

LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN ASUNTOS DE LO  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

FABIO CAMILO ROMERO PARAMO

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA  
ESPECIALIZACION EN DERECHO ADMINISTRATIVO  
BOGOTA D.C 2010

TEMA: Conciliación Extrajudicial en Asuntos de lo Contencioso Administrativo.

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA:

¿Constituye la Conciliación Extrajudicial, como requisito de procedibilidad en asuntos de lo contencioso administrativo, un mecanismo efectivo de solución de conflictos, a partir de la Ley 1285 de 2009 y el Decreto 1716 de 2009?

OBJETIVO GENERAL:

Determinar los factores que intervienen dentro del proceso de conciliación y que inciden en el resultado del mismo.

OBJETIVO ESPECÍFICO:

Verificar si como requisito de procedibilidad, la conciliación consagrada en la Ley 1285 de 2009 y el Decreto 1716 de 2009, contribuye a la solución de conflictos o si en la práctica determina otro efecto jurídico.

HIPOTESIS:

Los asuntos sometidos a conciliación, conforme a la Ley 1285 de 2009 y el Decreto 1716 de 2009 se limitan por los diversos factores que intervienen en el proceso.

TIPO DE INVESTIGACION

Para la investigación de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, de acuerdo a la Ley 1285 de 2009 y el Decreto 1716 de 2009, el investigador se ha propuesto, manejar una investigación explicativa, que permita determinar la causa – efecto de la conciliación extrajudicial administrativa.

## INTRODUCCION

El Estado en cumplimiento de las múltiples funciones que le impone la Constitución Política, está sometido al escrutinio de todas sus actuaciones. Conforme a ello y a otras causas de diversas índoles, como la alta rentabilidad en materia económica que resulta del ejercicio de demandar a la Nación, determina el gran volumen de acciones contenciosas en contra de ella.

Desde la promulgación de la Constitución de 1991, se han expedido múltiples leyes y decretos encaminados a la solución alternativa de conflictos, dentro de los cuales se encuentra la conciliación extrajudicial en materia contencioso administrativa.

Se debe precisar desde un inicio, que la investigación que se presenta, no se encamina al examen de mecanismos alternativos de solución de conflictos ni a la conciliación de manera general, sobre la cual mucho se ha expuesto.

Por el contrario, la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, es una figura, que si bien dentro del ordenamiento jurídico colombiano viene vislumbrándose desde la Ley 23 de 1991 y 640 de 2001, con la Ley 1285 de 2009 y el Decreto 1716 de 2009, se unifican los criterios.

Teniendo como fundamento normativo lo proferido, tanto en materia legislativa como reglamentaria hasta el año 2009, determina que la investigación que aquí se desarrolla, analice si la conciliación como requisito de procedibilidad, constituye un mecanismo de arreglo entre las partes, para precaver un litigio eventual en la jurisdicción contencioso administrativa o si por el contrario lleva implícitamente otros propósitos diferentes a ello.

La conciliación previa administrativa, determina de manera clara, que las partes, sea la administración pública o un particular, se verán beneficiados, por lo que

resulta que el estudio que aquí se expondrá sea de utilidad e interés para ambas partes. No obstante, dado el desarrollo administrativo de la función pública, el interés como miembro de la misma y la calidad de servidor público que tiene el investigador, reflejará orientaciones hacia la administración pública, sin olvidar que necesariamente la figura conciliatoria involucra como mínimo a dos partes.

Teniendo en cuenta, el gran volumen de demandas que se interponen actualmente contra el estado, resulta altamente relevante, determinar si la figura consagrada en la Ley 1285 de 2009 y el Decreto 1716 del mismo año, ayudan a la disminución de eventuales litigios en la jurisdicción, constituyendo no solo descongestión en la carga laboral de los jueces y tribunales administrativos, sino a los arreglos eficaces, ágiles y menos onerosos para la administración.

De manera clara, la presente investigación comprende un interés para la sociedad en general, puesto que directa o indirectamente, la justicia y la administración de ella, sustenta principios y derechos que a todos interesan. De igual forma, pero en menor proporción visible, las eventuales condenas que se imponen con cargo al erario público, van en detrimento del patrimonio público y la disminución de recursos destinados al desarrollo e inversión social.

En particular, el desarrollo del trabajo, servirá para reflexión y análisis de los servidores públicos y particulares que desarrollen funciones públicas, que puedan tener una relación con la defensa de los intereses de una entidad del estado, para la comprensión y utilización de la conciliación extrajudicial, como un mecanismo alternativo, el cual se debe conocer, teniendo en cuenta que es una exigencia ante una eventual reclamación o posible demanda administrativa.

En resumen, se puede afirmar, que el tema en el enfoque propuesto, goza de una actualidad de suma importancia, frente al cual no existen tesis únicas y plenamente establecidas. Aquí, es fundamental abrir en una primera instancia, el análisis sobre la efectividad como requisito de procedibilidad y establecer

observaciones que puedan generar mejores resultados en la aplicabilidad de la instancia de conciliación.

## **1. MARCO TEORICO**

Los mecanismos alternativos de solución de conflictos se constituyen en una alternativa diferente al proceso judicial, en virtud de la cual las personas pueden resolver sus conflictos, de una manera ágil, eficaz y eficiente, y con los mismos efectos que tendría una sentencia.

Es importante destacar, que la institución de la conciliación en Colombia, tuvo un cambio significativo, a partir de la Constitución de 1991, pues solo a partir de ella, se pasó de ser practicada por mandato legal en algunos procesos de la jurisdicción ordinaria, a convertirse en un mecanismo alternativo de solución de conflictos de aplicación en la generalidad de litigios en los que se debatieran derechos transigibles.

Es así como en el artículo 116 de la carta magna, señala en su inciso final: *“Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos enderecho o en equidad, en los términos que determine la ley.”*

La conciliación, se puede ubicar dentro de los referidos M.A.S.C., reseñados en la Ley 446 de 1998 y desarrollados preliminarmente en el Decreto 1818 de 1998.

El tratadista Franklin Segundo García Rodríguez, definió la conciliación como concepto general así: (...) *“ La conciliación es justicia auto compositiva, mediante la cual, las partes ponen fin total o parcialmente a sus diferencias, con la ayuda del*

*conciliador oficial o privado, firmando un acta esencial, que surte los mismos efectos de cosa juzgada de la sentencia judicial, y constituye título ejecutivo” (...)*<sup>1</sup>

## **1.1 Clases de conciliación**

Conforme a la Ley 640, artículo 3°, la conciliación puede ser judicial, si se realiza dentro de un proceso judicial, o extrajudicial, si se realiza por fuera de un proceso judicial. La realizada en forma previa a un proceso judicial se le denomina prejudicial, que también es extrajudicial.

Igualmente, la conciliación puede ser en equidad o en derecho. Será la primera, cuando se realice ante conciliadores en equidad, caso en el cual la solución al conflicto se da por razones de equidad, igualdad y equilibrio, que son más de tipo social subjetivo y permiten llegar a una buena solución del conflicto.

La conciliación es extrajudicial cuando se realiza antes o por fuera de un proceso judicial, ante los centros de conciliación, o ante autoridades en cumplimiento de funciones conciliatorias; a diferencia de la anterior, ésta se funda en las reglas jurídicas aplicables a cada caso concreto, sin perder de vista que la conciliación administrativa se efectúa exclusivamente ante la Procuraduría.

Para el caso en estudio, es decir la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, en asuntos de lo contencioso administrativo, con la Ley 640 de 2001, se determina su carácter legal y requisito indispensable para acudir a la jurisdicción, tal como lo señala el artículo 37 que señala:

*“Requisito de procedibilidad en asuntos de lo contencioso administrativo. Antes de incoar cualquiera de las acciones previstas en los artículos 86 y 87 del Código*

---

<sup>1</sup> Franklin Segundo, La Conciliación Administrativa. Ed. Ibáñez. Bogotá 2008

*Contencioso Administrativo, las partes, individual o conjuntamente, deberán formular solicitud de conciliación extrajudicial, si el asunto de que se trate es conciliable. La solicitud se acompañará de la copia de la petición de conciliación enviada a la entidad o al particular, según el caso, y de las pruebas que fundamenten las pretensiones.*

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

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

Dicho artículo empezó a ser desarrollado en una primera instancia por la Directiva Presidencial 02 de febrero de 2003 que señaló:

*“(…) cuando entre las entidades destinatarias de esta directiva exista un conflicto jurídico susceptible de ser negociado, antes de acudir a la vía procesal o al arbitraje, estas entidades deberán buscar la solución del conflicto a través de los mecanismos alternativos de solución de conflictos que establece la ley.*

*En estos casos, las entidades destinatarias de la presente directiva deberán acudir siempre al procedimiento de conciliación extrajudicial en materia contencioso administrativo previsto en las leyes 23 de 1991, 446 de 1998 y 640 de 2001. Con tal propósito las partes, individual o conjuntamente, deberán formular solicitud de conciliación extrajudicial ante los agentes del Ministerio Público asignados a la Jurisdicción Contencioso Administrativa..”*

El tema aquí planteado, tiene total relación con el concepto de Justicia, lo que determina su importancia en cuanto constituye un mecanismo de solución de

conflictos entre los particulares y el estado. Es por ello, que la Ley 270 de 1996, Estatutaria de Justicia, y el legislativo establece que *“la justicia es un valor superior consagrado en la Constitución Política que debe guiar la acción del Estado y está llamada a garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, dentro del marco del Estado Social y Democrático de Derecho, y a lograr la convivencia pacífica entre los colombianos, y que dada la trascendencia de su misión debe generar responsabilidad de quienes están encargados de ejercerla”*, por lo anterior este requisito quedó incorporado el requisito de trámite de conciliación extrajudicial por disposición del artículo 13 de la Ley 1285 de 2009.

De manera tardía, pero necesaria y conveniente, tanto el legislador natural y especialmente el ejecutivo, se dio cuenta de la necesidad de compilar y reglamentar de manera precisa y clara el requisito de procedibilidad en asuntos de lo contencioso administrativo, teniendo en cuenta la diversidad de normas expedidas desde la promulgación de la Constitución de 1991 y la ausencia de reglamentación de ellas.

Como consecuencia de lo anterior, el ejecutivo profiere el Decreto 1716 el 14 de mayo de 2009 *“Por el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y del Capítulo V de la Ley 640 de 2001”* normatividad sustento de la presente investigación.

## **2. MARCO LEGAL**

### Fundamento constitucional

El fundamento constitucional de la conciliación lo encontramos en el artículo 116 de la Carta, el cual permite que, en forma excepcional y transitoria, respecto de materias precisas, los particulares y determinadas autoridades administrativas sean investidos de funciones jurisdiccionales, especialmente cuando actúan como conciliadores.

Sobre el particular, los incisos 3 y 4 del artículo constitucional referido señalan que: “Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos. *“Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.*

#### Fundamento legal

Según la Ley 446 de 1998, artículo 64, *“la conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismo la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador”.*

Dentro de la definición legal establecida se pueden encontrar los siguientes elementos:

##### 1. Objetivo

Se circunscribe al problema que se pretende resolver mediante el trámite conciliatorio.

##### 2. Subjetivo

Se refiere a la relación originada en la controversia jurídica, entre los sujetos que intervienen en el trámite conciliatorio, específicamente los conciliantes.

### 3. Metodológico

Está determinado por el trámite por el que se adelanta la conciliación, el cual, según su clase, deberá seguir en forma precisa los lineamientos señalados por la ley; éste constituye el debido proceso que debe ser respetado, y sin el cual el acuerdo conciliatorio carecería de plenos efectos.

La conciliación administrativa está regulada en las siguientes leyes y decretos:

- Ley 23 de 1991.
  - Ley 270 de 1996
  - Ley 446 de 1998.
  - Ley 640 de 2001.
  - Ley 678 de 2001.
  - Ley 1285 de 2009
  - Decreto 1818 de 1998.
  - Decreto 2511 de 1998.
  - Decreto 1214 de 2000.
  - Decreto 1716 de 2009.
- 
- Directiva Presidencial No. 2 de Febrero 28 de 2003, por el cual se ordena *“sobre los métodos alternativos de solución de conflictos entre las entidades estatales”*.

#### Fundamento Jurisprudencial

La Corte Constitucional definió la conciliación de la siguiente manera: *“La conciliación es una institución en virtud de la cual se persigue un interés público,*

*mediante la solución negociada de un conflicto jurídico entre partes, con la intervención de un funcionario estatal, perteneciente a la rama judicial o a la administración y excepcionalmente de particulares” (...)<sup>2</sup>*

- Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 30 de septiembre de 1999, C.P Ricardo Hoyos Duque, Rad 16251.
- Corte Constitucional, Sentencia No. C-160 del 17 de marzo de 1999, M.P Antonio Barrera Carbonell.
- Corte Constitucional, Sentencia No. C-713 del 15 de julio de 2008, M.P Clara Inés Vargas Hernández.

### **3. MARCO CONCEPTUAL**

Considerando que la presente investigación se refiere a la conciliación administrativa como requisito de procedibilidad y habiendo hecho una breve referencia y ubicación de la figura dentro de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, conviene precisar la figura dentro del marco del derecho administrativo.

Desde que se inició la concepción de la conciliación administrativa en la Ley 23 de 1991, nació con pocos rasgos definidos y claros que permitieran aplicar y utilizar el mecanismo de forma inmediata y contundentemente.

Hay unidad de criterio y se puede inferir de diversos escritos, que para aquella época, recién promulgada la Constitución de 1991, existió mucha timidez teniendo

---

<sup>2</sup> Corte Constitucional, Sentencia No. C-160 del 17 de marzo de 1999, M.P., Antonio Barrera Carbonell

en cuenta la sensibilidad de los recursos públicos que podrían verse comprometidos en instancia de conciliación, factor este determinante y que fundamentará el resultado y conclusiones de la investigación.

La teoría moderna de la responsabilidad del estado, cambió esencialmente el concepto en el cual el estado actuaba como príncipe y no le era dable igualarse a los particulares, es decir y para el efecto del estudio aquí propuesto no podía conciliar. Nuestra propia Constitución esclarece dicho concepto en el artículo 90, con la consagración del daño antijurídico por parte de este, es decir que admite la posibilidad, que la administración origine daños, los cuales deberán ser reparados, ante lo cual es totalmente procedente la figura de la conciliación.

La figura conciliatoria en el campo que nos ocupa, comparte las mismas características generales que operan en las demás áreas, es decir que sea sobre asuntos transigibles, no puede violar normas de orden público ni las buenas costumbres y logrado el acuerdo que debe constar en un acta, surte efectos de cosa juzgada y presta mérito ejecutivo.

Como se mencionó, la figura como requisito de procedibilidad, nació y se mantuvo durante muchos años con una incertidumbre frente a su aplicación, basta observar y analizar compilaciones normativas relativas a la conciliación administrativa y todas son disímiles.

Si bien se identifica, que con la Ley 640 de 2001, particularmente con el artículo 37 se dio el establecimiento del requisito de procedibilidad en asuntos de lo contencioso administrativo, se puede anotar que aun existiendo esa claridad expresa en la Ley, su aplicabilidad quedó condicionada a la existencia de un número mínimo de conciliadores y la transitoriedad señalada en el artículo 42.

Finalmente, con la expedición de la Ley 1285 de 2009 *“Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia”* y el

Decreto reglamentario 1716 del mismo año *“Por el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y del Capítulo V de la Ley 640 de 2001”* se logra la unidad legal en torno a la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad.

#### **4. FACTORES QUE INTERVIENEN DENTRO DEL PROCESO DE CONCILIACIÓN Y QUE INCIDEN EN EL RESULTADO DEL MISMO.**

Es preciso resaltar en primera instancia, que con la expedición del Decreto 1716 de 2009, se logra para nuestro ordenamiento jurídico, la compilación y clarificación de la figura de la conciliación en asuntos administrativos.

Se concluye lo anterior, en virtud del análisis realizado en las diversas normas que contienen aspectos relativos a la conciliación en dicha materia y que durante más de diez años fueron proliferándose de manera incompleta y sin un hilo conductor congruente.

Con la Ley 1285 de 2009, *“Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia”*, se propició la expedición del decreto referido inicialmente, en virtud de la potestad reglamentaria que ostenta el ejecutivo.

Sin lugar a dudas, la figura de la conciliación extrajudicial en asuntos de lo contencioso administrativo, es institucionalmente necesaria y socialmente conveniente, puesto que al igual que la aplicación de los mecanismos alternativos de solución de conflictos en el caso de los particulares, plenamente establecidos y regulados dentro del ámbito civil y con resultados claros y totalmente demostrables, de igual forma se hace procedente el establecimiento preciso dentro del marco de la constitucionalidad y de la legalidad para los conflictos donde interviene el estado, los cuales, tienen aparentemente una mayor importancia, por cuanto pueden llegar a afectar el interés público, que traducen

concretamente en la posibilidad de llegar a afectar patrimonialmente al estado y por ende a todos los asociados.

Al respecto el Consejo de Estado manifestó:

*“(...) la posibilidad de disponer de los intereses estatales, debe ajustarse a la solución jurídica prevista en el ordenamiento vigente y debe obedecer al principio según el cual el Estado no puede reconocer por vía de la conciliación liberalidades. Lo expuesto significa que la conciliación en el derecho administrativo debe estar precedida de un estudio jurídico comprensivo de las normas jurídicas y de la doctrina y jurisprudencia aplicables al caso. Según lo expresa el profesor Juan Carlos Henao Pérez, “El criterio para determinar qué proceso debe estar o no en la jurisdicción es su claridad legal. Es decir, que sí jurídicamente la entidad observa que asiste razón a su contraparte, y que dicha razón es avalada por el ordenamiento jurídico y por la jurisprudencia, no tiene sentido provocar un proceso o insistir en él (...)”<sup>3</sup>*

En torno, a las afectaciones patrimoniales, no se menciona dicho elemento sin que tenga una gran importancia dentro de la figura de la conciliación, por cuanto por un lado representa el interés que se pretende conciliar y por otro, determina una de las mayores dificultades dentro de todo el proceso conciliatorio y que en la mayoría de los casos conduce a una audiencia fallida. Teniendo en cuenta lo relevante del tema se ahondará y explicará con mayores detalles más adelante.

Teniendo en cuenta que el Decreto 1716 de 2009, desarrolla el artículo 13 de la Ley 1289 de 2009, la cual modifica aspectos sustanciales de la Administración de Justicia, es necesario manifestar, que si bien contiene fundamentos para el mejoramiento y acceso a la Justicia, desafortunadamente el ejecutivo, no previó ni

---

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 30 de septiembre de 1999, C.P.: Ricardo Hoyos Duque, Rad. 16251

dispuso de manera previa toda la estructura que se requiere para adelantar las audiencias de conciliación, las cuales recaen en los agentes del Ministerio público.

Precisamente, la Procuraduría General de la Nación, en la II Teleconferencia sobre la Defensa Jurídica del Estado, precisó que cuenta con siete (7) Procuradores Delegados ante el Consejo de Estado, cincuenta y cinco (55) Procuradores Judiciales II para asuntos administrativos y cincuenta y cinco (55) Procuradores Judiciales I para asuntos administrativos (ante Juzgados Administrativos del Circuito), lo cual, teniendo en cuenta el número de solicitudes de conciliación son insuficientes, sin tener en cuenta la preparación y capacitación a estos funcionarios.<sup>4</sup>

El estado, ha procurado generar dentro de la población la denominada cultura dialogal, la cual por diversas circunstancias de origen social, geográfico, étnico y por la cultura adversarial no ha tenido el arraigamiento buscado, lo que ha determinado que inclusive los Centros de Conciliación autorizados por el Ministerio del Interior y Justicia, hayan tenido una baja demanda, situación que permite observar con reserva la figura, pero que para los efectos de estudio aquí pretendidos, no son determinantes.

Conviene resaltar, que lo expuesto hasta este momento, otorga una perspectiva amplia y benevolente de la figura de la conciliación, que a pesar de presentar múltiples fallas desde su concepción, no se puede desconocer que este mecanismo de solución de conflictos es altamente conveniente, eficaz, ágil y de resultados positivos para las partes intervinientes, así como los otros medios previstos por nuestro ordenamiento jurídico, más conocidos como los MASC (Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos).

---

<sup>4</sup> Procuraduría General de la Nación. [www.Procuraduria.gov.co](http://www.Procuraduria.gov.co)

No obstante lo anterior, no se debe perder de vista, que la presente investigación analiza la conciliación no como medio de solución de controversias, sino como requisito de procedibilidad.

Para entender el señalado requisito es necesario precisar que la Ley 640 de 2001, como antecedente normativo en su artículo 35 expresa: *“Requisito de procedibilidad. En los asuntos susceptibles de conciliación, la conciliación extrajudicial en derecho es requisito de procedibilidad para acudir ante las jurisdicciones civil, contencioso administrativa, y de familia, de conformidad con lo previsto en la presente ley para cada una de estas áreas.”* (...)

La misma Ley, en su artículo 37 señala: *“Requisito de procedibilidad en asuntos de lo contencioso administrativo. Antes de incoar cualquiera de las acciones previstas en los artículos 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo, las partes, individual o conjuntamente, deberán formular solicitud de conciliación extrajudicial, si el asunto de que se trate es conciliable. La solicitud se acompañará de la copia de la petición de conciliación enviada a la entidad o al particular, según el caso, y de las pruebas que fundamenten las pretensiones.”* (...)

A su vez, la Ley 1285 de 2009, en el artículo 13 dispuso: *“Apruébase como artículo nuevo de la Ley 270 de 1996 el siguiente:*

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

Reseñados los fundamentos normativos, se puede afirmar que la procedibilidad, se refiere a que es obligatorio el agotamiento previo de la instancia de conciliación

para poder acceder a la Jurisdicción Contencioso Administrativa y que esta conozca de la acción que se está interponiendo.

El incumplimiento o ausencia del mencionado requisito, origina el rechazo de plano de la demanda, conforme lo contempla el artículo 36 de la Ley 640 de 2001, circunstancia procesal que puede generar graves consecuencias para las pretensiones y derechos del demandante, como la caducidad de la acción.

Expuesto el concepto de procedibilidad, es fundamental analizar los diversos elementos y presupuestos que intervienen en la conciliación en materia administrativa, toda vez que ellos son determinantes para el éxito en el propósito de solución a la controversia, mencionando por supuesto que unos tienen más peso o relevancia que otros, pero que de todas formas es conveniente mencionarlos

Previo al análisis de los elementos intervinientes y requeridos para el trámite conciliatorio, conviene señalar que la figura en estudio conforme a lo dispuesto por el Decreto 1716 de 2009, está determinada por características muy propias de un proceso que ya se encuentra dentro de una jurisdicción sea ordinaria o contenciosa.

Es decir que la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, está inmersa en una serie de exigencias de orden legal, que si bien tienen finalidades que le otorgan una estructura legal coherente, también pueden ser analizadas como elementos con naturaleza propiamente procesal, que determinen en realidad, una forma sutil de limitar el acceso al mecanismo conciliatorio.

Al respecto, conviene mencionar los elementos o presupuestos necesarios en materia de conciliación administrativa, los cuales se determinan conforme a lo exigido por el Decreto 1716 de 2009.

En primera instancia, conforme lo señala el artículo 5° del Decreto referido, las personas que intervengan en la conciliación extrajudicial, deberán hacerlo por intermedio de apoderado, quien deberá ser abogado inscrito y debidamente facultado para conciliar.

Como garantía, tanto para la entidad como para el particular que asiste a la audiencia de conciliación, es conveniente estar debidamente representado por un profesional del derecho que garantizará el respeto de los derechos de la parte y del debido proceso. No obstante lo anterior, debe señalarse que la figura conciliatoria cuya aplicación y antecedente se ubica en el campo civil, en materia administrativa se desdibuja en el sentido que las partes se rezagan y es el apoderado quien adelanta el trámite.

Por otra parte, teniendo en cuenta la especialidad de los temas que pueden versar en los acuerdos conciliatorios, sustentan aún más la intervención de los abogados, quienes tienen la preparación y el conocimiento para el desarrollo, orientación y materialización del arreglo. Sin embargo no se puede desconocer, la costumbre en que está enmarcada nuestra sociedad de profesionales del derecho, la cual se sustenta en una cultura adversarial. El Ministerio del Interior y Justicia, en documento de Política Pública expresó: *“Con frecuencia, las conciliaciones más difíciles de desarrollar son aquellas en las cuales las partes cuentan con la presencia de sus representantes, en atención a que los abogados mantienen la férrea convicción de que la vía ordinaria es la adecuada para la solución de sus controversias.(...)”*<sup>5</sup>

Otro elemento interviniente y determinante para la viabilidad de la conciliación administrativa extrajudicial, es que no proceda la vía gubernativa o ésta estuviere debidamente agotada.

---

<sup>5</sup> Ministerio del Interior y Justicia. Política Pública en Materia de Conciliación Extrajudicial en Derecho.  
[www.mij.gov.co](http://www.mij.gov.co)

Lo anterior tiene igual aplicación para acudir a la vía jurisdiccional o vía de acción. Es decir que en la etapa de conciliación de manera previa se realiza el control de agotamiento de vía gubernativa, conforme lo establecen los artículos 60, 62 y 63 del Código Contencioso Administrativo.

Apenas resulta obvio, que el interesado en acudir a instancia de conciliación debe haber agotado o no ser procedente la vía gubernativa, porque de ser así tendría otros mecanismos previos para la modificación de las decisiones de la administración.

Sobre los temas excluidos de la conciliación administrativa el Decreto 1716 de 2009, señala en su párrafo 1º del artículo 2 lo siguiente:

*“No son susceptibles de conciliación extrajudicial en asuntos de lo Contencioso Administrativo:*

- *Los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario.*
- *Los asuntos que deban tramitarse mediante el proceso ejecutivo de que trata el artículo 75 de la Ley 80 de 1993.*
- *Los asuntos en los cuales la correspondiente acción haya caducado.”*

Respecto de los conflictos de carácter tributario conviene citar lo expresado por el tratadista Franklin Segundo García Rodríguez, quien señaló: *“Al hablar de este tema – de raigambre típicamente ejecutivo -, pondremos de presente que el principio fundamental es el consistente en que ‘los tributos no se negocian’, en atención a que lo que es de todos debe ser decidido por todos. Así, los impuestos por ser una de las fuentes primarias del presupuesto nacional no podrían ser distraídos por vía de conciliación”*<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Franklin Segundo, La Conciliación Administrativa. Ed. Ibáñez. Bogotá 2008

La anterior descripción, como ella misma lo manifiesta, aplica directamente a los casos que se tramitan por el proceso ejecutivo, previsto por el artículo 75 de la Ley 80 de 1993. Al respecto, si los tributos no se negocian, los títulos ejecutivos, al contener una obligación clara, expresa y exigible, tampoco son dables a ello. Figura que se aplica en igual forma dentro del campo civil.

En lo concerniente a la caducidad, entendida como el fenómeno que se presenta, cuando transcurrido el tiempo que la ley fija para el ejercicio de un acto procesal o una acción, quedando el interesado impedido jurídicamente para reclamar su derecho por vía judicial. Como consecuencia de ello, es claro que no existiendo el derecho no es posible conciliarlo.

Al respecto conviene mencionar, la importancia de reclamar en tiempo y en debida forma los derechos que se creen vulnerados, con el fin de materializarlos y no sean una mera expectativa, imposibles de reclamar, por convertirse en obligaciones naturales.

Como lo menciona el artículo 2º de Decreto 1716 de 2009, los asuntos susceptibles de conciliación pueden versar solo sobre conflictos de carácter particular y económico, siendo este último elemento el factor principal pretendido por el convocante a la audiencia.

Sobre el particular y con el propósito de obtener una dimensión de los valores manejados en conciliación para el año 2007 según la Procuraduría General de la Nación, la cantidad pretendida para ese año fue de \$226.489.604.620 (Doscientos Veintiséis Mil Cuatrocientos Ochenta y Nueve Seiscientos Cuatro Millones Seiscientos Veinte Mil Pesos).<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> La Conciliación Extrajudicial en Asuntos de lo Contencioso Administrativo, II Teleconferencia sobre Defensa Jurídica del Estado, Bogotá 4 de marzo de 2009, [www.procuraduria.gov.co](http://www.procuraduria.gov.co)

A las conclusiones que se ha llegado para el año 2010, según las informaciones aportadas por la Dirección de Defensa Jurídica del Estado, la Contraloría General de la República y el catedrático Néstor Raúl Correa Henao es que *“La falta de transparencia y eficiencia en la contratación estatal, las fallas en la planeación de obras de infraestructura, inestabilidad jurídica, corrupción y falta de gerencia en la administración pública hacen que el Estado enfrente hoy el riesgo de perder, vía demandas, más de \$136 billones de pesos”*<sup>8</sup>

Teniendo en cuenta lo anterior, el decreto referido, dada la importancia de los dineros públicos, no hizo distinción alguna según las cifras que se lleguen a conciliar para determinar la procedencia de la Acción de Repetición.

Es así como el artículo 26 del Decreto 1716 de 2009 señala: *“De la Acción de Repetición. Los comités de conciliación de las entidades públicas deberán realizar los estudios pertinentes para determinar la procedencia de la acción de repetición. Para ello, el ordenador del gasto, al día siguiente del pago total del capital de una condena, de una conciliación o de cualquier otro crédito surgido por concepto de la responsabilidad patrimonial de la entidad, deberá remitir el acto administrativo y sus antecedentes al Comité de Conciliación, para que en un término no superior a seis (6) meses se adopte la decisión motivada de iniciar o no el proceso de repetición y se presenta la correspondiente demanda, cuando la misma resulte procedente, dentro de los 3 meses siguientes a la decisión.” (...)*

Expuestas las anteriores consideraciones, independiente de la figura de la acción de repetición, se puede inferir que cualquier condena, conciliación o crédito que afecte el patrimonio de la entidad, es considerado como lesivo al mismo, circunstancia que desde un principio determina un factor limitante al uso de la conciliación.

---

<sup>8</sup> Informe Especial, Demandar al Estado un Gran Negocio, Revista Dinero, [www.Dinero.com](http://www.Dinero.com)

Lo anterior determina una gran diferencia con la conciliación entre particulares, la cual pone fin a una controversia, generando un resultado definitivo y no siendo necesario ni obligatorio el inicio de acciones posteriores para determinar responsabilidades.

Es por ello, que existe una marcada y abismal diferencia entre la conciliación administrativa y la usada por los particulares, resaltando que la primera aparte de exigir responsabilidades es requisito de procedibilidad para acceder a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, situación que a juicio de este investigador desdibuja la figura de la conciliación de manera general.

Partiendo de la base, que el acuerdo conciliatorio afecta el patrimonio público y que se genera la obligación para el ordenador del gasto de las entidades públicas de ponerlo en conocimiento del Comité de Conciliación, para determinar el inicio de la acción de repetición, se puede concluir que conociendo de manera previa este procedimiento tanto el ordenador del gasto como los miembros del Comité de Conciliación, optan de manera directa y con bastantes reservas, en relación a no comprometer su responsabilidad patrimonial y disciplinaria con la decisión de no conciliar, situación en la cual convergen elementos como el temor, facilismo y prevención desmedida, que conducen a tomar decisiones carentes de un serio y profundo análisis.

Dicho lo anterior, se entiende que para llegar a un acuerdo conciliatorio, se debe contar con la aprobación de los miembros del comité de conciliación de la entidad, lo que genera que para que se contemple esa posibilidad, previamente convergen factores externos personales de cada uno de los miembros, lo cual determina que se frustre el intento conciliatorio antes de la audiencia.

Finalmente, es del caso mencionar, que el acuerdo conciliatorio requiere de aprobación judicial, según lo dispone el artículo 12 del Decreto 1716 de 2009, para que preste mérito ejecutivo y haga tránsito a cosa juzgada, situación que supedita

una vez más el arreglo entre las partes, la cual constituye una gran diferencia con la conciliación privada. Tiene su sustento en la revisión de legalidad que procura garantizar el interés público.

## **5. OBJETIVO ESPECIFICO.**

Desarrollados los elementos que intervienen en el proceso de conciliación, se procederá a resolver nuestro objetivo específico el cual plantea *“si como requisito de procedibilidad, la conciliación consagrada en la Ley 1285 de 2009 y el Decreto 1716 de 2009, contribuye a la solución de conflictos o si en la práctica determina otro efecto jurídico.”*

Planteado como mecanismo alternativo de solución de conflictos, la conciliación administrativa como requisito de procedibilidad, efectivamente constituye una más de las alternativas de resolución de conflictos diferente a la vía judicial.

Se debe analizar simultáneamente, que la crisis de la rama judicial y en particular de la jurisdicción contenciosa administrativa, donde se desconocen por completo los principios de oportunidad, celeridad y eficacia, complementados con casos puntuales de corrupción al interior de los despachos judiciales, traducen en concreto en que no exista un concepto integral de justicia, y que cualquier método alterno a la administración de justicia judicial sea una oportunidad única y con mejores resultados, toda vez que en la figura de la conciliación se pretende que se dé la fórmula gana-gana en la que no hay vencedores o vencidos.

Según los promedios que se han establecido, sin ser estos valores únicos e indiscutibles, un proceso de reparación directa puede durar siete (7) años; tres (3) años en la primera instancia en el Tribunal Administrativo y cuatro (4) años en la segunda ante el Consejo de Estado.

Observados estos tiempos, sin ahondar en mayores análisis, se concluye que el elemento de oportunidad, inmerso en el concepto de justicia está totalmente ausente y como consecuencia de ello, una alternativa diferente como la conciliación extrajudicial en asuntos de lo contencioso administrativo es una oportunidad ágil, eficaz y con menores costos que le permitan a las partes solucionar directamente sus conflictos.

Es fundamental reiterar, el concepto que la conciliación se sustenta en un derecho particular y de contenido económico, lo cual traduce en que se afectarán dineros de naturaleza pública los cuales son bastante sensibles. Al respecto conviene citar lo mencionado por el tratadista Franklin Segundo García Rodríguez, quien señaló: *“Fuerza decir que disponer de los recursos públicos no es lo mismo que hacerlo respecto a los privados, ya que se impone el respeto de una serie de limitantes y cortapisas, so pena de incurrir en faltas de legalidad, disciplinarias, fiscales o penales. Con frecuencia se expresa la limitación para disponer de los recursos estatales, lo cual, no es cierto totalmente, porque sí se puede disponer con el respeto de una serie de premisas y de pasos infranqueables”*.<sup>9</sup>

Se comparte la apreciación del tratadista, en el sentido, de que actualmente se puede disponer de recursos públicos, en procura de la solución en instancia de conciliación, previo concepto favorable del comité de conciliación, suscripción del acta en audiencia y posterior aprobación judicial, con lo cual se garantiza y vela en todo momento por los dineros públicos.

Durante algún tiempo anterior a la Ley 446 de 1998, se afirmó que no se podía conciliar debido a que sobre los recursos públicos no había disponibilidad jurídica, situación que actualmente está desvirtuada y que con la existencia del rubro en las entidades públicas de conciliaciones y sentencias, se presupuesta el pago de esos conceptos.

---

<sup>9</sup> Franklin Segundo, La Conciliación Administrativa. Ed. Ibáñez. Bogotá 2008

A pesar de que la ley expresamente concede la facultad de conciliar extrajudicialmente a las entidades públicas, resulta en la práctica bastante complejo llegar a esa decisión. Como se mencionó de manera previa en la presente investigación, convergen factores externos al mismo caso que se estudia, distraerentes de la objetividad con que se puede examinar los fundamentos de hecho y de derecho del tema en examen.

Teniendo como antecedente primario, que se requiere aprobación por parte del comité de conciliación de la entidad, para acceder a la conciliación en la audiencia, se tiene presente, que los miembros del comité, antes de cualquier análisis, reflexionan sobre las posibles consecuencias para ellos de orden fiscal, disciplinario o penal respecto de una eventual conciliación.

Debe tenerse en cuenta, que los miembros de los comités de conciliación, son funcionarios públicos con fundamento en la composición ordenada en el artículo 17 del Decreto 1716 de 2009, lo que determina que en virtud de esa naturaleza se lleve implícitamente el temor a los organismos de control y a las acciones contempladas en las leyes 734 de 2002 y 678 de 2001.

Como consecuencia de ello, resulta más práctico y con menor riesgo en teoría para los miembros del comité, tomar como en efecto se da, la decisión de no conciliar reiteradamente todos los asuntos que se someten a su consideración.

A pesar de los diversos elementos presentes en torno a la conciliación administrativa como requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa, es innegable que traduce en resultados positivos para la solución de conflictos.

Sin ser datos aplicables a la Ley 1285 de 2009 y al Decreto 1716 del mismo año, pero utilizando los fundamentos normativos previos a estas disposiciones, la

Procuraduría General de la Nación señaló que para el año 2007 se produjo para el estado un ahorro en instancia de conciliación extrajudicial de \$78.716.253.377.<sup>10</sup>

Sin embargo, puede deducirse, que con ese gran número de presupuestos para llegar a la conciliación y a la instancia judicial, y dada la complejidad procesal instituida, corre un alto riesgo la parte interesada en convocar a la audiencia de conciliación, puesto que de no cumplir las exigencias, podría determinar su no procedencia o peor aún configurar la caducidad de la acción.

Lo anterior, se convierte a grandes rasgos en un pequeño proceso, que si bien no se encuentra en la instancia judicial, reúne elementos que le dan esa identidad.

## **CONCLUSIONES**

Con la expedición de la Ley 1285 de 2009, en especial su artículo 13 y el Decreto 1716 de 2009, se logró la unidad normativa que desde hace más de diez años se necesitaba para la correcta aplicación e interpretación de la figura de la Conciliación Administrativa.

Si bien, el requisito de procedibilidad se venía aplicando, por interpretación, la figura carecía de una fortaleza y pleno sustento que otorgara una seguridad jurídica tanto a los profesionales del derecho, a la Procuraduría General de la Nación, a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, a las entidades públicas y a sus funcionarios.

Analizada la figura, se encuentra que la Conciliación Administrativa, como requisito de procedibilidad, puede observarse desde dos perspectivas.

---

<sup>10</sup> La Conciliación Extrajudicial en Asuntos de lo Contencioso Administrativo, II Teleconferencia sobre Defensa Jurídica del Estado, Bogotá 4 de marzo de 2009, [www.procuraduria.gov.co](http://www.procuraduria.gov.co)

La primera, se sustenta, en el requisito que debe agotarse para poder acceder a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, que vista en ese sentido, puede decirse que se limita a un elemento procesal, el cual se debe agotar y que conforme a lo expuesto en la presente investigación, con la formación de la cultura adversarial que tiene nuestra sociedad y la ambición que en muchos casos está presente ante un posible litigio con el estado, determinando, que en la instancia de conciliación, no se llegue con un verdadero ánimo conciliatorio y que se frustre una verdadera oportunidad de solucionar de manera eficaz, oportuna y real el conflicto que se debate.

En segundo término, al establecerse la conciliación como requisito de procedibilidad, se desdibuja la figura, por cuanto se combina tanto como requisito procesal como mecanismo de solución de conflictos. Expuesto así, quienes acuden a ella, encuentran por una parte la necesidad manifiesta de agotar debidamente el requisito para poder demandar y por otra dentro del mismo ámbito procesal, el antecedente del escaso ánimo conciliatorio con el que llegan los apoderados de las entidades, por la decisión de los comités de conciliación, que para efectos de no comprometer su responsabilidad patrimonial y disciplinaria, optan por dejar que la decisión se tome en instancia judicial administrativa.

De lo anterior se infiere, que la forma en que fue regulada la figura determina que los aspectos formales no sustanciales o de mero procedimiento, se sobreponen al mecanismo de solución de conflictos, relegando su esencia a un segundo plano.

Sin lugar a dudas, la conciliación administrativa dentro del contexto de la administración de justicia de nuestro país constituye un mecanismo de solución de conflictos, a pesar de los múltiples factores que intervienen por parte del Estado para llegar a un acuerdo conciliatorio, sin embargo podrían ser mayores los asuntos conciliados si existiera una formación e instrucción a los servidores

públicos y un control por parte de los organismos de control a los Comités de conciliación.

Conviene resaltar, que en el mes de septiembre de 2010, la Procuraduría General de la Nación, en un hecho sin antecedente alguno, abrió investigación en contra de algunos de los miembros del Comité de Conciliación de la Secretaría de Educación de Bogotá, por el posible incumplimiento de sus obligaciones y deberes legales.

En resumen, se observa que la conciliación extrajudicial en asuntos de lo contencioso administrativo, resulta un mecanismo sumamente importante como paso previo a la Jurisdicción Administrativa, en el sentido que se constituye en una instancia en que las partes, con la ayuda de un tercero imparcial pueden dirimir el conflicto, evitándose los innumerables problemas que afectan nuestra justicia como lo son dentro de muchos otros los largos tiempos del proceso, altos costos e inclusive la corrupción.

No obstante lo anterior, se concluye que en la conciliación administrativa, están inmersos muchos factores que impiden su desarrollo normal. Son estos, la cultura adversarial de nuestra sociedad, que opta por dejar en los jueces administrativos la solución de la controversia, los elementos procesales en los cuales se enmarcó la conciliación, los cuales determinan que se busque el agotamiento del requisito para poder demandar, coadyuvado por el precedente de la no disposición de conciliar por parte de las entidades públicas, originado en el temor a las responsabilidades fiscales, disciplinarias e inclusive penales por parte de los miembros de los comités de conciliación.

Finalmente, se reitera que la conciliación extrajudicial, así como cualquier mecanismo de solución alternativa de conflictos, constituyen una alternativa y un alivio en todo sentido, para cualquier individuo que pretenda reclamar sus

derechos y en consecuencia justicia, teniendo en cuenta la deplorable situación de nuestra administración de justicia.

## **BIBLIOGRAFIA**

1. Junco José. Aspectos Sustanciales y Procesales en el Sistema Acusatorio. 2007. Bogotá D.C. Temis.
2. Bejarano Ramiro. Procesos Declarativos. 2008. Bogotá D.C. Temis.
3. Saade Jairo. La Conciliación. 2008. Bogotá D.C. Librería Jurídica Sánchez.
4. García Franklin. La Conciliación Administrativa. 2008. Bogotá D.C. Ibáñez
5. Ministerio del Interior y Justicia. [www.conciliacion.gov.co](http://www.conciliacion.gov.co)
6. Procuraduría General de la Nación. La Conciliación Extrajudicial En Asuntos de lo Contencioso Administrativo. II Teleconferencia 4 de marzo de 2009. [www.procuraduria.gov.co](http://www.procuraduria.gov.co)