene origen en el derecho internacional público o, mientras que la transacción se inspira en la tradición contractual del derecho privado. La conciliación es una instancia oficial, judicial o prejudicial, para llegar a un acuerdo amigable; en tanto que la transacción es un contrato.

que el elemento sustancial de la transacción es la renuncia recíproca a pretensiones en aras del arreglo, lo que no ocurre necesariamente en la modalidad que la ley denomina conciliación, pues en ésta es factible que una de las partes se pliegue íntegramente a las pretensiones de otra.

"Por lo demás, - y esto es lo que marca la diferencia esencial con el arbitramento -, el conciliador no tiene poder para administrar justicia; la conciliación no tiene la naturaleza de un procedimiento orientado a producir un fallo, sino la de un conducto legal que procura llevar a las partes a un arreglo amigable de sus diferencias, sin que pueda decirse en sentido estricto que sea una etapa del litigio, ni siquiera cuando se realiza con motivo de la tramitación judicial del mismo, por cuanto el proceso se suspende durante ese paso legal (...)." 

En providencia de junio 20 de 1.990, también la Corte Suprema de Justicia con ponencia del Dr. Fabio Morón D, refiriéndose a la definición y naturaleza jurídica de la transacción, expresó:

"(...) La transacción -en cambio- es un negocio jurídico de composición mediante el cual las partes, ponen fin a un litigio o evitan uno eventual, renunciando recíprocamente a pretensiones alegadas. De lo anterior resulta que le asiste razón al actor cuando afirma que la capacidad que el artículo 218 del C.C.A., modificado, le reconocía a las entidades públicas para celebrar transacciones judiciales, previas las autorizaciones correspondientes, desborda los límites de lo procesal, y por tanto las atribuciones conferidas al Presidente de la República, pues el verdadero sentido de la transacción es el de ser un contrato (...)." 

A lo expuesto por la Corte Suprema en las providencias citadas, debe agregarse, para hacer más claridad, lo siguiente :

1.- para que haya verdadera transacción, es preciso que el tema en discusión verse sobre derechos inciertos, pues lo contrario significaría una renuncia a derechos, figura bien distinta de la analizada. No existe la misma exigencia tratándose de la Conciliación.

2.- en la transacción debe resaltarse el carácter de composición de un litigio o controversia por medio de las concesiones recíprocas, esto es, que debe haber una compensación entre las pretensiones mutuas, entendidas no a título estrictamente conmutativas pero sí con carácter oneroso, las cuales a su vez, se sirven mutuamente de causa.

para que haya verdadera transacción, es preciso que el tema en discusión verse sobre derechos inciertos, pues lo contrario significaría una renuncia a derechos, figura bien distinta de la analizada. No existe la misma exigencia tratándose de la Conciliación.

VI.- TRAMITE DE LA CONCILIACION Y DE LA TRANSACCION ADMINISTRATIVAS

1.-CONCILIACION PREJUDICIAL

Hemos afirmado que esta modalidad de conciliación no fué eliminada del mundo jurídico por el decreto 2651 de 1.991, pues sus disposiciones no se refirieron ni expresa ni tácitamente a ella, por lo cual, en nuestro entender, sigue vigente, regulada por las normas de la ley 23 de 1.991

.En este orden de ideas, los procedimientos previstos son los siguientes :

- Cualquiera de las partes de una eventual controversia puede solicitarla, sea la autoridad administrativa o el particular, aunque debe ser claro que su convocatoria en materia contencioso administrativa no es prerequisite para poder demandar ante la jurisdicción, esto es, que su solicitud o invocación es autónoma frente al proceso judicial, aunque si se intentó en esta primera etapa ya no es obligatoria en la segunda.--se debe presentar ante el Agente del Ministerio Público o Delegado que llegue a ser designado al efecto por el Procurador General de la Nación, con cuya solicitud se interrumpe el término del trámite de la vía gubernativa, si estuviere en curso, o de la caducidad de la acción pertinente hasta por un término de sesenta días, con lo cual se introdujo una modificación parcial sobre la materia regulada por el C.C.A.--deben concurrir las partes a la audiencia de conciliación citada por el agente del Ministerio Público ante quien se adelanta, bien directamente o por medio de su apoderado, evento en el cual deberán estar expresamente autorizados para conciliar a su nombre.

En esta materia debe tenerse en cuenta que, por mandato de la ley 23 de 1.991, no siempre coinciden quien tiene la representación legal de la entidad con quien tiene la competencia especial para conciliar; tal el caso de los ordenadores del gasto en la rama judicial y legislativa y en todos los casos de actuación a través de apoderados especiales.--dentro de la audiencia fijada por el Delegado del Procurador, deberán presentarse las pruebas de que dispongan las partes y se enumerarán las que se aportarían a un proceso.--si hay acuerdo se suscribe un acta por las partes, debidamente refrendada por el Agente del Ministerio Público, la cual deberá ser enviada al Magistrado respectivo (por reparto) a fin de

que haga su revisión e imparta la aprobación correspondiente o, si a ello hay lugar, por resultar lesivo el acuerdo para los intereses de la administración o por estar viciado de nulidad absoluta, se dictará providencia motivada en que así se declare, decisión contra la cual no procede recurso alguno.

- Si se produce la aprobación, el acuerdo conciliatorio tendrá efectos de cosa juzgada y prestará mérito ejecutivo contra las partes.

Resultaría muy aconsejable que los Delegados del Procurador que deban cumplir esta tarea sean verdaderos especialistas en derecho administrativo, pues la función que se atribuye es muy importante para la eficacia, tanto de la administración pública como de la de justicia. Bien podría pensarse en la posibilidad de que al interior de la Procuraduría se integre un selecto grupo de Delegados, verdaderamente especializados en derecho público, que puedan atender tan importante servicio.

2.- CONCILIACION JUDICIAL

a.- ante la jurisdicción contencioso administrativa:

- Se mencionó anteriormente la modificación introducida por el decreto 2651 de 1.991, en el sentido de restringir su viabilidad exclusivamente a los procesos iniciados con base en las acciones contractuales o de reparación directa y cumplimiento, las cuales se inician a partir del reclamo o controversia sobre responsabilidad contractual y extracontractual del Estado, y sobre los aspectos de índole privada y de contenido estrictamente patrimonial.
- La disposición del artículo 6 del estatuto citado, ha generado alguna discusión, pues para algunos no es viable la conciliación sino en la segunda instancia en virtud de lo dispuesto por el párrafo de la norma, mientras que para otros, a los cuales me sumo, son posibles las conciliaciones en la primera instancia, pues la norma es categórica en afirmar que en ella habrá, por lo menos, una oportunidad de conciliación a más tardar al concluir la etapa probatoria, entendimiento que se acomoda más a la finalidad buscada por el decreto de conseguir la descongestión de los despachos judiciales y porque de darse otro entendimiento a la disposición, habría que concluir que prevalece el párrafo sobre el texto mismo del artículo haciéndolo sobrar.

Otra cosa es que el párrafo esté permitiendo otra oportunidad de conciliación du-

rante la segunda instancia, evento en el cual sólo tiene capacidad de proposición el particular beneficiario del fallo proferido en la primera instancia.

- Debe realizar la audiencia conciliatoria el Magistrado que esté conociendo del proceso, bien a solicitud de parte o de oficio, pero deberá obligatoriamente haber por lo menos una, al concluir, como se mencionó, la etapa probatoria.
- Si se presenta el acuerdo conciliatorio, el Magistrado lo aprobará si lo encuentra ajustado a la ley, y dará por terminado el proceso si recae sobre la totalidad del litigio o se continuará solamente sobre lo no conciliado en caso contrario.
- al igual que en la conciliación extrajudicial o prejudicial, el acuerdo conciliatorio aprobado tendrá efectos de cosa juzgada.

b.- ante la justicia arbitral:

Dentro de los procesos arbitrales, inclusive de los originados en contratos administrativos (artículo 11), también el decreto 2651 de 1.991, artículo 16, numeral 3, previó la celebración de audiencia de conciliación la cual deberá cumplirse ante el Director del Centro de Conciliación ante quien se presente la solicitud de convocatoria, quien deberá actuar como conciliador y deberá convocar a las partes a dicha audiencia.

La mencionada regulación, que crea una instancia obligatoria de conciliación previa al desarrollo del proceso arbitral mismo, podría tener como gran ventaja, entendiéndose de contratos administrativos, que rodearía de garantías la actuación del funcionario, dándole transparencia a las decisiones que se lleguen o puedan llegar a adoptarse, y que hoy por hoy en muchas ocasiones y a sabiendas del derecho que asiste al contratista, no se dan por temor a las suspicacias que frecuentemente se presentan, las cuales lo inhiben y lo llevan a desistir del empeño de darle solución oportuna a las diferencias que se planteen, por el temor de ser tildado y aún acusado, de deshonestidad o de haber realizado fraude contra la administración.

Sin embargo, y en ello fácilmente se puede percibir cómo se volvería un trámite adicional de dilatación del proceso, si el Director del Centro no es un muy buen conocedor del tema de la contratación estatal, poco podría aportar a las partes en la búsqueda de soluciones equitativas, acordes con la realidad misma del caso y de la ley.

Por ello, de estimarse conveniente continuar con estas disposiciones, debería exigirse, en especial en el tema de la contratación administrativa, la presencia de un profesional altamente especializado en la materia y con la autoridad requerida para analizar el caso y proponer fórmulas que verdaderamente puedan acercar a las partes en conflicto. Bien podría pensarse en la posibilidad de que la ley previera que en cada oportunidad que se requiera, se invite a actuar como conciliador a un especialista en la materia, quien reuniera las calidades propias de un árbitro.

De esta manera, se estaría aprovechando la oportunidad para buscar eficazmente un arreglo, con gran economía para las partes comprometidas en el asunto; de lo contrario, el trámite establecido solo servirá de mayor demora en la solución de cada conflicto, demora que, como es bien sabido, aumenta enormemente los costos de las condenas. Muchos son los ejemplos en el país en los cuales se demuestra que la sola tardanza en la adopción de decisiones ha significado cuantiosas sumas a cargo del erario público. Basta recordar el caso de Carbocol, pero en similares condiciones existen muchos más.

3.- TRANSACCION

Tomada como contrato de derecho privado que puede celebrar la administración, ha de decirse que debe gozar de las mismas características señaladas por las normas del código civil, tal como ordena el artículo 16 del decreto 222 de 1.983.

- Por ello, en principio, se trata de un contrato consensual que solo por razones probatorias debe elevarse a documento escrito, a menos que en algo afecte derechos reales, caso en el cual requiere de solemnidades y solo por ello.
- Tratándose de transacciones de tipo judicial, el artículo 218 del C.C.A., en consonancia con el artículo 341 del C.P.C., es preciso que esté precedida de autorización del Gobierno Nacional, del Ministro, Jefe de Departamento Administrativo, Gobernador o Alcalde, según la entidad que esté participando en ella.
- Si se está ante una transacción extrajudicial o prejudicial, no existiendo norma expresa que la regule deben acogerse y, por lo mismo, aplicarse las normaciones establecidas por los artículos 218 y 341 citados, pues en ellos se apoya justamente el análisis de viabilidad de la figura.

También deberá tenerse en cuenta, que quien actúe en calidad de representante judicial de una entidad, no puede adoptar las decisiones que competen directamente al representante legal y que, por lo mismo, la capacidad de transacción o de conciliación, no puede confundirse con la de expedir actos administrativos u ordenar pagos,

4.-UNA ANOTACION COMUN RESPECTO DEL TRAMITE DE LAS DOS FIGURAS

Para realizar cualquiera de las dos formas analizadas de arreglo directo de diferencias entre las partes cuando una de ellas es de naturaleza pública, ha de tenerse en cuenta, además, que deben ser observadas las demás disposiciones que regulan la actividad estatal; me refiero a aquellas normas que regulan, por ejemplo, el manejo del presupuesto público, los requisitos para comprometerlo, la necesidad de certificados de disponibilidad y reserva presupuestal etc., concretamente a las disposiciones contenidas en la ley 38 de 1.989 para lo nacional o los correspondientes códigos fiscales en las entidades territoriales, así como a las normas que exigen la satisfacción de determinados requisitos en la contratación directa o previa licitación, si dentro del acuerdo o arreglo se incluyen compromisos contractuales nuevos, esto es, si la base de la conciliación o de la transacción consiste en novar de alguna manera las obligaciones contractuales, pues es claro que ninguna de estas formas de solución alternativa de conflictos puede ser, ni constituirse, en un expediente para violar disposiciones legales vigentes que obligan a las entidades y funcionarios públicos. También deberá tenerse en cuenta, que quien actúe en calidad de representante judicial de una entidad, no puede adoptar las decisiones que competen directamente al representante legal y que, por lo mismo, la capacidad de transacción o de conciliación, no puede confundirse con la de expedir actos administrativos u ordenar pagos, conductas que deberán cumplirse, si ello es necesario, como consecuencia del acuerdo respectivo.

VI.- CONCLUSIONES

Corolario de lo analizado a lo largo del trabajo y a manera de resumen del mismo, se pueden precisar las siguientes ideas esenciales:

- 1.- La transacción es un contrato de derecho privado que puede ser celebrado por las entidades públicas, autorizado como tal por el estatuto de contratación, pero con reconocimiento expreso en disposiciones propias del derecho público, tal como se analizó anteriormente.
- 2.- La conciliación es una instancia, prejudicial o judicial, en la cual se convoca a las partes a un arreglo que debe ser convenido entre ellas con la presencia de un funcionario, cuyo trámite está regulado expre-

samente en la ley; tiene, por tanto, carácter más procesal que sustancial.

3.- Estas instituciones, son dos de los mecanismos alternativos para la solución de conflictos, que se vienen empleando en diferentes países junto con el arbitraje y la amigable composición, para lograr la descongestión de los despachos judiciales y como excelentes instrumentos para una adecuada gestión pública.

4.- No toda controversia entre la administración y los particulares puede ser objeto de conciliación o de transacción; solamente aquellas cuya naturaleza sea privada y con contenido estrictamente patrimonial, por lo cual deben excluirse todas aquellas en las que se involucran los conceptos de orden público y/o interés público.

5.- En su trámite se encuentran diferencias entre sí, pues al paso que en la transacción no intervienen sino las partes interesadas y solo como mecanismo de validez procesal el juez cuando ella se presenta en la etapa judicial, en la conciliación siempre debe estar un funcionario presente, diferente según el estadio en el cual se produzca.

En ambas, deben observarse las disposiciones que regulan la actividad estatal, en aspectos tan importantes como el referente al manejo presupuestal, la contratación pública y la capacidad para expedir actos administrativos que reemplacen a los anteriores.

6.- A partir de las normas sobre trámite de la conciliación, se produjeron modificaciones en las prescripciones del código contencioso administrativo, en especial sobre términos en la vía gubernativa y de caducidad de las acciones contencioso administrativas.

