

**LA CONCILIACIÓN PREJUDICIAL ADMINISTRATIVA DURANTE EL AÑO 2011,
EN LAS PROCURADURIAS DELEGADAS ADMINISTRATIVAS 13 y 157 DEL
MUNICIPIO DE ARMENIA**

**SANDRA BIBIANA DÍAS OSORIO
LUZ PIEDAD MONTEALEGRE CIFUENTES**

**UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL PEREIRA
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
PEREIRA
2013**

**LA CONCILIACIÓN PREJUDICIAL ADMINISTRATIVA DURANTE EL AÑO 2011,
EN LAS PROCURADURIAS DELEGADAS ADMINISTRATIVAS 13 y 157 DEL
MUNICIPIO DE ARMENIA**

**SANDRA BIBIANA DÍAS OSORIO
LUZ PIEDAD MONTEALEGRE CIFUENTES**

**Trabajo de grado presentado como requisito final para optar al título de
especialistas en Derecho Administrativo**

Asesores Metodológicos:

Dr. JHONIER CARDONA

PHD en Economía

**WALTER IVAN GARCIA MORALES
Especialista Negocios Internacionales**

**UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL PEREIRA
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
PEREIRA
2013**

Nota de aceptación

Presidente del jurado

Jurado

Jurado

Pereira, 01 de Junio de 2013

TABLA DE CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCIÓN	5
1. ANÁLISIS DEL DESARROLLO HISTÓRICO DE LA CONCILIACIÓN EN COLOMBIA	21
1.1 ¿UNA MIRADA SUBJETIVA O NO DEL PROBLEMA?	22
1.2 ESTADO DEL ARTE O ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS	24
1.3 EXPLORACIÓN TEÓRICA	28
1.4 AMBITO JURIDICO	32
2. DESARROLLO JURISPUDENCIAL	45
2.1 DE LA RAZONABILIDAD DEL CONTROL JUDICIAL DE LAS ACTAS CONCILIATORIAS A LA LUZ DEL DERECHO FUNDAMENTAL A OBTENER UNA JUSTICIA PRONTA Y OPORTUNA	50
2.2 DE LA RAZONABILIDAD DEL CONTROL JUDICIAL DE LAS ACTAS CONCILIATORIAS A LA LUZ DEL TRATAMIENTO DESIGUAL AL MINISTERIO PÚBLICO FRENTE A OTRAS AUTORIDADES QUE DESARROLLAN LA FUNCIÓN DE CONCILIAR	52
2.3 DE LAS DIFICULTADES QUE PLANTEA EL FUNCIONAMIENTO ACTUAL DE LOS COMITÉS DE CONCILIACIÓN FRENTE A LA ACTIVIDAD CONCILIATORIA QUE REALIZAN LOS AGENTES DEL MINISTERIO PÚBLICO	52
3. RESULTADOS DEL PROCESO DE CONCILIACIÓN ADMINISTRATIVA EN LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN	56
BIBLIOGRAFÍA	64

INTRODUCCIÓN

La conciliación es hoy en día uno de los principales mecanismos alternativos de solución de conflictos.

La conciliación prejudicial, que en el derecho administrativo participa de las mismas características del privado salvo, sus naturales especialidades, a partir de su regulación jurídica de 1991, impuso la tarea de acercarse con fortaleza a ella, como método alternativo de solución de conflictos, a efecto de recobrar la credibilidad en la administración de justicia y, por supuesto, descongestionarla.

Es el instrumento que, para dar una opinión repercute con más fuerza en los distintos ámbitos de la rama judicial en el propósito de descongestionar los despachos que la integran y, más importante aún, en cambiar la mentalidad del litigio por la solución pacífica de los conflictos. El tema de la conciliación es aplicable a todas las ramas del derecho, especialmente, al derecho laboral, civil, administrativo y de familia, y en su tratamiento se debe atender, principalmente, su perspectiva jurisprudencial. No obstante lo anterior, este trabajo tiene por objeto el estudio de los efectiva que ha sido la conciliación extrajudicial en la procuradurías administrativas durante el año 2011 en el Municipio de Armenia.

El Estado Colombiano ofrece la posibilidad de acudir al proceso conciliatorio prejudicial para definir sus derechos y reclamaciones, pues la litis es y será siempre, una situación que desestabiliza el núcleo social.

Propenden por arreglos amistosos, que representan para la comunidad la conservación y el mantenimiento del orden jurídico.

La Ley procedimental funda como una de sus líneas distintivas a la institución de la conciliación prejudicial, como uno de los métodos más eficaces para la solución

de controversias, porque cuenta para su realización con la presencia de un tercero, representante de la voluntad estatal, el que vigilará, orientará e impulsará el acto y protegerá los derechos y garantías mínimas consagradas en la ley.

Este proyecto hará una descripción y valoración de la conciliación prejudicial administrativa, y sus principios, el requisito de procedibilidad, la competencia exclusiva de los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación para conocer de las conciliaciones extrajudiciales, su efectividad en las Procuradurías Administrativas 13 y 157 del Municipio de Armenia.

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Si bien este proyecto se enfoca particularmente desde la perspectiva jurídica, habida cuenta del contorno normativo y académico que lo inspira, la trascendencia del fenómeno nefasto de la congestión judicial en la conducta de los ciudadanos por la poca confianza que genera el sistema judicial, también menoscaba los procedimientos alrededor de los ámbitos económico, social, gubernamental, laboral y de orden público.

Sin mucha disensión hermenéutica, la justicia es un servicio público fundamental, esto quiere decir que en un Estado Social de Derecho como lo es el de Colombia, debe existir una prioridad en garantizar la protección de dicho bien común. La congestión judicial como una generadora de impunidad más en Colombia vulnera y perjudica a los ciudadanos, a la comunidad y a las instituciones y tácitamente viola varios de los derechos fundamentales.

Resulta entonces problemático para el espectro contemporáneo la dispersión y acumulación de demandas en los espacios judiciales cuando existe la posibilidad de acudir al proceso conciliatorio prejudicial para definir derechos y reclamaciones. Es un hecho que los mecanismos alternativos de solución de conflictos tienden a

evitar la prosecución del proceso judicial constituyéndose en instrumentos que propenden por el arreglo amistoso y civilizado que buscan el mantenimiento del orden jurídico y la paz social.

La Ley procedimental administrativa colombiana exhibe como uno de sus factores más dinámicos y efectivos la institución de la conciliación prejudicial dado su ascendiente en la solución pacífica de controversias, en cuanto persigue un arreglo justo y equitativo a través del camino más rápido, expedito y económico, supervisado por un tercero, representante de la voluntad estatal, que orientará e impulsará el acto administrativo, protegiendo derechos y garantías mínimas consagradas en la Ley.

No se equivocan quienes como Jaime Castro¹ (2011) aducen que el pronto y objetivo funcionamiento de la justicia en Colombia como en cualquier país del mundo es aval de tranquilidad pública y factor de progreso. Por ende cuando sus servicios y funcionamiento acusan lentitud, desorganización y fallas operatorias, los intereses de la comunidad se sienten amenazados y vulnerados.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La conciliación jurídicamente hablando es el acto jurídico o instrumento legal por medio del cual las partes en conflicto, antes de un proceso, o en desarrollo del mismo, se allanan a una gestión conciliatoria, buscando acuerdos alrededor de toda aquella temática predeterminado por la Ley, susceptible de transacción, con la intermediación imparcial de un Juez, otro funcionario o particular autorizados para tal fin, que traten de propiciar canales de entendimiento y acercamiento entre los conciliados, de conformidad a sus propios intereses y posibilidades, o proponer alternativas viables de solución que satisfaga sus expectativas, hasta llegar a

¹ CASTRO, Jaime. "La justicia en Colombia". *Publicaciones especiales*. Colcultura. Bogotá, 2011, p. 12

derechos constituidos y reconocidos con carácter de cosa juzgada.

En materia contenciosa administrativa la conciliación es facultativa de las partes y puede suscitarse antes o en el juicio mismo, sin momento procesal específico, tanto en la vía gubernativa como en la jurisdiccional ante el fiscal respectivo.

En líneas generales su acampo de acción aplica para aquellos asuntos que admiten transacción o desistimiento, o los conflictos jurídicos que surgen en relación de derechos disponibles y sobre los sujetos que están en capacidad de disponer.

Es de anotar que en Colombia en materia contenciosa administrativa, solo hasta la promulgación de la Ley 23 de 1991², en su capítulo V se instaura la práctica de la conciliación, pero únicamente respecto a procesos promovidos con base en las acciones contenidas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso administrativo, como se analizará oportunamente, al igual que otros marcos conceptuales y jurídicos, en el desarrollo concreto del Proyecto de grado de acuerdo a la metodología previamente señalada, que merecen una profundización de definiciones y argumentación.

En Colombia subyace la impresión que las instituciones judiciales son ineficientes y no sólo por negligencia de algunos funcionarios o por la corrupción que azota todos los sectores de la sociedad, sino por la obsolescencia de los procedimientos, o en caso extremo porque se carece de personal y equipo necesario, y esto hace a la administración de justicia más inaccesible a las personas de escasos recursos y al ciudadano de a pie.

Los hechos son tozudos y las estadísticas evidentes: Desde el año 1995, la demanda de justicia ha aumentado en un 98.2%, situándose en esa época con

² Alcaldía de Bogotá, Disponible: www.alcaldiabogota.gov.co. Consulta: 06/05712

898.162 procesos. En el 2008 la cifra fue de 1.783.670 casos. Sin embargo, la demanda ha crecido a un ritmo más acelerado que el de la oferta de justicia ya que de 4.012 jueces y magistrados que había en el 95, se pasó a 4.237 funcionarios en 2008, esto quiere decir que la oferta sólo creció un 5.6% en más de una década.

De acuerdo con estas cifras, retomadas de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, en el año 2008, referente utilizado en principio, la administración de justicia cuenta con un inventario de 2.977.941 procesos, de los cuales el 52% (1.548.418) está sin trámite, es decir, que no ha registrado actuaciones ni manifestaciones en los últimos seis meses. Aun así, la jurisdicción emite 4.476 decisiones por día, de las cuales 1.371 son acciones de tutela³.

Constituye verdad de a puño que entre los principales problemas que gravitan alrededor de la rama jurisdiccional en Colombia se encuentran: Falta de independencia del poder judicial, congestión judicial, leyes obsoletas y procesos judiciales prolongados, investigaciones judiciales deficientes, carencia de recursos, falta de trayectoria para la carrera judicial y adecuada capacitación para los jueces, acceso cada vez más limitado a la justicia, ausencia de sistemas modernos para la tramitación de los procesos judiciales, procedimientos largos, términos amplios, lentitud, demoras, retraso de la tramitación de las causas, incumplimiento de términos, escasez de personal, apego al formalismo que impide pronunciamientos de fondo en la definición de controversias, notificaciones estériles o repetitivas, culto por lo escrito, trámites innecesarios, actividades administrativas que no deberían realizar los jueces, corrupción, pérdida de documentos en los juzgados, sistema carcelario deficiente, funcionarios públicos corruptos, demora en la duración de los procesos en los juzgados, bajo número de casos resueltos por el juez al año, desconfianza en las decisiones judiciales, fallas en el servicio a los usuarios.

³ Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá D.C., 2008

Es decir toda una amalgama de deficiencias, incompetencia, ausencia de compromiso, falta de capacitación etc. en cuyo desarrollo puede contribuir a alterar sus fatídicas consecuencias, la utilización objetiva y eficiente de la conciliación prejudicial, como se trató de demostrar mediante el análisis de una realidad específica cual es la del sistema judicial en la ciudad de Armenia, en el período específico del año 2011.

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Es la conciliación prejudicial en materia de Derecho administrativo un instrumento eficaz para contrarrestar los efectos de la congestión judicial y hacer más dinámica la administración de justicia?

SISTEMATIZACIÓN DEL PROBLEMA

- ¿Cuál ha sido la evolución y grado de eficacia de la conciliación prejudicial en Colombia?

- ¿Son normales o exagerados los requisitos legales para proceder a la conciliación prejudicial?

- ¿Cuáles serían las expectativas por concretar a futuro en materia de conciliación prejudicial administrativa?

JUSTIFICACIÓN

Sin temor a equivocarse puede afirmarse que la conciliación es hoy en día y tal como fue concebida, uno de los principales mecanismos alternativos de solución de conflictos, analizado en principio dicho sistema jurisprudencial desde la óptica de lo contencioso administrativo.

Es innegable la preponderancia adquirida por la jurisprudencia como fuente indirecta del derecho, de donde se infiere la importancia de conocer e interpretar las normas y los distintos pronunciamientos de las altas cortes en materia de conciliación contencioso administrativa. La administración de justicia no cuenta aún con los medios suficientes, para reducir la circulación global de expedientes y negocios jurídicos en los despachos pertinentes, visión que se percibe en todas las áreas del derecho prácticamente sin excepción. Uno de esos medios como ya se ha expresado, es el mecanismo de la conciliación, tanto judicial como extrajudicial; cada día cobra más vigencia la teoría según la cual para poder comprender y entender la actual situación judicial se torna necesario evaluar y examinar todos aquellos instrumentos al alcance de la estructura judicial y así acceder a las posibles alternativas que ayuden a solucionar el atiborramiento de asuntos y problemas que aquejan a la administración de justicia.

La conciliación es el instrumento que repercute con más fuerza en los distintos ámbitos de la rama judicial en el propósito de descongestionar los espacios en los que se desenvuelve y, más importante aún, en cambiar la mentalidad del litigio por la de la solución pacífica de los conflictos.

El tema de la conciliación es aplicable a todas las ramas del derecho, especialmente, al derecho penal, laboral, civil, administrativo y de familia, y entraña un componente de civilidad y apertura que choca con los componentes de la querrela por la querrela y en su tratamiento se debe atender, principalmente, su perspectiva legal y jurisprudencial.

Finalmente, se debe advertir que estas reflexiones se inscriben en las nuevas escuelas del derecho que tienden al replanteamiento del concepto de impugnación, a partir del reconocimiento de la conciliación y en general de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, como instrumentos más expeditos y eficaces para la administración de justicia, y la descongestión de los

despachos judiciales, con el fin de borrar las huellas de violencia que subsisten como herencia de la cultura ancestral e impiden la legitimación de las posiciones adversas.

Atendiendo a lo descrito con anterioridad se realizó una investigación teniendo en cuenta los siguientes objetivos:

OBJETIVO GENERAL

Evaluar la eficacia de la conciliación prejudicial en la descongestión de los despachos judiciales, en materia administrativa en la realidad determinada.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Analizar el marco normativo de la conciliación prejudicial en aras de constatar su validez y aplicación en la realidad colombiana.
- Estimar las conciliaciones prejudiciales administrativas desarrolladas en el municipio de Armenia Quindío a través de la Procuraduría Administrativa.
- Indicar, con base en los elementos anteriores, los resultados y niveles de eficacia alcanzados con la conciliación prejudicial en Armenia, en el año 2011

ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS

Al observar y confrontar el desarrollo normativo de la institución conciliatoria desde las legislaciones antiguas hasta las modernas se tiene que el primer antecedente legislativo aparece en el Derecho Romano, específicamente en la Ley de las XII Tablas, aprobada íntegramente en el año 305 y considerada como uno de los primeros estatutos de derecho positivo. En uno de los textos de ésta ley, se

concede fuerza obligatoria y vinculante a lo que las partes pactaran entre sí, sin exigir ninguna solemnidad a estos acuerdos⁴.

Otro tanto podría argumentarse de Las siete partidas obra considerada el monumento jurídico más importante de la Edad Media; fue la compilación realizada por Alfonso X El Sabio, terminada en 1265, dividida en siete partes, cada una de las cuales está dedicada al tratamiento de una rama del derecho en particular. En las partidas se contempla la institución de los avenidores o amigables componedores y a pesar de que no se regula en especial a la conciliación prejudicial, sí se le da la función de realizarla a estos funcionarios, siendo su labor un verdadero juicio, en el que estos últimos estaban investidos de la prerrogativa de dictar sentencia en el caso de que las partes no llegaren a avenir sus diferencias⁵.

En el derecho contemporáneo la forma actual de la conciliación prejudicial, fue consagrada en el siglo XVIII por los legisladores holandeses primeramente, y seguidamente por los franceses, según lo expuesto por HERCE QUEMADA⁶ (1983) en su ensayo sobre la conciliación. Significó el tratamiento tangencial dado a la figura en el derecho antiguo, como un precedente de la institución, de allí que el verdadero origen de la conciliación prejudicial, deba encontrarse en la canturía mencionada por el tratadista español, logrando su mayor realce y consolidación a partir de la revolución francesa de 1789.

En Francia su consagración legislativa en Francia, tuvo como base filosófica el desarrollo del principio de cofraternidad que inspiró a la revolución. Los escritos de Voltaire dan muestra del patrocinio con el que contaba la institución, al decir: "La

⁴ JUNCO VARGAS. José Roberto. La Conciliación aspectos sustanciales y procesales. Ediciones Jurídicas Radar. Bogotá, 1994, p. 2

⁵ *Ibíd.*, p. 11.

⁶ HERCE QUEMADA, Vicente. La Conciliación prejudicial. Libro Estudios de derecho Romano, Zaragoza, España. Editorial Universidad de Zaragoza. 1983, p. 5

mejor ley, el más excelente uso, el más útil que yo haya visto jamás, está en Holanda. Cuando dos hombres quieren pleitear el uno contra el otro, son obligados a ir ante el tribunal de los jueces conciliadores llamados hacedores de paz. Si las partes llegan con un abogado y un procurador, se hace pronto retirar a estos últimos, como se aparta la leña de un fuego que se quiere extinguir. Los particulares dicen a las partes: sois unos locos por querer ganar vuestro dinero en haceros mutuamente infelices; nosotros vamos a arreglaros sin que os cueste nada⁷.

En los tiempos modernos y en elementos contenciosos administrativos solo hasta la promulgación de la Ley 23 de 1991 se implantó la práctica de la conciliación, sin embargo, ante la innegable y profunda crisis que en múltiples aspectos viene sufriendo el país, entre ellas la administración de justicia, el gobierno busca dar celeridad a la administración de justicia y acude al arbitramento y la conciliación como medios para hacer más ágiles y descongestionar los despachos judiciales. Es así como la Constitución de 1991 en el inciso 3° del artículo 116 dispuso las bases constitucionales de la conciliación como mecanismo más expedito en la solución de conflictos.

El Estado social de derecho se estructura sobre el respeto a la dignidad humana, principio fundamental de todo ordenamiento jurídico y de la organización política. Los derechos Constitucionales amparan los derechos fundamentales o naturales del ser humano. Por eso el artículo 5° de la Constitución Política establece que El estado reconoce sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.

En su artículo denominado "El respeto a la dignidad de la persona humana y los derechos humanos en la Constitución Política", Ilva Myriam Hoyos (1994), afirma:

⁷ Ibíd., p. 11.

"El Estado acepta, de manera expresa en su Constitución, que hay algo primero, principal al Estado mismo que tiene respecto de él una superioridad, una excelencia una mayor dignidad. Esta primacía es de la persona y de los derechos que le son inherentes⁸.

Los bienes inherentes a la dignidad de la persona humana comprenden: su dimensión física, psíquica y moral; ahora bien, la realización personal sólo es posible en el ámbito de la libertad y ésta, a su vez, favorece el desempeño individual, familiar y social.

En suma, la condición del hombre como sujeto de derechos no puede ser desconocida por ningún ordenamiento jurídico porque sería violatoria de la Constitución Política.

DISEÑO METODOLÓGICO

En el desarrollo de este proyecto de investigación está seriamente comprometido el método descriptivo, puesto que este permitirá determinar, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico vigente en el país, las ventajas que ofrece el requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial en materia del contencioso administrativo.

También se podrá identificar las posibilidades que aportan las normas vigentes en relación a la conciliación prejudicial en materia contencioso-administrativa, generar conciencia en las personas e instituciones jurídicas y políticas que todos los conflictos no deben ser resueltos por la vía judicial, sino que existe un mecanismo que permite acuerdos en derecho y lograr la celeridad a la solución de los conflictos suscitados entre las personas y el Estado colombiano.

⁸ HOYOS, Ilva Myriam. En Dikaion. Revista de Fundamentación Jurídica. Facultad de Derecho, Universidad de la Sabana. Bogotá, 1994

Como técnica de investigación se aplica la documental, mediante la cual se compila la información pertinente para enunciar las teorías que sustentan el estudio de los fenómenos y procesos, teniendo como fuentes esenciales libros, revistas, informes técnicos, jurisprudencias y páginas web.

Constituye una importante conclusión del silogismo investigativo que se aboca en la oportunidad, el exponer sin temor a confundirse, que la Conciliación es una institución multidisciplinaria, toda vez que se desarrolla desde varios campos del conocimiento como son el sociológico, psicológico, filosófico y por supuesto el jurídico con toda su connotación de convivencia pacífica y resolución de conflictos. En relación con esta última fuente, se debió admitir que en Colombia por ser una sociedad influenciada fuertemente por el Derecho, la conciliación no ha sido ajena a ello y tiene una estructura principalmente jurídica.

Un sistema jurídico debe ser coherente y consistente, por ello debe configurar una unidad sistemática, entendida como una unidad sin contradicciones internas del derecho, en donde las diferentes normas en sentido amplio garanticen una seguridad jurídica.

Se colige así que la interpretación y aplicación de Derecho en Colombia corresponde a los jueces y a los particulares habilitados para administrar justicia, esto es, conciliadores y árbitros, mecanismo de resolución de conflictos a través del cual dos o más personas gestionan por si mismos la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador.

La conciliación es el conjunto de conceptos, la cual trae unas ventajas como trámite ágil, menores costos, competencia amplia, solución rápida, principio de confidencialidad, operador calificado, relación directa, poder de negociación restablecimiento del derecho, etc.

Vale la pena resaltar que la conciliación nominada de manera solemne y unipersonal es un proceso efectivo y que revalorando esos parámetros dialécticos se puede contribuir a la transformación de la cultura generando desarrollo, mediante la reconstrucción de las relaciones entre las partes y la resolución de los conflictos a través del diálogo y el respeto de las diferencias con la satisfacción de las partes.

Así pues, debe empezarse por reconsiderar el significado mismo de los llamados Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, alejando la idea de concebirlos única y amañadamente como instrumentos válidos para descongestionar despachos judiciales. En efecto, hoy día, dichos procedimientos han ganado espacios en el tratamiento a la conflictividad, la evaluación de los modelos tradicionales, reconsiderar otras formas de entender la justicia. Se podría conceptualizar, sin posar de irreverentes, que las diversas jornadas de divulgación y sensibilización que se han adelantado en el país, sobre estos mecanismos, están dando su fruto: que tanto personas calificadas, como del común entienden sin cortapisas que dichos instrumentos son innovadoras técnicas de negociación, tanto como mecanismos de descongestión como efectivas herramientas de desjudicialización, es decir

Métodos alternos para la paz y métodos alternativos para la solución de controversias; éste último, que es como lo define la Ley.

¿Cuál es pues la naturaleza de esos métodos? Son mecanismos establecidos por la ley para la solución de conflictos de carácter transigibles, conciliables, desistibles y los que determine la ley; muy diferentes al proceso judicial. En la sociedad, sin exageradas pretensiones hermenéuticas es simplemente una técnica alterna para la solución de controversias, adecuado a unas instancias que facilitan la transformación del orden establecido mediante una variedad de alternativas El cambio que se pretende no es impuesto y para que se logre se

requiere necesariamente la participación y resolución práctica de las partes involucradas en el problema.

Este, sin muchas pretensiones ideológicas es el sentido social de la conciliación que sumado a una cultura del consenso, impulsa la teoría participativa, hecho que conforma la esencia de la figura de la conciliación prejudicial: el reconocimiento del otro, el respeto por las diferencias, la tolerancia, el fortalecimiento de habilidades personales que se proyectan en la futura resolución de problemas; en fin, un modelo de cambio para el proceso de transformación en la cultura de la violencia, de la judicialización de los conflictos, cualesquiera que fueren las causas para su origen.

Una figura que en sus comienzos funcionó de manera libre, informal y voluntaria. No obstante en la última década la injerencia del legislador reiterativa, abundante y casi dogmática y fundamentalista la convirtió en otro decálogo de reglas, formalidades, que su normatividad resulta en ocasiones anacrónica, contradictoria y reiterativa en tantos puntos, que ha terminado por convertirse en una institución manejable solo por expertos.

No se descubrió nada nuevo cuando se dijo que el origen de la conciliación se remonta a los sistemas jurídicos de las primeras sociedades, al tiempo que fue desarrollada por los regímenes legales más evolucionados, como el romano. Su importancia como herramienta de control social y pacificación social de la comunidad ha sido reconocida por casi todas las culturas en todos los tiempos.

La Ley de las Doce tablas, como tangencialmente se expuso anteriormente, por ejemplo, otorgaba fuerza obligatoria a lo que convinieran las partes al ir a juicio. En el régimen judicial de la antigua China, la mediación era considerada como el principal recurso para resolver las desavenencias, tal como según dicen lo planteaba Confucio al sostener que la resolución óptima de las discrepancias se

lograba mediante la persuasión moral y el acuerdo, pero no bajo coacción⁹.

En algunas regiones de África, la asamblea de vecinos constituye el órgano de mediación cooperativo para solucionar contiendas comunitarias, al igual que en la región judía el Beth Din actúa como consejo de rabinos para mediar en la solución de los conflictos. La Iglesia católica también ha facilitado la solución concertada de las disputas al disponer a los párrocos como mediadores. Rastros de instituciones semejantes se hallan en el medioevo para conciliar los asuntos que enfrentan intereses de gremios, mercaderes y gitanos; a la vez que en la legislación portuguesa, en el Código Manuelino de 1521, se ordena acudir a la conciliación como requisito previo antes de presentar la demanda¹⁰.

En la Constitución Política de la monarquía española, que rigió en Guatemala antes de la independencia, se dispuso por expresa voluntad del artículo 282 que el alcalde municipal debía ejercer funciones de conciliación entre quienes pretendiesen demandar por negocios civiles o por injurias, mientras que en el artículo 284 se impedía entablar pleito alguno si no se demostraba haber intentado el arreglo previamente¹¹.

Vistas así las cosas es viable advertir que la conciliación no es un invento de la doctrina o del legislador colombiano.

Cuando se abordó, a manera de ensayo el tema de la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad, se logró sopesar en los comentarios de varios autores, en distintos documentos jurídicos y jurisprudenciales, en la composición teórica y doctrinal de expertos en la materia, en las estadísticas a la orden del día en las distintas agencias gubernamentales o no, que los resultados hasta ahora de lo pretendido con la conciliación son satisfactorios, marco de resultados este que

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-893 de 2001.

¹⁰ *Ibíd.*,

¹¹ *Ibíd.*,

invita a seguir adelante.

Tal vez el mayor avance de la conciliación colombiana después de la constitución de 1991 fue la Ley 640 del cinco de enero del año 2001, pues abordó de manera exclusiva la conciliación y desarrolló cada uno de sus aspectos; convirtió al mecanismo en requisitos de procedibilidad para acudir a las jurisdicciones civil, contencioso administrativa, laboral y de familia y mediante su artículo 46 dispuso la creación del Consejo Nacional de Conciliación y Acceso a la Justicia.

Ahora bien, atendiendo al protagonismo de la Ley 640 de 2001, el gobierno nacional siguió expidiendo normas para reglamentarla, como el Decreto 314 de 2007 que reglamentó al Consejo Nacional de Conciliación, los Decretos 1000 y 4089 del 2007 sobre el marco tarifario de la conciliación y los Decretos 3626 y 3756 del 2007 sobre el aval académico y control de los centros de conciliación.

Finalmente, en un nuevo intento por descongestionar los despachos judiciales, con fecha 12 de julio del año 2010 se expidió la Ley 1395, “Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial” que entre otros aspectos, busca darle mayor utilización a los métodos alternativos de solución de conflictos, en especial a la conciliación.

1. ANÁLISIS DEL DESARROLLO HISTÓRICO DE LA CONCILIACIÓN EN COLOMBIA

Al leer el capítulo segundo de la Ley “Que arregla el procedimiento civil de los tribunales y juzgados de la república” promulgada el día 13 de mayo de 1825, no puede negarse la contundente incorporación de la conciliación prejudicial al ordenamiento jurídico colombiano, pero los eventos futuros dan cuenta de un gran retroceso, toda vez que la Ley del 14 de mayo de 1834 titulada “Debiendo dar el correspondiente arreglo de las causas civiles, conforme a la nueva organización dada al poder judicial” redujo de catorce a nueve los artículos dedicados a la conciliación, posteriormente el mecanismo alternativo fue condenado al ostracismo legislativo durante 86 años y sólo hasta 1920 se le dio algún desarrollo legislativo con la Ley 21, que estableció su utilización en los conflictos laborales en cuyo seno residió de manera exclusiva durante otros 67 años. Desde el año 1987 el Legislador pareció “reconciliarse con la conciliación” pero no con un noble propósito sino para entregarle la pesada carga de descongestionar los despachos judiciales con las Leyes 30 de 1987, 23 de 1991, 446 de 1998 y 1395 de 2010.

El análisis de la historia precedente, remite a una pregunta obligada: ¿si los colombianos de antaño hubieran contado con una conciliación robusta, hubieran dado lugar a tantos procesos judiciales que terminaron por congestionar los despachos? Pero no todo ha sido desfavorable en la historia de la conciliación colombiana, pues el año 1991 le dio un impulso vital con el artículo 116 de la Constitución Política, que al facultar a los particulares para administrar justicia, dejó la puerta abierta para la entrada de la Ley 640 del 2001, gracias a la cual en los últimos 10 años la conciliación colombiana ha tenido el mayor desarrollo de sus 186 años de historia.

Al analizar la Ley promulgada el día 13 de mayo de 1825, se concluye que el Legislador de entonces tenía un alto concepto del componente social del Estado,

con el cual perfiló la conciliación prejudicial de aquella época y en consecuencia le entregó a los ciudadanos un mecanismo muy amigable, al que podían tener accesos con una simple solicitud verbal y aspirar a que con las amplias facultades que otrora tenían los conciliadores para utilizar el mecanismo de manera efectiva, se avinieran los contendientes o por lo menos de manera expedita se surtiera el requisito de procedibilidad para acceder a los estrados judiciales.

Destacado por la doctrina que con la Constitución Nacional de 1991 el Estado de Derecho migró hacia el Estado Social de Derecho, poniendo la administración al servicio de los ciudadanos y no estos al servicio de aquella.

Para nadie es un secreto, y así lo expresan los eruditos en la materia y el ciudadano del común, lo paquidémico del Sistema Judicial en Colombia, no obstante son pocos los documentos que lo revelan a la luz pública, introducir más barreras a los procesos es volver más lento el litigio.

Así, al estudiar los 168 o más años de vida de la conciliación prejudicial en Colombia, se concluye que no todo ha sido evolución, pues fue ignorada durante la mayor parte de su historia, abordándola tardíamente como medida de contingencia para tratar de controlar la congestión judicial, lo que sin duda se debe a la falta de consciencia histórica reflejada en los yerros doctrinales evidenciados en esta investigación, por lo cual se puede afirmar que el Legislativo no tuvo el soporte histórico apropiado para proyectar su desarrollo como método alternativo de solución de conflictos al servicio de los ciudadanos.

1.1 ¿UNA MIRADA SUBJETIVA O NO DEL PROBLEMA?

Desde otra óptica, se reitera hasta la saciedad que la conciliación prejudicial es un mecanismo alternativo de resolución pacífica de conflictos cuyo objetivo esencial, desde sus primeras apariciones a partir de la ley 23 de 1991, es el de evitar las

numerosas confrontaciones litigiosas que no hacen más que congestionar el aparato jurisdiccional, esto además por la tan propagada cultura del pleito en el país.

Hoy en día, el Código de Procedimiento Administrativo en su artículo 161 la enmarca como un requisito procesal necesario para poder instaurar demanda administrativa, siendo el Decreto 1716 del 2009 el que pacta su obligatoriedad, prohibición y voluntariedad en asuntos expresamente señalados.

Sin embargo, la cuestión aquí esta inclinada hacia la actitud que están tomando los comités de conciliación de las entidades del Estado frente a la conciliación prejudicial, pues son éstos quienes debaten las pretensiones de las solicitudes y deciden si conciliarlas o no.

Dichos comités han tomado el infructífero habito de certificar no tener ánimo conciliatorio, por razones usualmente superfluas que no indican más que la comodidad estatal, resuevas mismas que eventualmente quedarían desechas por sentencias condenatorias en contra de dichas entidades en casos donde se les atribuya responsabilidad dentro de un proceso en la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Con estas actitudes incomprensible y antijurídicas la conciliación prejudicial ha venido perdiendo su atributo natural por excelencia, cual es la opción de nuevas alternativas a la hora de hacer reclamaciones estatales o simplemente de índole particular, desviándose un poco de la vía judicial para acogerse a un corto, dinámico y efectivo mecanismo menos litigante, disminuyendo la agobiante congestión existente hoy en casi todos los estrados judiciales del país, y así concebir una cultura conciliatoria que propicie seguridad jurídica a los ciudadanos, generando ahorros presupuestales y así hacer efectiva la administración de justicia.

1.2 ESTADO DEL ARTE O ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS

La conciliación es una de las herramientas ofrecidas por el aparato jurisdiccional del Estado como opción alternativa para la resolución de los conflictos jurídicos. La filosofía que soporta este tipo de alternativas pretende que los particulares resuelvan las contiendas que comprometen sus derechos disponibles, por fuera de los estrados judiciales, apelando a la búsqueda del acuerdo antes que al proceso formalmente entablado.

Con ello se busca involucrar a la comunidad en la resolución de sus propios conflictos, mediante la utilización de instrumentos flexibles, ágiles, efectivos y económicos que conduzcan al saneamiento de las controversias sociales y contribuyan a la realización de valores que inspiran un Estado social de derecho, como son la paz, la tranquilidad, el orden justo y la armonía de las relaciones sociales (Cfr. Preámbulo, arts. 1° y 2° C.P.); además de que persigue la descongestión de los despachos judiciales, reservando la actividad judicial para los casos en que sea necesaria una verdadera intervención del Estado.

La conciliación es un procedimiento por el cual un número determinado de individuos, trabados entre sí por causa de una controversia jurídica, se reúnen para componerla con la intervención de un tercero neutral -conciliador- quién, además de proponer fórmulas de acuerdo, da fe de la decisión de arreglo y el imparte su aprobación. El convenio al que se llega como resultado del acuerdo es obligatorio y definitivo para las partes que concilian.

La conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos, introducida en la legislación por la Ley 23 de 1991, modificada por la Ley 446 de 1998 y desarrollada por la Ley 640 de 2001. Así en los procesos contenciosos Administrativos sólo es procedente en los conflictos de carácter particular y contenido económico, es decir, aquellos que se tramiten en ejercicio de las

acciones previstas en la Ley.

En términos similares el artículo 64 de la Ley 640 de 2001 prevé que se podrán conciliar todas las materias susceptibles de transacción, desistimiento y conciliación ante los conciliadores de los centros de conciliación, los servidores públicos facultados para conciliar.

La solución del conflicto a través de este mecanismo tiene como fundamento el ejercicio de la autonomía de la voluntad, pues, las partes determinan el alcance de la conciliación, transan sus diferencias, y buscan por este medio la extinción de la obligación, que por ser transaccional corresponde exclusivamente a los interesados, y solo podrá sugerir fórmulas de arreglo pero no podrá imponer su criterio, ni intentar. En realidad tanto la conciliación como la transacción responden a la misma naturaleza, pues la conciliación es una transacción a la cual se llega con la intervención de un conciliador, mientras que la denominada transacción, la logran las partes de manera directa. Si bien es cierto en la conciliación, interviene un conciliador, este no tiene injerencia decisoria en las bases y alcances de la determinación modificar el acuerdo logrado.

La conciliación supone, entonces, que la solución adoptada por las partes para poner fin al litigio sea ajustada a derecho, y si no es así el juez tiene la obligación de improbarla¹², y ello es así, porque, si como considera Merlk, “se reconoce que la voluntad jurídica y el interés del Estado coinciden, que no es posible una contradicción entre los intereses del Estado y el ordenamiento jurídico, y se considera, por lo tanto, que el funcionario administrativo, lo mismo que el juez, no es más que un ejecutor, un órgano, un servidor del derecho, y, en virtud de esta función, órgano del Estado” pues en definitiva, la guarda de los intereses del Estado y la realización del derecho no son tareas distintas y, a Fortiori, nunca

¹² Ministerio de Justicia y del Derecho, la conciliación en el derecho administrativo. Bogotá, segunda edición. 1998, p.14

pueden resultar irreconciliables.

La enciclopedia Jurídica Omeba, al definir la conciliación prejudicial expone: “Esta circunstancia puede ser intentada por espontánea voluntad de una o cualquiera de las partes en conflicto o por la mediación de un tercero, quien advertido de las diferencias, no hace otra cosa que ponerlos en presencia para que antes de que emprendan acciones, busquen la coincidencia”.

El Diccionario del Derecho Usual de Guillermo Cabanelas, expresa acerca de la conciliación “Avenencia de las partes en un acto judicial previo a la iniciación del pleito.

“En el Derecho Administrativo existe un sistema de conciliación prejudicial especial, que tiende a evitar el planteamiento de un conflicto o a resolver el surgido”.

Las posiciones asumidas por los doctrinantes no se alejan etimológicamente de las anteriores, pero tienen la virtud de demostrar con precisión la situación en que se encuentran las partes y el funcionario conciliador dentro de la diligencia.

El profesor Carnelutti indica “La autocomposición tiene sobre la composición judicial la ventaja de un menor costo y de ordinario, la de un mayor rendimiento desde el punto de vista de pacificación de los litigantes; pero no es fácil conseguir, porque la litis constituye, desde el punto de vista sociológico, una situación poco favorable a la composición espontánea para facilitarla, sirve la intervención de un tercero entre los litigantes, que toma el nombre de avenidor o conciliador”.

También el tratadista Krotoshin define y determina la forma como debe, actuar el conciliador y dice “la conciliación prejudicial es la ayuda prestada a las partes en conflicto para que entiendan por su propia voluntad. Pero siempre se trata de una

simple ayuda que no puede llegar más allá de una recomendación determinada del conciliador para la solución de conflictos.

Al analizar la conciliación prejudicial como institución procedimental el profesor Eduardo Couture, habla de las tres formas de resolver amigablemente el proceso que es “desistimiento, el allanamiento y la transacción”. Estas tres formas, según él, son especies resultantes del género, que es la conciliación prejudicial y todas en conjunto conforman los llamados actos de autocomposición, con los cuales el Juez queda relevado de decidir la litis mediante la sentencia.

Entre otros doctrinantes vale la pena resaltar el tratadista Juan Ángel Palacio Hincapié en su obra titulada “La Conciliación en materia Contencioso Administrativa quien define la conciliación como un mecanismo por medio del cual dos o más personas en conflicto, en presencia de un tercero neutral y calificado, buscan la solución de la controversia por sí mismas”.

De otro lado la jurisprudencia, por su parte, la define como “una institución en virtud de la cual se persigue un interés público, mediante la solución negociado de un conflicto jurídico entre las partes, con la intervención de un funcionario estatal, perteneciente a la rama judicial o a la administración, y excepcional de particulares”.

La conciliación es una de las herramientas ofrecidas por el aparato jurisdiccional del Estado como opción alternativa para la resolución de los conflictos jurídicos. La filosofía que soporta este tipo de alternativas pretende que los particulares resuelvan las contiendas que comprometan sus derechos disponibles, por fuera de los estados judiciales, apelado a la búsqueda del acuerdo antes que al proceso formalmente entablado.

Con ello se busca involucrar a la comunidad en la resolución de sus propios

conflictos, mediante la utilización de instrumentos flexibles, ágiles, efectivos y económicos que conduzcan al saneamiento de las controversias sociales y contribuyan a la realización de valores que inspiran un Estado social de derecho, como son la paz, la tranquilidad, el orden jurídico y la armonía de la relaciones sociales (preámbulo art 1 y 2 cp), además de que persigue la descongestión de los despachos judiciales, reservando la actividad judicial para los casos en que sea necesaria una verdadera intervención del Estado.

1.3 EXPLORACIÓN TEÓRICA

La figura de la conciliación en derecho a partir de todo lo relacionado con las definiciones que a tal institución se le puede llegar a dar. Este particular análisis tomará tres definiciones con las cuales se espera su mejor comprensión.

a) Definición Legal. Artículo 64 de la Ley 446 de 1998 Definición la conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado denominado conciliador. (...) en la anterior disposición se halló, más que una definición de carácter legal, los elementos nucleares de la institución misma y los cuales forman un todo. Estos elementos son:

De contextualización. Resulta claro que es la misma ley la que da a la conciliación en derecho el carácter de mecanismo.

De los fines. El precepto legal que define la conciliación determina como específico y único fin del mecanismo, el buscar la "...resolución de conflictos..."

De participación. Accionado el mecanismo conciliatorio en su trámite deberán intervenir "...dos o más personas" las cuales gestionarán "...por si mismas la

solución de sus diferencias,...”.

Del propio conciliador. Para cumplir los fines, propios de este mecanismo ordena la norma que ello será posible “...con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador...”.

b) Definición del Autor. Para el Autor esta obra la conciliación en derecho resulta ser una especie de jurídica integrante de los mecanismos alternativos de solución pacífica de controversias donde, mediante la intervención de un abogado calificado como conciliador, las partes en contienda buscaran llegar a un acuerdo mediado, facilitado o propuesto por el conciliador sin que por ello éste vaya a comprometer su neutralidad.

c) Definición Jurisprudencial: Con la autoridad proveniente de su competencia funcional la Corte Constitucional ha definido la conciliación a lo largo de diferente fallos 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 las partes, con la intervención de un funcionario estatal perteneciente a la rama judicial o a la administración, y excepcionalmente de particulares.

Como caracteres esenciales que informan la conciliación se destacan los siguientes:

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

o intereses que se alegan por aquellas.

La conciliación en estricto sentido el carácter de actividad judicial ni da lugar a un proceso jurisdiccional porque el conciliador, autoridad administrativa o judicial, o particular, no intervienen para imponer a las partes la solución en virtud de una decisión autónoma e innovadora.

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

De otra parte vale la pena resaltar la Naturaleza Jurídica de la conciliación para la misma se apoyaron decididamente en los fallos de la Corte Constitucional. Conforme a la precitada fuente la conciliación resulta una verdadera institución jurídica por medio de la cual se da una solución negociada a los conflictos de los asociados, contando para ello, con la intervención directa de un funcionario estatal o excepcionalmente de un particular con poderes jurisdiccionales transitorios.

Para la Corte Constitucional la conciliación tiene las siguientes características:

Es un instrumento de autocomposición de un conflicto. Se logró llegar a un acuerdo en tomar la conciliación como instrumento mediante el cual las partes

pueden lograr trascender en forma voluntaria y pacífica una particular controversia. Diferente cosa ocurre en la heterocomposición, forma esta donde un tercero interviene y define la controversia.

La misma Corte Constitucional hace ver cómo, en los más de los estrictos sentidos, la labor del conciliador no tiene el carácter de actividad judicial "...porque el conciliador, autoridad administrativa o judicial o particular, no intervienen para imponer a las partes la solución del conflicto en virtud de una decisión autónoma e innovadora..." luego, con esta especie de conclusión se reafirma en tenerla como instrumento de autocomposición.

La conciliación como actividad preventiva. De ninguna manera se compartió esta clasificación por cuanto se tiene la conciliación como una efectiva herramienta de solución negociada de conflictos. Cosa bien distinta será que por razones de políticas judiciales se le enmarque como requisito de procedibilidad siendo una actividad que desde épocas inmemoriales ha servido como instrumento también válido para trascender conflictos.

La conciliación mecanismo útil para la solución de los conflictos. Enmarcada dentro del concepto tolerancia, el respeto por el pensamiento ajeno y el diálogo, se comparte con la Corte Constitucional el reconocerle a la conciliación el mérito de ser una herramienta más que útil para la solución negociada de conflictos.

Ámbito restringido. Por mandato legal la conciliación tiene un ámbito absolutamente restringido donde únicamente se le concibió para los conflictos susceptibles de transacción o desistimiento y relacionados con personas cuya capacidad de transacción no se encuentra limitada por el ordenamiento jurídico.

Mecanismo alternativo al proceso judicial. No siendo la lectura judicial la única posible en la solución de un conflicto sin que ello les signifique renuncia o

imposibilidad de accionar la jurisdicción judicial del Estado.

De otro lado es válido resaltar que la conciliación extrajudicial puede ser de dos clases: 1) en derecho y, 2) en equidad. En derecho. Si la conciliación extrajudicial se realiza a través de conciliadores de centros de conciliación o ante autoridades en cumplimiento de funciones conciliatorias, se denomina conciliación en derecho. Sin embargo tal concepción es meramente descriptiva, ya que se debe entender por conciliación en derecho aquella en la cual las partes, con la colaboración de un tercero, el conciliador, resuelven sus diferencias de contenido patrimonial, sujetándose a la normatividad jurídica, cuyo cumplimiento debe vigilar éste, pues debe velar porque no se menoscaben los derechos ciertos e indiscutibles, los derechos mínimos e intransigibles, lo que impide que el juez pueda aprobar aquellos acuerdos que vulneren las prohibiciones legales o constitucionales, como cuando se concilia sobre materias no conciliables. En equidad. Cuando la conciliación extrajudicial se realiza ante conciliadores en equidad, concepto que es meramente descriptivo y nada avanza sobre el alcance de la institución.

La conciliación en equidad es aquella en la cual, quien cumple la función de conciliador, lo hace sin tener en cuenta aspectos técnicos ni de derecho, simplemente se limita a obtener una fórmula que consulte el derecho de cada una de las personas en conflicto, sin que se desconozca el derecho de otro. Es donde la intuición del Conciliador, su sentido común, tiene mayor despliegue y le permite encontrar un justo medio que satisfaga a cada una de las personas enfrentadas en un asunto. La conciliación en equidad sólo procede en los casos autorizados por la ley.

1.4 AMBITO JURIDICO

A pesar de la antigüedad de la institución conciliatoria pues en Colombia viene desde la Ley 13 de mayo de 1825 del Libertador-en el derecho administrativo es

bastante reciente su aplicación.

Cuando, en el inmediato pasado siglo XX, se dio la histórica oportunidad de una nueva carta fundamental, ello significó cambio absoluto y total del concepto de Estado y vigente hasta 1991. Es en este momento donde entran a regir otros fundamentales conceptos sobre la naturaleza y fines del nuevo derecho.

Decir Estado Social de Derecho no es un simple juego de palabras retóricas, muy por el contrario es pasar del concepto de los derechos políticos y civiles, doctrinalmente clasificados como de primera generación y así acogidos en la Constitución de 1886 a otros de mayor estirpe como son los derechos sociales y los cuales ya se identifican como de segunda generación.

El tema de lo social se retomó en el año 1991, momento para el cual la Asamblea Nacional Constituyente materializa los derechos sociales como nuevos componentes del Estado Colombiano.

Lo anterior inscribe la Constitución Política dentro del pensamiento de la social democracia, inspirada ésta a su vez por las doctrinas de HERMANN SELLER, contemporáneo fundador del concepto de Estado Social de Derecho. Hacen parte de toda esta nueva corriente que va significar, en términos de la Corte Constitucional que...“el Estado Juez debe interpretar el derecho siempre a través de la óptica de los derechos fundamentales...”.

Al lado de lo analizado, bajo la nueva concepción de estado, se adopta la paz y convivencia pacífica como instituciones que regulan y vienen orientando la sociedad colombiana desde finales del pasado milenio.

Es precisamente en la búsqueda y convivencia pacífica que pudo enmarcar la sesión del *4 de abril* de la Asamblea Constituyente, en la cual, como producto de

su clara y abierta preocupación por el tema de la justicia, se estudian varias ponencias en torno a la posibilidad de creación de un sistema alternativo al de la jurisdicción judicial para buscar la rápida, eficaz y proactiva solución de conflictos. El sistema debería integrar dinámicamente conceptos de informalidad, agilidad, eficacia y bajos costos.

Dentro de tan dinámico marco es que va a darse el artículo 116 de la Constitución que permite a los particulares se investidos de la función de administrar justicia, "...en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, y dentro de los límites que determine la ley..." en cumplimiento al ordenamiento constitucional el congreso de la Republica expidió la Ley 23 de 1991 por medio de la cual se crearon unos mecanismos para la descongestión de los despachos judiciales, y que permitió encontrar con el primer pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre tal figura.

La ley 23 de 1991, capítulo V, reformada por el decreto 2651 de 1991, artículos del 6 al 10; el Decreto 171 de 1993 por el cual se reglamentó parcialmente el artículo 6 del Decreto 2651 de 1991 y en el cual se desarrollaban los aspectos de la conciliación dentro del proceso, el Decreto 173 de 1993, que reglamento la conciliación prejudicial de que trataba el capítulo V de la Ley 23 de 1991 y la Ley 192 de 1995 que prorrogó la vigencia del decreto 2651 citado, por un año más.

La conciliación administrativa fue refrendada por el artículo 68 de la Ley 80 de 1993, precepto que además estableció la posibilidad de conciliar por parte de los centros de conciliación, pero exclusivamente en materia contenciosa contractual. Esta norma genero mucha oposición de un gran sector de la doctrina que la considero peligrosa para el Estado.

Posteriormente se expide la Ley 446 de 1998 determina los asuntos conciliables,

reitera efectos de la conciliación, modifica los efectos de la inasistencia, trámite de homologación de la conciliación contencioso administrativa, que sirven de sustento doctrinario para el ejercicio de las mismas. Con la expedición de la Ley 446 de 1998 se modifican y adicionan las normas de la Ley 23 de 1991 y se adoptan como legislación permanente los artículos 9,12 a 15, 19, 20,21 salvo sus numerales 4 y 5, 23, 24, 33 a 37, 41, 46 a 48, 50, 51, 56 y 58 del Decreto 2651 de 1991, conformándose un marco jurídico concreto para la conciliación contencioso administrativa, en la cual se suplen las falencias que se tenían hasta este momento. Para desarrollo de esta ley y de toda la materia de la conciliación se expidió el Decreto 1818 de 1998, por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos y el Decreto Reglamentario 2511 de 1998, algunas de cuyas normas continúan vigentes por el tema mismo de que tratan.

Luego se expide el Decreto 1122 de 1999, sobre suspensión de trámites, con el cual el Gobierno trató de suprimir las conciliaciones extrajudiciales que se adelantan ante los centros de conciliación, como una manera de combatir los manejos que se hacen de la figura, a raíz de la conciliación celebrada con la empresa Dragacol, norma que fue declarada inconstitucional.

Prospectivamente mediante la Ley 640 del 5 de enero de 2001, cuya vigencia inicia el 6 de enero de 2002, se expidió una nueva regulación sobre la conciliación, con la cual se establece un marco general para la misma y se precisa, en cada una de las materias su procedencia, y amparado por los criterios generales establecidos por el legislador puede establecer unas orientaciones a sus vigilados con el objetivo de lograr la eficiencia, calidad, oportunidad y permanencia en la prestación del servicio, a cargo de los centros de conciliación a través de la línea institucional.

Lo que se busca con la conciliación es que las partes acudan a la conciliación que

tengan un espacio propicio para la comunicación en un ambiente de confianza.

La ley 640 de 2001 regula la conciliación extrajudicial en derecho, impone la conciliación como requisito de procedibilidad en asuntos susceptibles de conciliación, crea registro de acta de conciliación, crea el consejo Nacional de conciliación y acceso a la justicia, regula el contenido de las actas de conciliación, asistencia personal de las partes a la Audiencia, termino para celebración de audiencias, expedición de constancias. Regula obligaciones del conciliador, registro de actas de conciliación efectos, registro de procedibilidad.

Después se expide el Decreto 1716 de 2009 por medio del cual se reglamenta la Ley 1285 de 2009, Ley 446 de 1998, Ley 640 de 2001, artículo 35 de la misma ley modificada por la Ley 1395 de 2010.

Consecuente con lo anterior es necesario resaltar un breve análisis jurisprudencial Consejo de Estado¹³, Sección Segunda. Subsección B, Sentencia del 4 de febrero de 2010, Rad.11001-03-15-000-2009-01243-00, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de diciembre 4 de 2006, Rad 21926, Corte.

En efecto, sobre la conciliación, como mecanismo de solución de conflictos la Corte Constitucional consignó en fallo lo siguiente "...Es pertinente anotar que la conciliación es no solo congruente con la Constitución del 91, sino que puede evaluarse con una proyección, en el nivel jurisdiccional, del espíritu pacifista que informa a la carta en su integridad.

El origen de la conciliación se remonta a los sistemas jurídicos de las primeras sociedades, al tiempo que fue desarrollado por los regímenes legales más

¹³ La Corte Constitucional en la Sentencia SU-091 de 2000, dijo al respecto "la actividad de los amigables componedores surge del acuerdo de voluntades de las partes en un contrato donde se obligan recíprocamente y que autónomamente pueden determinar mecanismos de autocomposición de las controversias que se susciten con ocasión del contrato".

evolucionados, como el romano. Su importancia como herramienta de control social y pacificación de la comunidad ha sido reconocida por casi todas las culturas en todos los tiempos. La Ley de las XII tablas, por ejemplo, otorgaba fuerza obligatoria a lo que convinieran las partes al ir a juicio. En el régimen judicial de la antigua China, la mediación era considerada como el principal recurso para resolver las desavenencias, tal como lo planteaba Confucio al sostener que la resolución óptima de las discrepancias se lograba mediante la persuasión moral y el acuerdo, pero no bajo coacción.

En algunas regiones del África, la asamblea de vecinos constituye el órgano de mediación cooperativo para solucionar contiendas comunitarias, al igual que en la religión judía el Beth Din actúa como consejo de rabinos para mediar en la solución de los conflictos. La iglesia católica también ha facilitado la solución concertada de las disputas al disponer a los párrocos como mediadores. Rastros de instituciones semejantes se hallan en el medioevo, para conciliar los asuntos que enfrentaban intereses de gremios, mercaderes y gitanos; a la vez que en la legislación portuguesa, en el Código Manuelino de 1521, se ordena acudir a la conciliación como requisito previo antes de presentar la demanda. En la Constitución Política de la Monarquía Española, que rigió en Guatemala antes de la independencia, se dispuso por expresa voluntad del artículo 282 que el alcalde municipal debía ejercer funciones de conciliador entre quienes pretendiesen demandar por negocios civiles o por injurias, mientras que en el artículo 284 se impedía entablar pleito alguno si no se demostraba haber intentado el arreglo previamente.

En épocas más recientes, estatutos legales de gran incidencia para el desarrollo jurídico moderno han reconocido la importancia de incluir la conciliación en su sistema judicial.

Tal es el caso del Código de Procedimiento Civil francés de 1806, en el que se

conservó la institucionalización de la conciliación como procedimiento obligatorio que había sido adoptada a la legislación francesa mediante la Ley del 24 de agosto de 1790. Por su parte, el derecho canónico la adopta en el Codex Iuris Canonici de 1917, como la reproduce en la versión de 1983, al señalar que:

“Al comenzar el litigio, y en cualquier otro momento siempre que se abrigue alguna esperanza de éxito, el juez no dejará de exhortar y ayudar a las partes para que procuren de común acuerdo buscar una solución equitativa de su controversia, y les indicará los medios oportunos para lograr este fin, recurriendo incluso a personas serias como mediadoras.” (Canon 1446)

En los Estados Unidos, diferentes comunidades han integrado sistemas de resolución de conflictos a partir de la decisión de autoridades locales. Tal es el caso de la Chinese Benevolent Association, establecida por los inmigrantes chinos; el Jewish Conciliation Board, fundado en Nueva York en 1920 como foro de mediación y arbitraje para la comunidad judía; el Community Relations Service del Departamento de Justicia, fundado en 1964 para ayudar en la conciliación de desavenencias raciales, y el Federal Mediation and Conciliation Service (FMCS), creado en 1947 para resolver controversias laborales e industriales, entre otros. A este respecto debe anotarse que en Estados Unidos la conciliación no sólo es un sistema privado de solución de conflictos, sino un proceso fundamentalmente voluntario.

Se inició afirmando que históricamente siempre se ha tenido a la conciliación como una forma de resolver conflictos. Los seres humanos de todas las épocas y en todos los lugares han encontrado en esta vía la posibilidad de resolver sus diferencias.

Por fuera de la anterior permanencia, la vía conciliatoria tiene, como especial característica, su cotidianidad que la asemeja al mismo aire respirado y que

permite vivir, del cual, sólo se dan cuenta de su existencia, cuando por cualquier causa deja de llegar a los pulmones. Únicamente se dieron cuenta de las formidables potencialidades de la vía conciliatoria en el momento la vital importancia, que en sí misma tiene la figura, hace pensar de su existencia en una antigüedad que bien puede remontarse al nacimiento de la propia racionalidad. De ahí que se inició el trabajo haciendo alusión a las diversas formas que ha conocido la humanidad para resolver sus controversias.

En una primitiva etapa, en la esclava evolutiva del hombre, se encontró la autodefensa o autocomposición. En esta forma la solución del conflicto la da el mismo ofendido empleando la dualidad violencia-fuerza que le permitió imponer su voluntad.

En otro orden de ideas al analizar el desarrollo normativo que en las legislaciones antiguas y modernas se le ha brindado a la institución conciliatoria se observa su desarrollo en el Derecho Romano.

El primer antecedente se encuentra en la ley de las XII tablas, aprobada íntegramente en el año 305 y considerada como uno de los primeros estatutos de derecho positivo.

En uno de los textos de ésta ley, le concede fuerza obligatoria y vinculante lo que las partes pactaran entre sí "en el camino para celebrar el juicio" sin exigir ninguna solemnidad a estos acuerdos.

En la época clásica y de allí en adelante, no basta la simple convención o acuerdo, sino que éste, para que produjera efectos, debía estar contenido en un documento escrito que sirviera de prueba de lo convenido por las partes con la finalidad de evitar pleitos, actuaron frecuentemente los pretores y los obispos, quien inspirados por la justicia y la equidad, actuado extrajudicialmente, se idearon procedimientos

que intentaban poner en paz a los contendientes, mediante fórmulas auto compositivas.

El respaldo de la conciliación prejudicial no fue solo legislativo, sino que los Juristas Romanos hacían eco de sus bondades, fue así como SUETONIO, se pronunció sobre ella diciendo: “Que el mejor monumento que el pueblo erigió al cesar, fue una columna al pie de la los ciudadanos acudían en grandes cantidades y durante mucho tiempo a ofrecer sus sacrificios y votos a la divinidad y a conciliar sus diferencias.

El pueblo, al acudir a la columna se sentía respaldado por la divinidad, desplegando esta conducta desplegando esta conducta bajo el supuesto de la reverencia y fidelidad a la divinidad”.

En el Derecho Canónico, la iglesia católica siempre consideró a los debates judiciales como fuente de pasiones humana malsanas, colindantes con el pecado y por lo tanto contenidos al espíritu pacífico y caritativo que debe inspirar al hombre cristiano.

Siendo así, los procesos judiciales eran sumamente peligrosos para la unión familiar que debe existir en la sociedad. Por ello siempre auspició la celebración de acuerdos conciliatorios, como medio adecuado para evitar la proliferación de controversias de ésta índole.

Dentro del texto de la Biblia aparecen las posiciones de los apóstoles de la iglesia sobre la institución y en el evangelio de San Mateo se encuentran los siguientes apartes “se transigente con tu adversario pronto, mientras estés con él en camino, no sea que entregue al juez”.

Estos apartes vislumbran el respaldo brindado por los teólogos a ella, quien

inspirados por los principios de amor al prójimo, de ayuda y comprensión entre los hombres, abogaban por la humanización de las instituciones, lo que se lograría por medio de mecanismos como la conciliación prejudicial.

FUERO JUZGO

También conocido liber indiciorum, fue la recopilación hecha por los godos españoles durante el siglo XII, compuesta por doce libros que recogen las leyes romanas y góticas sobre diversas disciplinas jurídicas.

Exactamente en la Ley 15, título I, Libro II, de esta obra se hace referencia a los mandaderos de paz o avenidores, funcionarios que eran nombrados por el Rey y que tenían la función de actuar como conciliadores en las controversias que él indicaba en la forma determinada. Los mandaderos de paz eran netamente transitorios y realizaban su labor de avenidores en aquellos pleitos que se les indicaban detenidamente; no era, un trámite previo y necesario a la iniciación del proceso. Era una institución exclusiva y privilegiada para ciertos conflictos que por la calidad de las partes y la importancia de los asuntos, ameritaba que el Rey se dignara a nombrar los respectivos pacificadores.

LAS SIETE PARTIDAS

Obra considerada el monumento jurídico más importante de la Edad Media; fue la compilación realizada por Alfonso X el sabio, terminada en 1265 dividida en siete partes, cada una de las cuales está dedicada al tratamiento de una rama del derecho en particular.

En las partidas se contempla la institución de los avenidores o amigables componedores y a pesar de que no se regula en especial a la conciliación prejudicial, si se le da la función de realizarla a estos funcionarios, siendo su labor

un verdadero juicio, en el que estos últimos estaban investidos de la prerrogativa de dictar sentencia en el caso de que las partes no a avenir sus diferencias.

EN EL DERECHO CONTEMPORANEO

La forma actual de la conciliación prejudicial fue consagrada en el siglo XVIII, por los legisladores holandeses primeramente y seguidamente por los franceses, según expuesto por Vicente Herce Quemada en su ensayo sobre la Conciliación.

Significo el tratamiento tangencial dado a la figura en el derecho antiguo como precedente de la institución, de allí que el verdadero origen de la conciliación prejudicial, deba encontrarse en la Canturía, mencionada por el tratadista español, logrando, su mayor realce y consolidación a partir de la Revolución Francesa en 1789.

EN FRANCIA

Su consagración legislativa en Francia tuvo como base filosófica el desarrollo del principio de confraternidad que inspiro a la revolución. Lo escrito de **VOLTAIRE**, dan muestra del patrocinio con el que contaba la institución, al decir “La mejor Ley, el más excelente uso, el más útil que yo jamás he visto está en Holanda.

Cuando dos hombres quieren pleitear el uno contra el otro, son obligados a ir ante el Tribunal de los jueces conciliadores llamados hacedores de Paz, si las partes llegan con un abogado y un procurador, se hace pronto retirar a estos últimos, como se aparta la leña de un fuego que se quiere extinguir.

Los particulares dicen a las partes: son unos locos por querer ganar vuestro dinero en haceros mutuamente infelices; sin que os cueste nada. Si el furor por pleitear es sobradamente fuerte en esos litigantes se aplaza para otro día, a fin de que el

tiempo suavice síntomas de esa enfermedad; en seguida los jueces les envían a buscar una segunda, una tercera vez; si la locura es incurable se les permite lijar; como se abandonan a la amputación de los cirujanos los miembros gangrenados; entonces la justicia hace su obra”.

Debido al entusiasmo con que fue prolijada la institución luego de la toma de la Bastilla, se expide la Ley del 24 de agosto de 1790, por la que se dispuso la inadmisión de toda demanda que no tuviese un intento previo de conciliación prejudicial y que a éste no podrían concurrir curiales o apoderados. Sancionándose su omisión con la nulidad de la actuación judicial posterior.

EN ALEMANIA

En Alemania la conciliación prejudicial se encuentra plasmada en el código de procedimiento civil, regulada a partir de 1924 en donde se indica que a la interposición de toda demanda debe preceder el interés conciliatorio.

Ahora bien, es preciso es preciso puntualizar que los orígenes generales de la figura conciliatoria¹⁴...“La conciliación es un procedimiento por el cual el número determinado de individuos, trabados entre sí por causa de una controversia

¹⁴ Reseña histórica sobre la presencia de la figura conciliatoria en la humanidad hecha por los Honorables Magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil y Eduardo Montealegre Lynett, en el muy jurídico e ilustrativo salvamento de voto que tuvieron oportunidad de hacer, con relación al fallo C-893-01, sobre la inconstitucionalidad de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en laboral. Inicialmente, con los citados magistrados podemos afirmar que la conciliación no es una nueva y, además, ha sido aceptada por todas las culturas y civilizaciones desde la antigüedad hasta hoy. Esta aparición ya existía dentro de nuestra reciente cultura jurídica donde, en sentencia de casación laboral del 15 de diciembre de 1948, se fija como antecedente de la figura conciliatoria la Ley de las XII tablas. “(...) El origen de la conciliación se remonta a los sistemas jurídicos de las primeras sociedades, al tiempo que fue desarrollado por los regímenes legales más evolucionados, como el romano. Su importancia como herramienta de control y social y pacificación de la comunidad ha sido reconocida por casi todas las culturas en todos los tiempos. La Ley de las XII tablas, por ejemplo, otorgaba fuerza obligatoria a lo que convinieran a las partes al ir a juicio. En el régimen judicial de la antigua China, la mediación era considerada como el principal recurso para resolver las desavenencias, tal como lo planteaba CONFUCIO al sostener que la resolución óptima de las discrepancias se lograba mediante la persuasión moral y el acuerdo, pero no bajo coacción (...)”

jurídica, se reúnen para componerla con la intervención de un tercero neutral-conciliador-quien, además de proponer fórmulas de acuerdo, da fe de la decisión de arreglo y él imparte su aprobación. El convenio al que se llega como resultado del acuerdo es obligatorio y definitivo para las partes que concilian.

2. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL

Sentencia C-1195 de 2001

CONCILIACIÓN-Sentidos

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

AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL-Obligatoriedad/AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL-Oposición a propuestas formuladas

AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL-Acceso a recurso judicial efectivo ante fallas en procedimiento/ACCIÓN DE TUTELA CONTRA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL-Fallas en procedimiento

La obligatoriedad de la audiencia de conciliación prejudicial y los efectos que tiene el acta de conciliación en caso de que las partes lleguen a un acuerdo, no elimina la posibilidad de que éstas tengan acceso a un recurso judicial efectivo. Ante posibles fallas ocurridas dentro del procedimiento conciliatorio, como cuando se

desconoce el debido proceso, se afectan derechos de terceros que no participaron en la conciliación, se tramitan a través de la conciliación asuntos excluidos de ella, se desconocen derechos de personas que se encuentran en condiciones de indefensión o se concilian derechos no renunciables que lleguen a constituir una vulneración o amenaza de derechos fundamentales, procedería la acción de tutela. En materia contencioso administrativa, el legislador previó la aprobación judicial como mecanismo de control judicial de la conciliación en estas materias.

CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL OBLIGATORIA EN ASUNTOS DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-Requisito de procedibilidad

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

En primer lugar, con el fin de proteger la legalidad y los intereses patrimoniales del Estado, la conciliación administrativa debe ser aprobada judicialmente¹⁵.

En segundo lugar, la conciliación administrativa sólo puede ser adelantada ante los agentes del Ministerio Público asignados a la jurisdicción contencioso administrativa. Ello implica una intervención mayor del conciliador con el fin de proteger el interés general, la legalidad del proceso y los derechos fundamentales. Además, el conciliador puede solicitar pruebas adicionales a las presentadas por las partes para la sustentación del acuerdo conciliatorio y si tales.

¹⁵ Según el artículo 70 de la Ley 446 de 1998, la conciliación en esta materia tiene importantes restricciones. "Artículo 70. Asuntos susceptibles de conciliación. El artículo 59 de la Ley 23 de 1991, quedará así: Artículo 59. Podrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas de derecho público, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción contencioso administrativa a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo.

En tercer lugar, la conciliación administrativa impone a los representantes de las entidades públicas no sólo la obligación de los asuntos susceptibles de conciliación citados en la Ley 446 de 1998, la Ley 640 de 2001 señaló la obligatoriedad de este requisito de procedibilidad para los asuntos que hayan de ser tramitados mediante las acciones previstas en los artículos 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo, es decir, acciones de reparación directa por daños antijurídicos causados por hechos, omisiones, operaciones o actuaciones administrativas o por la ocupación temporal o permanente de inmuebles por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa, así como controversias de carácter patrimonial surgidas con ocasión de contratos estatales.

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

Por la naturaleza de la acción de reparación directa (artículo 86 del Código Contencioso Administrativo), no es indispensable de agotamiento previo de la vía gubernativa. Además, en el caso de la acción contractual (artículo 87 del Código Contencioso Administrativo), no existe incompatibilidad entre la conciliación prejudicial y el agotamiento de la vía gubernativa, pues en este caso, según lo establecen los artículos 51 y 77 de la Ley 80 de 1993, Estatuto de la Contratación Estatal, *"los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo son susceptibles del recurso de reposición"*, el cual no es obligatorio para poder ejercer la acción contractual. Esta disposición cumple, por lo tanto, con los condicionamientos enunciados por la Corte y resulta constitucional en estos aspectos.

Por lo anterior, la exigencia del requisito de procedibilidad en materia contencioso administrativa resulta compatible con la Carta. Pasa la Corte a precisar dos

asuntos adicionales que resultan relevantes para el análisis de la constitucionalidad del requisito de procedibilidad en materia civil, de familia y contencioso administrativa. Estos asuntos son: (i) La relación del presente fallo con la sentencia C-893 de 2001; (ii) La consideración de otros derechos relevantes.

En cuanto a la aprobación de la conciliación extrajudicial vale resaltar:

Según la jurisprudencia constitucional, la finalidad de la aprobación judicial de la conciliación extrajudicial contencioso-administrativa, radica en

“(...) proteger la legalidad y los intereses patrimoniales del Estado”¹⁶.

Sin embargo ocurre que dicho control, en la práctica, pone en riesgo algunas de las principales finalidades de la conciliación, cuales son la descongestión de despachos judiciales y la facilitación de la solución oportuna de las diferencias. Además, generaría inquietudes adicionales sobre la credibilidad del Ministerio Público, dado que es la única autoridad que, al conciliar, debe someter el acta respectiva a un control de legalidad.

La Corte Constitucional no se ha pronunciado expresamente sobre la validez constitucional de la aprobación judicial antedicha, pero parece reconocerla tanto a partir de la finalidad de protección de la legalidad y de los intereses patrimoniales del Estado, como por la naturalidad con que aprecia la existencia de dicho control judicial en algunos de sus pronunciamientos¹⁷.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-1195 de 2001.

¹⁷ Así se refirió a la actuación que el respectivo agente del Ministerio Público realiza ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo cuando ésta adelanta el control judicial correspondiente sobre los acuerdos conciliatorios, de conformidad con la sentencia C-111 de 1999: “Es de señalar que la intervención activa del Ministerio Público en los procesos contencioso administrativos, concretamente, en las conciliaciones extrajudiciales, no es producto de un capricho del legislador, o una manera de entorpecer un posible acuerdo al que llegaren las partes, sino que

No obstante, la existencia de dicho control judicial respecto de los acuerdos conciliatorios que se concluyan en asuntos administrativos, amerita un examen juicioso acerca de su razonabilidad, como quiera que el propio régimen legal vigente, en la práctica, ha puesto en entredicho el derecho fundamental de los interesados a obtener una justicia pronta y efectiva y, por otra parte, no parece clara la justificación del tratamiento, sino desigual al menos muy particular, que la misma ley reserva para el Ministerio Público por oposición al que brinda a las demás a otras autoridades que también desarrollan funciones de conciliación.

Siguiendo los lineamientos establecidos por la propia Corte Constitucional, cabe destacar que el examen mencionado comporta la realización de un análisis acerca de la razonabilidad que acompaña la limitación creada e impuesta por el legislador, teniendo en cuenta los fines que podrían justificarla, el medio empleado a través de las normas cuestionadas y la relación existente entre los fines y el medio escogido por el legislador para alcanzarlos¹⁸. En el punto atinente a la igualdad, el examen es más riguroso. En este aspecto, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el:

“(...) fin de la medida debe ser legítimo e importante, pero además imperioso. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino además necesario, o sea, que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, el test estricto es el único que incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto. El juicio de proporcionalidad en sentido estricto es el cuarto paso del test estricto de razonabilidad. Este exige que los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones

es una garantía para que en asuntos que revisten interés para el Estado, pues, corresponde a litigios en donde éste es parte, no queden sólo sometidos a lo que pueda disponer el servidor público, que en un momento dado, sea el que esté representando al Estado. Además, se garantiza, con la intervención del agente del Ministerio, que el acuerdo al que lleguen las partes, también sea beneficioso para el interés general. “Así, la función del Ministerio Público resulta un complemento necesario del control judicial que ejerce el juez administrativo sobre el acta del acuerdo prejudicial, puesto bajo su conocimiento, cuando este control se da”.

¹⁸ Ibíd.,

*impuestas sobre otros principios y valores constitucionales*¹⁹.

2.1 DE LA RAZONABILIDAD DEL CONTROL JUDICIAL DE LAS ACTAS CONCILIATORIAS A LA LUZ DEL DERECHO FUNDAMENTAL A OBTENER UNA JUSTICIA PRONTA Y OPORTUNA

El derecho fundamental a obtener una pronta y oportuna justicia, constituye uno de los componentes del derecho fundamental de acceso a la Administración de Justicia²⁰. El legislador dispone de una cláusula general de competencia que lo autoriza para establecer limitaciones razonables al ejercicio de este tipo de derechos.

El grado de afectación del derecho, mediante la instauración legal del control judicial del acta conciliatoria, es el primer paso en el examen de razonabilidad. Aquí, el grado de afectación radica en sujetar la firmeza de un acuerdo conciliatorio logrado por las partes, con la aquiescencia del Ministerio Público, al tiempo que tarde el control judicial posterior que se realice frente al acta remitida por el Ministerio Público. En la práctica dicho control judicial está tardando varios meses. Por lo tanto, el trámite conciliatorio está superando, de lejos, el término máximo de tres meses que tienen las partes para llegar a un acuerdo extrajudicial²¹, básicamente por razón del tiempo que le toma al respectivo Tribunal Administrativo aprobar el respectivo acuerdo, término que se extiende en demasía cuando al trámite del control judicial se añaden las actuaciones que deben surtirse en segunda instancia, ante el Consejo de Estado, cuando en la actuación se interpone algún recurso de apelación.

La conciliación tiene entre sus fines, en cualquiera de sus modalidades, la

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-673 de 2001. MP: Dr. Manuel José Cepeda.

²⁰ Corte Constitucional. Sentencias C-399 de 1993. MP: Dr. José Gregorio Hernández; C-544 de 1993. MP: Dr. Antonio Barrera; T-416 de 1994. MP: Dr. Antonio Barrera; entre otras.

²¹ Artículo 20 de la Ley 640 de 2001.

descongestión de los despachos judiciales y la facilitación de la solución de conflictos sin dilaciones injustificadas. En la materia que se analiza hay un fin puntual, cual es el de proteger la legalidad y los intereses patrimoniales del Estado.

De esta manera, se tiene que el medio es el control judicial del acta conciliatoria y el fin de la medida es la protección de la legalidad y de los intereses patrimoniales del Estado, en el marco de una figura conciliatoria, la cual, entre sus finalidades, tiene la descongestión de los despachos judiciales y la facilitación de la solución de conflictos sin dilaciones injustificadas. La limitación, a su turno, es la dilación en la resolución de las controversias mediante la conciliación, amén de que el control judicial se ha convertido en fuente adicional de la congestión de los despachos judiciales encargados de realizar el control, examinar y valorar las pruebas, tramitar oposiciones y recursos, decretar nulidades, sanear actuaciones y adoptar decisiones.

Cuando la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del trámite de conciliación extrajudicial en materia civil y contencioso-administrativa como requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción, sostuvo que el requisito de procedibilidad constituye una limitación legítima frente al derecho de acceso a la Administración de Justicia, pues dicha limitación simplemente tiene un carácter temporal, que puede ser superado por la decisión de las partes²². En otras palabras, dijo la Corte que las partes mantenían el control del trámite conciliatorio, pues cualquiera de ellas bien podría optar por acudir a la audiencia conciliatoria y señalar, de manera inmediata, que no tenía interés en conciliar, lo cual, a su turno, dejaría expedito el camino para la ventilación de la diferencia ante la jurisdicción. A partir de dicha premisa, la Corte justificó el requisito de procedibilidad como legítimo frente al fin de resolver conflictos sin dilaciones.

²² Corte Constitucional. Sentencia C-1195 de 2001.

2.2 DE LA RAZONABILIDAD DEL CONTROL JUDICIAL DE LAS ACTAS CONCILIATORIAS A LA LUZ DEL TRATAMIENTO DESIGUAL AL MINISTERIO PÚBLICO FRENTE A OTRAS AUTORIDADES QUE DESARROLLAN LA FUNCIÓN DE CONCILIAR

Según se anotó, el examen de razonabilidad, en este caso, debe ser más riguroso que el efectuado en el acápite anterior.

A semejanza de lo señalado, el medio es el control judicial del acta conciliatoria y el fin de la medida es la protección de la legalidad y de los intereses patrimoniales del Estado, en el marco de una figura conciliatoria, la cual, entre sus finalidades, tiene la descongestión de los despachos judiciales y la facilitación de la solución de conflictos sin dilaciones injustificadas. La restricción o limitación, a su turno, es la adopción de un control judicial frente al acta avalada por el Ministerio Público, lo cual no sucede frente a las demás conciliaciones tramitadas por otras autoridades.

2.3 DE LAS DIFICULTADES QUE PLANTEA EL FUNCIONAMIENTO ACTUAL DE LOS COMITÉS DE CONCILIACIÓN FRENTE A LA ACTIVIDAD CONCILIATORIA QUE REALIZAN LOS AGENTES DEL MINISTERIO PÚBLICO

Las actividades de los Comités de Conciliación, cuya creación se deriva, en buena medida, del artículo 75 de la Ley 446 de 1998, cuyas potestades han sido señaladas por el Decreto 1716 de 2009 y cuyo funcionamiento, en general, ya ha recibido el respaldo del Consejo de Estado²³, han representado las siguientes dificultades, para efectos de la tramitación de la conciliación administrativa y de la búsqueda del respectivo acuerdo conciliatorio: (i) Demoras para determinar la procedencia o improcedencia de la conciliación y señalar la posición institucional que fije los parámetros de actuación del representante legal o del apoderado de la

²³ Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 21 de noviembre de 2003. CP: Dra. Olga Inés Navarrete.

entidad en el respectivo trámite; (ii) Pasividad para vigilar la gestión de los apoderados que tramitan las conciliaciones en representación de la entidad estatal correspondiente; y (iii) Carácter inflexible de las decisiones adoptadas frente al trámite conciliatorio.

La conciliación, entre otros objetivos, persigue la descongestión de los despachos judiciales, de tal manera que la actividad judicial, propiamente dicha, quede reservada a aquellos casos en que sea necesaria la puesta en marcha del aparato judicial del Estado²⁴. Así mismo el conciliador, a diferencia de un mediador, debe tener la posibilidad de proponer fórmulas de arreglo entre las partes. Es así como la jurisprudencia constitucional, en consonancia con la doctrina internacional²⁵, ha sostenido que en la mediación las partes acuden a un facilitador, es decir, a una persona que promueve el entendimiento y la discusión de los puntos de vista enfrentados, de tal manera que sean las mismas partes quienes lleguen a un acuerdo con base en la colaboración del mediador²⁶. El mediador es un facilitador de la comunicación, pero no suele promover fórmulas de arreglo. El conciliador, como se puede advertir, va más allá que el mediador, pues no sólo procura el arreglo entre las partes, sino también puede y debe formular propuestas que posibiliten un acuerdo entre las partes²⁷.

Las dificultades planteadas por las actuaciones de los Comités de Conciliación, respecto de la tramitación de conciliaciones administrativas por parte del Ministerio Público, generan inquietudes en relación con (i) el rol desplegado por el agente del Ministerio Público al incitar la conciliación y (ii) la eficacia del mecanismo como instrumento de descongestión de despachos judiciales.

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-893 de 2001. MP: Dra. Clara Inés Vargas; y Sentencia C-1195 de 2001. MP: Dres. Manuel José Cepeda y Marco Gerardo Monroy.

²⁵ REDFERN, Alan & HUNTER, Martin. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Sweet & Maxwell. 3rd. Ed., London, 1999, p. 31-43.

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-1195 de 2001.

²⁷ REDFERN & HUNTER. *Op. cit.*, p. 31-43. En Colombia, consúltese a Julio Benetti. *El arbitraje en el derecho colombiano*. Editorial Temis, p.15-19.

En la práctica, la inflexibilidad que caracteriza (i) al régimen actual aplicable a los Comités de Conciliación y (ii) a las decisiones adoptadas respecto de las actuaciones del apoderado de la entidad en el trámite conciliatorio, implican que los agentes del Ministerio Público estén actuando como mediadores en dicho trámite, dado que su potestad para proponer fórmulas de arreglo está limitada y condicionada por las actuaciones de los referidos comités. En otras palabras, la determinación, por parte de los Comités de Conciliación, de fórmulas de arreglo únicas y sin mecanismos de replanteamiento o ajuste, hacen que la labor del Ministerio Público se circunscriba a la discusión de dicha fórmula de arreglo con los intervinientes en las audiencias, o que el agente del Ministerio Público, en contravía con la posición asumida por el respectivo Comité de Conciliación, decida proponer una fórmula alternativa de arreglo, en cuyo caso, esta última es remitida al respectivo Comité de Conciliación, con el fin de que éste determine si resulta o no procedente.

Como se logró observar, el estado actual de cosas resulta inconveniente, ya que, por un lado, implica que los agentes del Ministerio Público desconozcan el espíritu y el sentido de su rol como conciliadores y, por otra parte, es decir, si dichos agentes actúan como verdaderos conciliadores, entonces se dilata la consecución de un eventual arreglo directo, lo cual desconoce el propósito de descongestión que se le atribuye a esta figura de auto-composición de diferencias.

En relación con la actuación desplegada específicamente por el Ministerio Público, la situación genera inquietudes adicionales, toda vez que la propia jurisprudencia constitucional, al declarar la exequibilidad de la conciliación prejudicial obligatoria en materia contencioso administrativa, señaló que la presencia del Ministerio Público “(...) *implica una intervención mayor del conciliador con el fin de proteger el interés general, la legalidad del proceso y los derechos fundamentales*”²⁸.

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-1195 de 2001.

La conciliación, como mecanismo de auto-composición de conflictos, supone una amplitud en la selección de criterios de decisión, pues las partes tienen la posibilidad de escoger los

“(...) criterios que consideren apropiados para el caso particular, dentro de la órbita de su poder jurídico de decisión y respetando los derechos fundamentales y las normas y principios de obligatorio cumplimiento”.

3. RESULTADOS DEL PROCESO DE CONCILIACIÓN ADMINISTRATIVA EN LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

TOTAL SOLICITUDES RADICAS	50.349
SOLICITUDES DE CONCILIACIÓN RECHAZADAS DE PLANO	7.580
SOLICITUDES DE CONCILIACIÓN RECHAZADAS DE PLANO	2.207
AUDIENCIAS CONVOCADAS	53.718
AUDIENCIAS REALIZADAS	52.779
AUDIENCIAS APLAZADAS	14.944
AUDIENCIAS SIN ACUERDO	39.248
AUDIENCIAS CON ACUERDO	4.606
VALORES PRETENDIDOS	\$1´145.825 MILLONES
VALORES CONCILIADOS EN AUDIENCIA	1´145.825 MILLONES
VALOR AHORRO PARA EL ESTADO	\$412.881MILLONES

La metodología empleada para determinar lo eficiente que fue la conciliación extrajudicial administrativa en las procuradurías delegadas la 13 y 157 del Municipio de Armenia arroja los siguientes datos:

RADICADAS EN LAS TRES PROCURADURIAS AÑO 2011 **TOTAL 1.717**

RADICADAS (procuraduría 13)	ENERO	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO	JULIO
NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO	18	22	34	99	108	51	35
REPARACIÓN	10	0	14	5	5	4	4
CONTRACTUAL	2	0	2	0	0	1	0

AGOSTO	SEPTIEMBRE	OCTUBRE	NOVIEMBRE	DICIEMBRE
48	40	31	30	43
8	3	1	2	3
0	1	3	2	1

ACUERDO	ENERO	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO
NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO	1	1	5	1	69	36
REPARACIÓN	0		0	1	0	0
CONTRACTUAL	0	2	0	0	0	0

JULIO	AGOSTO	SEPTIEMBRE	OCTUBRE	NOVIEMBRE	DICIEMBRE
50	30	20	9	7	32
1	0	0	0	1	0
0	0	0	1	0	2

FALLIDAS	ENERO	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO
NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO	42	44	4	20	23	29
REPARACIÓN	7	7	4	12	4	5
CONTRACTUAL	0	1	1	1	0	0

JULIO	AGOSTO	SEPTIEMBRE	OCTUBRE	NOVIEMBRE	DICIEMBRE
23	11	4	12	6	4
4	4	3	6	2	0
0	0	0	0	2	0

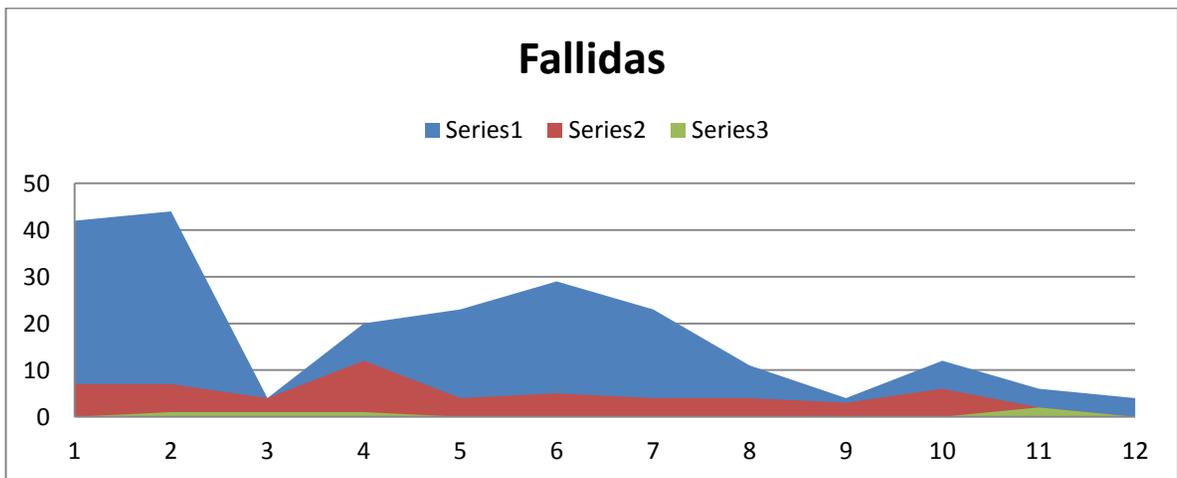
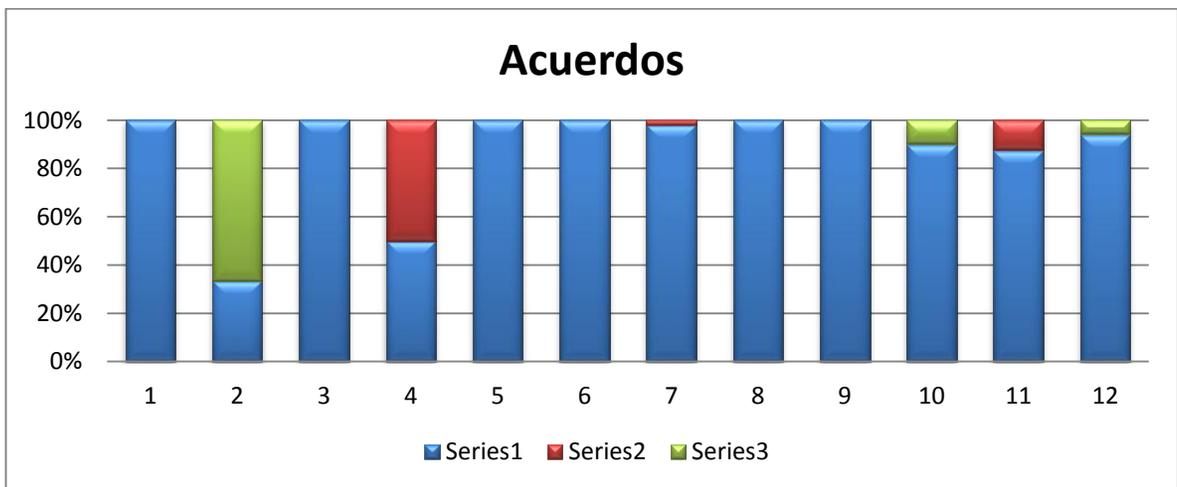
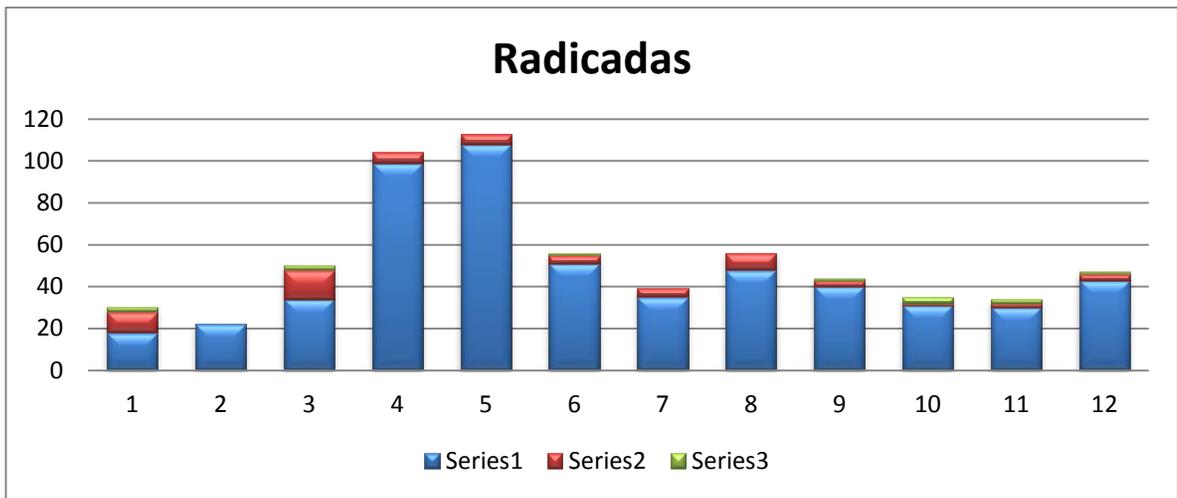
APROBADOS JURISDICCIÓN	ENERO	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO
	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO	0	1	2	3	15
REPARACIÓN	0	0	1	0	0	0
CONTRACTUAL	0	0	1	1	0	0

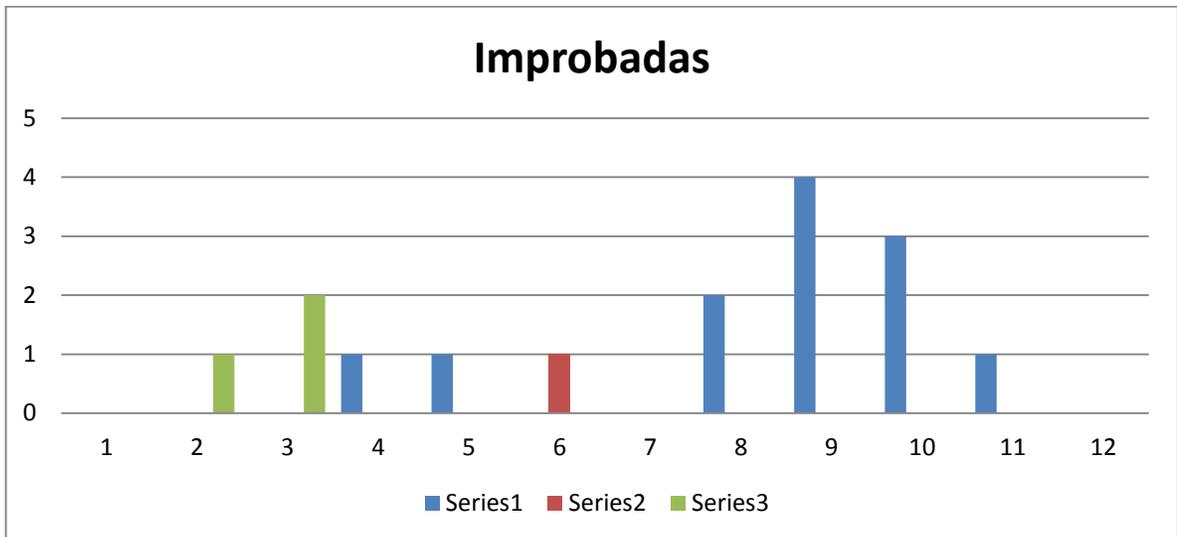
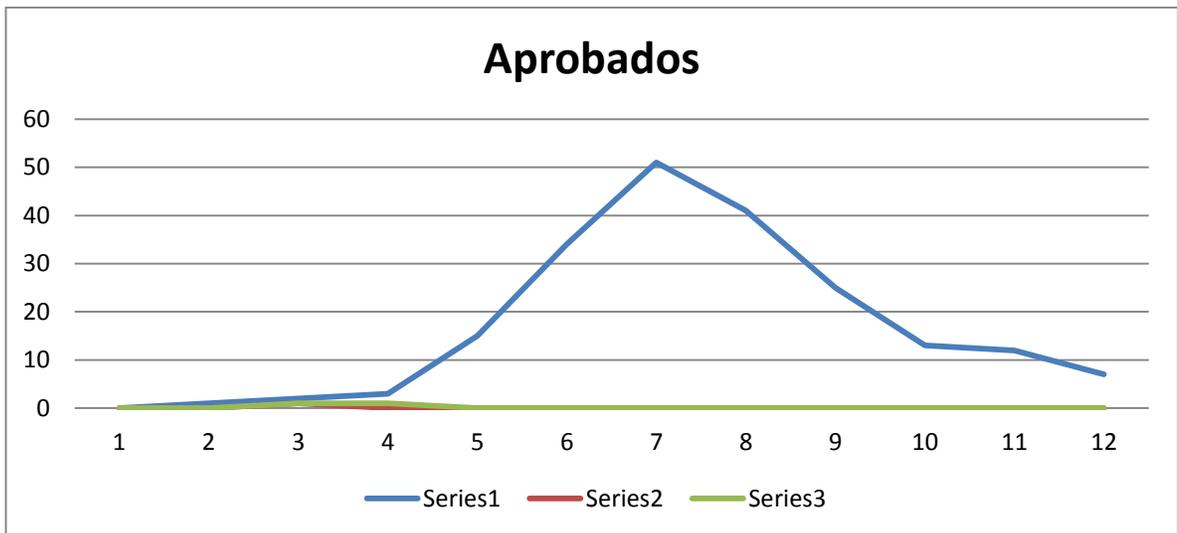
JULIO	AGOSTO	SEPTIEMBRE	OCTUBRE	NOVIEMBRE	DICIEMBRE
51	41	25	13	12	7
0	0	0	0	0	0
0	0	0	0	0	0

IMPROBADAS JURISDICCIÓN	ENERO	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO
	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO	0	0	0	1	1
REPARACIÓN	0	0	0	0	0	1
CONTRACTUAL	0	1	2	0	0	0

JULIO	AGOSTO	SEPTIEMBRE	OCTUBRE	NOVIEMBRE	DICIEMBRE
0	2	4	3	1	0
0	0	0	0	0	0
0	0	0	0	0	0

PROCURADURÍA DELEGADA No 13 PARA LA CONCILIACIÓN ADMINISTRATIVA





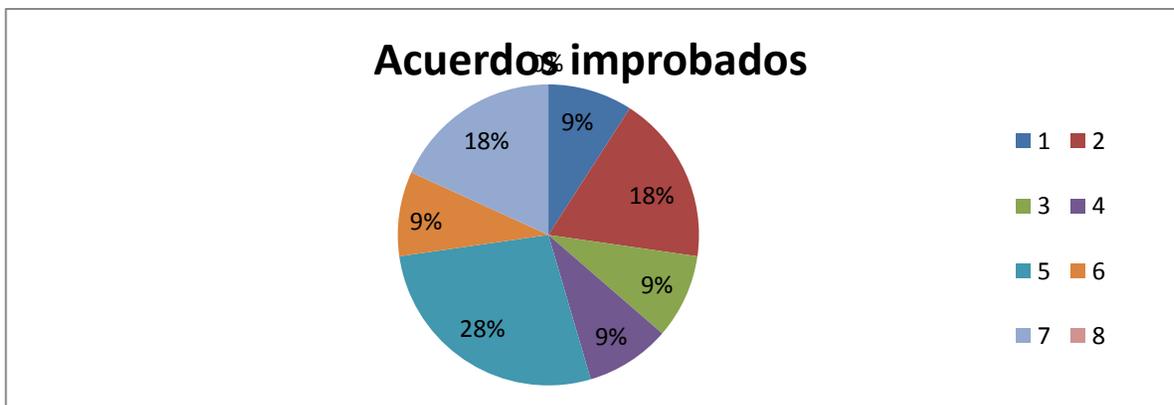
Del estudio realizado en la Procuraduría delegada No 13 realizado mes a mes se concluye que el mes julio de 2011 se aprobaron más del 50% de las conciliaciones extrajudiciales realizadas bajo la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

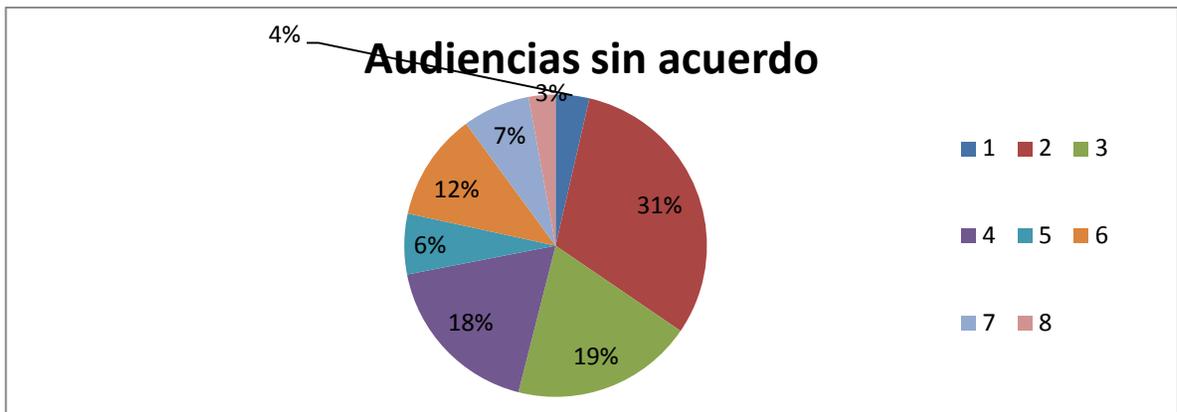
De lo encuestado se ha logrado el propósito por parte de los Procuradores de motivar a las partes para que lleguen acuerdos; se empezado a ceder en busca de soluciones que permitan un beneficio mutuo, aun a pesar de que las cantidades pretendidas se han incrementado.

Que el porcentaje de conciliaciones extrajudiciales improbadas fue muy bajo lo que indica que la conciliación es un mecanismo que bien aplicado permite solucionar conflictos que muchas veces se cree imposibles de lograr.

Actividades	MAYO	JUNIO	JULIO	AGOSTO
Acuerdos aprobados	11	34	62	28
Acuerdos improbados	1	2	1	1
Audiencias sin acuerdo	5	43	27	25

SEPTIEMBRE	OCTUBRE	NOVIEMBRE	DICIEMBRE
28	33	26	14
3	1	2	0
9	16	10	4





De lo encuestado en la Procuraduría 157 se hace un llamado a la culturización que se debe infundir a las entidades públicas en cuanto a lo beneficioso que puede ser lograr acuerdo en la conciliación extrajudicial y minimizar la instauración de demandas ante la jurisdicción contenciosa.

Uno de los inconvenientes que no está permitiendo la total efectividad de dicha figura se está detectando en los comités de conciliación.

Los comités de conciliación deben fijar una posición institucional que determine los parámetros bajo los cuales los representantes legales de las entidades y los respectivos apoderados deben actuar en las audiencias de conciliación. Dicho en otras palabras: cada entidad estatal, por intermedio de su correspondiente comité de conciliación, debe fijar unos parámetros mínimos o máximos a cuya observancia estarán sometidos quienes las representen en la conciliación. Sin embargo, esos parámetros, como sucede en cualquier relación de mandato profesional, debe tener un carácter general, el cual le permita al representante actuar con cierta flexibilidad en la conciliación. Por ende, la sugerencia no radica en permitir que el respectivo apoderado actúe sin observar los lineamientos trazados por el respectivo comité de conciliación, pero tampoco implica avalar la práctica, según la cual, se obligue a dicho apoderado a actuar únicamente con sujeción a lineamientos o directrices específicos e inflexibles, dado que ello, en la

práctica, ha implicado dilatar la resolución de las diferencias y ha limitado ostensiblemente la labor proactiva que el agente del Ministerio Público está llamado a ejercer en el trámite conciliatorio, al tenor del artículo 8, numerales 4 y 5, de la Ley 640 de 2001.

BIBLIOGRAFÍA

AZULA C. Jaime. La Audiencia preliminar y de Conciliación. Monografía jurídica. Editorial Temis S. A. Bogotá, 1999

BASTIDAS, R.R. La cultura de la conciliación. Ediciones Jurídicas Ibáñez, Bogotá, 2002

BETANCUR J., Carlos. Derecho Procesal Administrativo. Señal Editora, 6ª edición, Medellín, 2003.

BOLAÑOS, J.H. La conciliación: una alternativa para la paz. Editorial Artes Gráficas del Valle. Cali, 2002

CASTRO, Jaime. "La justicia en Colombia". *Publicaciones especiales*. Colcultura. Bogotá, 2011

CONSEJO DE ESTADO, Jurisprudencia de la Sala Plena, de las Secciones Primera, Segunda, Tercera y Cuarta, y Conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil, Bogotá D.C. 2001.

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, Bogotá D.C., 2008

CORTE CONSTITUCIONAL:

Sentencia C-160, Marzo 17 de 1999

Sentencia C-893, Agosto 22 de 2001

Sentencias C-399 de 1993

Sentencia SU-091 de 2000

Sentencia C-1195 de 2001

Sentencia C-673 de 2001

HENAO, Carlos, La Conciliación en el Derecho Administrativo, Publicación del Ministerio de Justicia y del Derecho. Programa la Modernización de la Administración de la Justicia S.E.S. A.I.D. 2º Edición, 1998.

HERCE, Quemada, Vicente. La Conciliación prejudicial. Libro Estudios de Derecho Romano, Zaragoza, España. Editorial Universidad de Zaragoza. 1983

HOYOS, Ilva Myrian. En Dikaion, Revista de fundamentación jurídica, Facultad de Derecho, Universidad de la Sabana, No 3, Bogotá, 1994.

JUNCO V., José Roberto. La Conciliación, Editorial Jurídica Radar, 2ª Edición, Bogotá, 1994

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

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO, la conciliación en el derecho administrativo. Bogotá, segunda edición. 1998

MOLANO L., Mario Roberto. Conferencias de Derecho Administrativo y Conciliación. Bogotá, 2001

REDFERN, Alan & HUNTER, Martin. Law and Practice of International Commercial Arbitration. Sweet & Maxwell. 3rd. Ed., London, 1999