

LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN MATERIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA: APLICACIÓN EN LA REPARACIÓN DIRECTA

MONTAÑA RUIZ, Mady Juliana¹

Recibido: 22 de marzo de 2017
Aceptado para publicación: 27 de julio de 2017
Tipo: Artículo de Reflexión

RESUMEN

Este artículo presenta el panorama teórico legal de la conciliación y la reparación directa, la posición de las partes y el papel de la procuraduría general de la nación, con el fin de identificar los factores que entorpecen la obtención de los propósitos de la conciliación extrajudicial en materia contencioso administrativa, planteando alternativas para mejorar su uso o para sustituir su aplicación a favor de un mejor resarcimiento de los daños originados en la actividad administrativa y, al mismo tiempo, contribuir a la descongestión de los despachos judiciales.

Palabras clave: conciliación, reparación directa, descongestión judicial.

¹ Docente de la Fundación Universitaria Juan de Castellanos. Abogada, de la Universidad Santo Tomás; especialista en Derecho Procesal, Derecho Administrativo; y Magíster en Derecho Administrativo.

EXTRAJUDICIAL AGREEMENT IN ADMINISTRATIVE LAW: APPLICATION IN DIRECT REPAIR

ABSTRACT

This article presents a legal-theoretical overview about conciliation and direct repair, the position of the parties and the role of the office of the inspector general of Colombia, in order to identify the factors that drag out the achievement of the purposes of the extrajudicial agreement in Administrative law, proposing alternatives to improve its use or to replace its application in favor of a better compensation of the damages originated in the administrative activity and also to contribute to the easiness of judicial offices.

Key words: agreement, direct compensation, court easiness.

CONCILIAÇÃO EXTRAJUDICIAL EM MATÉRIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA: APLICAÇÃO NA REPARAÇÃO DIRETA

RESUMO

Este artigo apresenta o panorama teórico e legal da conciliação e reparação direta, a posição das partes e o papel do Procurador Geral da Nação, a fim de identificar os fatores que impedem a consecução dos objetivos da conciliação extrajudicial em contencioso administrativo, propondo alternativas para melhorar seu uso ou para substituir sua aplicação em prol de uma melhor compensação dos danos originados na atividade administrativa e, ao mesmo tempo, contribuir para o descongestionamento dos escritórios judiciais.

Palavras-chave: conciliação, reparação direta, descongestionamento judicial.

LA CONCILIATION EXTRAJUDICIAIRE EN DROIT ADMINISTRATIF: APPLICATION EN REPARATION DIRECTE

RÉSUMÉ

Cet article présente un aperçu juridique et théorique de la conciliation et de la réparation directe, de la position des parties et du rôle du bureau de l'inspecteur général de la Colombie, afin d'identifier les facteurs qui entravent la réalisation des objectifs de l'accord extrajudiciaire en droit administratif, proposer des alternatives pour améliorer son utilisation ou pour remplacer son application en faveur d'une meilleure compensation des dommages issus de l'activité administrative et en même temps contribuer à la facilité des fonctions judiciaires.

Mots-cles : accord, compensation directe, facilité des tribunaux.

INTRODUCCIÓN

La conciliación es un mecanismo que demanda un amplio conocimiento para su correcto desarrollo, si ello se lograra, el estado podría enfrentar los compromisos adquiridos con la ciudadanía de acuerdo con lo dispuesto por el entramado constitucional en su Artículo 90 (Constitucion, 1991). Conforme a lo anterior, es necesario establecer nuevos criterios para generar un equilibrio entre los intereses particulares y colectivos de la Nación. Lo cual se realizará por medio de un análisis del contexto, se formularán planteamientos para mejorar el uso de la conciliación extrajudicial, o por el contrario sustituir su aplicación, de esta forma identificando el método favorable que propenda por el resarcimiento de los daños originados por la actividad administrativa contribuyendo a la descongestión de los despachos judiciales.

Colombia, uno de los primeros países latinoamericanos en establecer la figura de la conciliación como un mecanismo alternativo de solución de conflictos, en la jurisdicción contencioso administrativa legislada mediante el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (ley 1437, 2011), su implementación

radicó en criterios de necesidad establecidos para brindar una solución o una contribución a la descongestión judicial.

Por otra parte, la reparación directa surge cuando un daño antijurídico es generado por la acción o la omisión de una autoridad pública, los particulares podrán demandar por este medio cuando la causa del daño producido por la *res publica* sea causado por: “un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma” (ley 1437, 2011). Siendo la reparación directa un medio de control que no requiere el agotamiento de la vía gubernativa, exige el uso de la conciliación extrajudicial, como requisito *sine qua non* para acceder a la jurisdicción contenciosa administrativa.

Es así como confluyen las dos variables de análisis en el desarrollo de este artículo: la conciliación y el medio de control de reparación directa, variables que indican la cantidad exorbitante de solicitudes de conciliación extrajudicial que son tramitadas ante la Procuraduría General de la Nación, las cuales refieren a asuntos tendientes a la reparación directa, que pueden tener varios propósitos, entre ellos: resolver la controversia por medio del mecanismo alternativo, garantizar la protección de los derechos de los ciudadanos, descongestionar los despachos judiciales o simplemente cumplir con el requisito de procedibilidad.

En el espacio temporal (2009-2016), las solicitudes de conciliación presentadas ante la Procuraduría General de la Nación, fueron quinientas treinta y siete mil setecientos uno (537.701), de las cuales se realizaron cuatrocientas setenta y ocho mil quinientos ochenta y tres (478.583) audiencias, se aplazaron cincuenta y ocho mil ochocientos veinticuatro (58.824), trescientas sesenta y dos mil ciento diecinueve (362.119) fueron audiencias sin acuerdo; y únicamente cuarenta y dos mil setecientos ochenta y nueve (42.789) fueron audiencias con acuerdo (Castañeda Curvelo, 2017, p. 123), de lo anterior se puede inferir que, del 100 % de las solicitudes de conciliación presentadas ante la Procuraduría durante este lapso pro tempore, se celebraron el 89 %, se aplazaron el 11 %, se presentaron audiencias sin acuerdo en un 67 % y audiencias con acuerdo en un 8 %, es decir, que en un 92 % de los casos no existió acuerdo.

De lo expuesto, nacen interrogantes que vale la pena profundizar y concretar en la investigación, tales como: ¿contribuye la conciliación extrajudicial a la descongestión de la justicia?, ¿la conciliación extrajudicial entendida como requisito de procedibilidad posee una connotación de obligatoriedad que afecta la autonomía de la voluntad?, ¿cómo está equilibrada la cláusula de doble responsabilidad (deber de administración y cuidado del presupuesto de lo público vs. deber de resarcir los daños que causa a los particulares) al momento de conciliar con el estado?, ¿la conciliación extrajudicial cumple con la finalidad fundamental de generar igualdad entre las partes?

Por último, se pretendió confirmar que, en el derecho, la aplicación e implementación de una figura o herramienta de solución de conflictos, requiere procesos de construcción y adecuación a la realidad que, por naturaleza, es cambiante.

Al resolver estas preguntas y profundizar estos puntos, no se buscó negar los beneficios que ha aportado la conciliación extrajudicial a la solución de controversias, sino, establecer los puntos que entorpecen la consecución de sus finalidades, lo que podría repercutir en la inaplicabilidad real de la figura, además de generar desgaste en la administración y la jurisdicción contenciosos administrativa.

En este sentido, se formularon los siguientes objetivos: a. identificar los factores que dificultan la consecución de los propósitos de la conciliación extrajudicial en materia contencioso administrativa; b. Determinar los fundamentos teóricos que identifican las finalidades, principios y características de la conciliación contenciosa administrativa y la reparación directa; c. Conocer las posiciones asumidas por las partes para llegar o no a un acuerdo; d. Establecer alternativas para mejorar el uso de la conciliación en materia contencioso administrativa y, al mismo tiempo, contribuir a la descongestión de los despachos judiciales.

CONCILIACIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA

La conciliación es un mecanismo alternativo de solución de conflictos que acerca al ciudadano y a las entidades del Estado, a la participación en la solución de sus controversias.

Desde un punto de vista interinstitucional, se ha tratado de fomentar la conciliación extrajudicial como una herramienta de solución de conflictos intersubjetivos, establecido como un medio facultativo de administración de justicia, con el cual se propende por la descongestión de los despachos judiciales, el libre acceso a la jurisdicción contencioso administrativa y generar una cultura por medio de la cual la ciudadanía colombiana y la *res publica* edifiquen una dinámica conjunta que promueva inclusión de nuevas actitudes en pro de una avenencia pacífica (Restrepo Arredondo, 2017).

Asimismo, la legislación Colombiana para el caso de la jurisdicción contencioso administrativa, definió en el artículo 161 a la conciliación como requisito de procedibilidad (ley 1437, 2011) para poder ejercer, de forma coactiva, los medios de control establecidos en los artículos 138, 140 y 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Procuraduría, 2017).

REPARACIÓN DIRECTA Y CONCILIACIÓN

La acción de reparación directa se caracteriza por ser netamente indemnizatoria, ella busca ser vía de control cuando un daño antijurídico se da como consecuencia de los siguientes eventos:

[...] un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma (Constitucion, 1991).

No obstante, para que los postulados de este medio de control se tornen efectivos, es necesario que los elementos que conforman la responsabilidad patrimonial del Estado sean demostrados (Daño Antijurídico, actividad de la *res publica*, nexo causal), componentes indicados en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia (Constitucion, 1991).

Igualmente, Martínez Caballero (1996) afirma:

El perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. La Corte considera que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber

de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho, pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración. [...] Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización. (p. 1).

Postura acogida por la jurisprudencia Contencioso Administrativa. Ahora bien, referente a la conciliación extrajudicial, es necesario determinar en qué eventos es aplicable, además de qué limitantes presenta en materia contencioso administrativa. Al respecto, el decreto 1716 de 2009 en su artículo 2, señala que es improcedente la conciliación extrajudicial en los asuntos que versen sobre conflictos tributarios, los asuntos a tramitarse mediante proceso ejecutivo y los asuntos sobre los cuales la correspondiente acción haya caducado. Así mismo, el parágrafo 2 del artículo citado, da al conciliador el poder de velar por los derechos ciertos e indiscutibles, así como derechos mínimos e intransigibles que, por regla general, están extraídos de la figura de la conciliación.

De acuerdo con las restricciones mencionadas, la conciliación extrajudicial aplica para todos los asuntos de reparación directa, por tanto, debe ser un mecanismo alternativo de solución de conflictos que debe centrar su fundamento principal en el resarcimiento de perjuicios causados por el daño antijurídico infringido por el estado, dicha compensación debe garantizar en *Stricto sensu* el *statu quo* de la víctima; ahora bien, el Consejo de Estado ha profundizado acerca de la reparación integral. Suárez Hernández (1998) afirma:

Si también es cierto que, cuando se afecta la esfera personal del sujeto, surge el denominado daño moral, en el entendido de que este concepto comporta aflicción, dolor, angustia y en general, padecimientos varios, o como ha solido decirse, dichas consecuencias “son estados del espíritu de algún modo contingentes y variables en cada caso y cada cual siente o experimenta a su modo”, no lo es menos que, ocurrido el evento dañoso, en el entendido de que éste es el comportamiento humano que trae de consecuencia la vulneración o puesta en peligro de interés jurídico protegido, el

ordenamiento jurídico reacciona por la vía del derecho de daños y considera dicho comportamiento relevante a efectos indemnizatorios, lo cual coloca las cosas, por lo menos a la luz de los principios informadores de la teoría del daño resarcible, en el plano del derecho al resarcimiento o a la reparación, que como sabido se tiene, implica la existencia de una obligación indemnizatoria de carácter patrimonial económico, así el hecho causante del perjuicio vulnera un bien jurídico de naturaleza extrapatrimonial, o en otras palabras, recaiga sobre un derecho de la personalidad [...] reconoce, que ante transgresiones de esta naturaleza, la víctima, en aplicación del principio tutelar del derecho de daños, que enseña que se repara el daño, todo el daño pero nada más que el daño, tiene derecho a una reparación integral del perjuicio experimentado como consecuencia de daño antijurídico a ella irrogado. (p. 1).

De esta forma, definiendo de forma puntual al daño antijurídico, sus clases y la reparación integral del mismo que debe ser acorde a los perjuicios que se demuestren dentro del plenario (solicitud de conciliación vs. posición de la administración), definiciones y elementos que debe tener en cuenta el profesional (procurador) que tenga en sus manos la tasación de los perjuicios.

PAPEL DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

El artículo 23 de la ley 640 de 2001, establece que las conciliaciones judiciales en materia de lo contencioso administrativo solo podrán ser adelantadas ante los agentes del ministerio público asignados a esta jurisdicción, y en cumplimiento de tan importante función dentro de su estructura organizacional, se ha creado el espacio dedicado exclusivamente a la atención de la conciliación.

Pero ¿por qué se delega esta función al Ministerio Público? La respuesta a este interrogante la encontramos en el artículo 277 de la Constitución Política de Colombia, donde se impone al Procurador General de la Nación ya sea por sí mismo, por medio de sus delegados o agentes funciones que tienen relación con las funciones que se le imponen como conciliadores, la cuales van desde vigilar el cumplimiento de normas y actos administrativos, proteger los derechos humanos, defender el interés de la sociedad, vigilar el ejercicio diligente de la función administrativa hasta intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas cuando sea necesario en la defensa del orden jurídico, del patrimonio público, derechos y garantías fundamentales.

COMITÉS DE CONCILIACIÓN

Creados en el artículo 75 de la ley 446 de 1998, modificado por el decreto 1716 de 2009 y la directiva presidencial 05 de 2009, normas que han estipulado su conformación como de obligatorio cumplimiento para todas las entidades de derecho público. Su principal actuación será el estudio, análisis y formulación de políticas públicas sobre la prevención del daño antijurídico y la defensa de los intereses de la entidad, también decidir sobre la procedencia de la conciliación u otro mecanismo en cada caso específico para evitar lesionar el patrimonio público.

De lo anterior se desglosa que, las principales dificultades que encuentran las entidades del estado para conciliar, están relacionadas con el material probatorio que se tiene para demostrar la responsabilidad. La conciliación, al ser una herramienta alterna a la justicia ordinaria, se encuentra desprovista del respaldo que en materia de pruebas y su práctica se tiene en el sistema judicial, en alguna medida por costos, facilismo, dificultades de acceso a la prueba del particular afectado, no pudiendo consolidar un respaldo serio para realizar la solicitud, de tal forma que solo se realiza para cumplir el requisito definido por la norma y ejercer todo el esfuerzo jurídico en la acción impetrada ante el juez contencioso administrativo, de igual forma, las personas no tienen el conocimiento para llamar a los generadores del daño dentro de la etapa conciliatoria, bien sea en garantía o en solidaridad, aun contando con el respaldo del abogado, de lo anterior se desprende la falta de legitimación, no obstante, de esta forma son tramitadas por la Procuraduría General de la Nación.

EL PARTICULAR ANTE LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN MATERIA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA

El artículo 5 del decreto 1716 de 2009, establece la obligación en materia contencioso administrativa de acudir y actuar con un abogado inscrito y expresamente facultado para conciliar, situación vinculada directamente con el acceso a la justicia, derecho establecido en el artículo 229 de la Constitución política de Colombia y el derecho de defensa establecido como postulado del debido proceso (Constitución, 1991).

Asimismo, se denota un latente problema de índole cultural y de conocimiento de competencias para conciliar tanto en la ciudadanía, como en los funcionarios asignados

para fungir como Conciliadores (De Sousa Santos, 2009). En ese mismo sentido, Martínez Neira (2010) afirma:

Del análisis de los distintos estudios se logra detectar la dificultad que existe en el medio colombiano del impulso de esta figura por no tener ciudadanos ni ciudadanas con la cultura de la negociación de los conflictos, amén de la otra problemática identificada en el programa nacional de conciliación por la dificultad presentada con los conciliadores en la vida real, ya que no han desarrollado las plenas habilidades de conciliar, generando una desconfianza frente a la real potencialidad de esta institución. Por ello el gobierno nacional ha generado proyectos, tales como el denominado “Centros de conciliación y arbitraje: un espacio para construir convivencia y paz. (p. 14).

A priori, se observa cómo las falencias expuestas por los autores, generan una incursión en la sociedad Colombiana para cambiar paradigmas respecto del contenido litigioso del derecho, para lograr una inserción que genere escenarios de paz y sana convivencia, además de una cultura de arreglo amigable o conciliación entre las partes, no obstante, también es importante una debida capacitación de los funcionarios para que los mismos realicen sus acciones ajustadas a derecho (acciones in ius), en el caso de la conciliación extrajudicial, logrando igualdad para las partes (particular vs. estado), y una verdadera tasación y compensación de los daños generados por causa de la indebida actuación de la *res publica*.

EL JUEZ ADMINISTRATIVO ANTE LA CONCILIACIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA

La ley 640 de 2001 establece que el Agente del Ministerio Público remitirá, dentro de los tres días siguientes a la celebración de la correspondiente audiencia, el acta de conciliación, junto con el respectivo expediente al juez o corporación competente para su aprobación. Para esta aprobación, el juez realiza un auto contra el que procede el recurso de apelación si se trata de un asunto de doble instancia o de reposición en los asuntos de única instancia.

Se han identificado algunos parámetros que el juez tiene en cuenta para aprobar un acuerdo: entre ellas: a. el acuerdo debe estar basado en el fundamento probatorio

necesario; b. justificando en forma concreta las obligaciones establecidas; c. no puede ser contradictorio a la ley; d. no debe lesionar el patrimonio público; e. se debe tener la representación de las personas que concilian; f. el conciliador debe tener la capacidad jurídica y legal para realizar el acuerdo; g. la acción no debe estar incurso en caducidad; y, h. el reconocimiento patrimonial debe estar correctamente respaldado.

Entre las vigencias (2009-2016), las solicitudes de conciliación presentadas ante la Procuraduría General de la Nación fueron quinientas treinta y siete mil setecientos uno (537.701), de las cuales se realizaron cuatrocientas setenta y ocho mil quinientos ochenta y tres audiencias (478.583), trescientas sesenta y dos mil ciento diecinueve (362.119) fueron audiencias sin acuerdo y únicamente cuarenta y dos mil setecientos ochenta y nueve (42.789) fueron audiencias con acuerdo (Castañeda Curvelo, 2017, p. 123), de lo anterior se infiere que del 100 % de las solicitudes de conciliación presentadas ante la Procuraduría durante este lapso *pro tempore*, se celebraron el 89 %, se presentaron audiencias sin acuerdo en un 67 % y audiencias con acuerdo en un 8 %; es decir, que en un 92 % de los casos no existió acuerdo. De acuerdo con esta información, se observa un porcentaje ínfimo de conciliaciones realizadas por parte de la Procuraduría General de la Nación con acuerdo y aprobación del juez contencioso administrativo, evento que pone en entredicho la labor del conciliador, hablando *in stricto sensu* de porcentaje de logro de acuerdos conciliatorios y aprobados por la jurisdicción; al respecto, el informe de la Dirección del Ministerio del Interior señaló como solución a esas bajas cifras de aprobación judicial, quitarle esta función al juez y que dicho control de legalidad se traslade al mismo Ministerio Público, lo cual sería coherente con las funciones que este ya tiene de protección del interés general y el patrimonio público (Holguin Sardi, 2007, p. 67). Propuesta cuestionable que compromete interés público (erario del estado), como se ha observado a lo largo del estudio, el juez administrativo fijó presupuestos legales para aprobar o improbar un acuerdo conciliatorio; no obstante, el Ministerio Público conoce los requisitos y criterios establecidos, los obvia o no los sigue de forma taxativa generando acuerdos nulos que irían en contravía del beneficio estatal.

ALTERNATIVAS PARA MEJORAR EL USO DE LA CONCILIACIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Una figura compleja que necesita de extensos conocimientos en derecho administrativo, mereció un trato más acucioso, tratándose de un asunto donde la fuente de conflictos

es más manejable e identificable que en otras áreas del derecho, no puede dársele el calificativo de solución a un problema estructural de congestión judicial contencioso administrativa; el ciudadano común acepta con mayor facilidad que otro, en igualdad de condiciones, cometa errores, pero cuando este proviene de quien le entrego en mandato la confianza, dirección, protección y coordinación, implica un error imperdonable, se trata entonces de un caso de culturización en todos los niveles del proceso conciliatorio.

Son varios los aspectos sobre los que hay que construir propuestas de mejoramiento, uno de los indicadores en aumento es el de solicitudes de conciliación, esto no significa precisamente un aspecto positivo; como ya se sabe, el aumento es consecuencia de su implementación como requisito de procedibilidad, lo que realmente significa este índice de aumento, es que el Estado en uso de sus funciones ha actuado de forma inequívoca generando daño antijurídico a la ciudadanía; en ese entendido, la descongestión judicial no se logra atacando el problema estructural sino el origen de dicha congestión, aspecto ya reconocido por el Estado al establecer la política pública de prevención del daño antijurídico. De esta forma, la administración no solo se debe recapacitar en torno a los conflictos judiciales que ya tienen, sino que debe concretar una serie de mecanismos para mitigar al mínimo los errores presentados en la actividad administrativa.

Es indispensable que las entidades de derecho público tengan como política el desarrollo de espacios para interacción entre los Comités de conciliación, las oficinas de control interno, control disciplinario y contratación, puntos en los cuales se puede ejercer un control directo en la actividad de los funcionarios y contratistas, como guías en el desarrollo de su función en la conciliación, si se garantiza un buen desarrollo de esta actividad administrativa se reduce el riesgo en la causación de los daños como garantía del patrimonio de la entidad.

Otra complicación latente respecto de la conciliación extrajudicial, es generada cuando el juez contencioso administrativo imprueba el acuerdo conciliatorio, por lo tanto, el funcionario delegado (procurador) debe auscultar los motivos generales que encuentran los jueces para improbar los acuerdos y corregirlos (a. el acuerdo debe estar basado en el fundamento probatorio necesario; b. justificando en forma concreta las obligaciones establecidas; c. no puede ser contradictorio a la ley; d. no debe lesionar el patrimonio público; e. se debe tener la representación de las personas que concilian; f. el conciliador debe tener la capacidad jurídica y legal para realizar el acuerdo; g. la

acción no debe estar incurso en caducidad; y, h. el reconocimiento patrimonial debe estar correctamente respaldado); teniendo en cuenta los criterios establecidos por la jurisdicción dentro de cada uno de los acuerdos que emite.

No obstante, para evitar la improbación del acuerdo conciliatorio en la etapa extrajudicial, debería existir una obligación intrínseca de verificación que sería efectuada por la jurisdicción contencioso administrativa una vez presentada la solicitud de conciliación, de tal forma que sea el juez quien defina los parámetros de operación del Ministerio Público, tratando aspectos como: el rechazo de acuerdos por caducidad, por no contener elementos particulares y patrimoniales, por ir en contravía de la ley o por mala representación del particular, etc. Siendo el juez el competente para decidir la procedencia de la solicitud, entregando al funcionario del Ministerio, un asunto conciliable.

Sin embargo, una propuesta como la anterior traería cuestionamientos sobre posibles juzgamientos anticipados de responsabilidad que afectarían a las entidades, entonces al plantearse una función donde sea el juez quien estime la procedencia o no de la conciliación, el legislador daría parámetros para el análisis de admisión de un asunto conciliable, limitándose a cuestiones puntuales relacionados con la prescripción, la caducidad, y la posibilidad de existencia de un daño, lo último sin implicar la confirmación de una responsabilidad. Esto suprimiría la aprobación judicial posterior al acuerdo, reduciendo así las conciliaciones fallidas al tener en cuenta los criterios para celebrarlas.

Por otra parte, una propuesta que iría más allá de la enunciada, partiría del hecho de reconocer el poco éxito de la conciliación como requisito de procedibilidad:

En primer lugar, señalar que: a. el fracaso se debe a hechos donde la contraparte no presenta la solicitud con el lleno de los requisitos de ley, convirtiéndose la conciliación extrajudicial en un elemento previo para acudir a la jurisdicción; b. la falta del material probatorio que permita determinar la existencia de un daño antijurídico; c. no determinación del monto del perjuicio; d. la entidad no sabe conciliar (no existe ánimo conciliatorio), la cultura de litigio está muy arraigada y los miembros de los Comités temen seguir siendo investigados por las decisiones que se adoptan. Los dos primeros argumentos establecidos son claves en el siguiente análisis, si las solicitudes

no presentan los requisitos de una solicitud de conciliación, se deben rechazar por no estar plenamente identificado el daño, empero, este rechazo evitaría la llegada a la jurisdicción, lo que podría constituirse en una verdadera afectación al derecho de acceso a la justicia.

La solución para mitigar la congestión en el Ministerio Público, los juzgados contencioso administrativos y no limitar el derecho de acceso a la justicia, sería la supresión de este mecanismo de resolución de conflictos como requisito de procedibilidad. Lo que involucraría que quienes acudan a la conciliación lo hagan porque cuentan con toda la fundamentación para plantear un acuerdo; en caso de no llegar a un acuerdo, se continúa con el trámite judicial.

Frente al establecimiento del monto de los perjuicios, es cuestión de aprovechar las herramientas probatorias con que se cuenta y la capacidad oficiosa del Agente del Ministerio Público, quien podría solicitar como prueba, dictamen pericial entregado por las partes para establecer un monto máximo y mínimo en la tasación de los perjuicios y dirigir el ámbito dialogal con parámetros de movilidad que ofrezcan verdaderas propuestas de resarcimiento de perjuicios a los particulares, lo cual contribuiría a crear una cultura de conciliación por ser esta una verdadera oportunidad de justicia, atacando a la vez el problema de litigiosidad.

CONCLUSIONES

Desde su introducción en la legislación colombiana, la conciliación tuvo como principal atribución ser un mecanismo para la descongestión judicial y un traslado al particular de la responsabilidad de solucionar sus propios conflictos. Fue a través del desarrollo jurisprudencial que se identificaron otras finalidades y principios orientadores de la conciliación contenciosa administrativa, sin nunca excluir a la descongestión judicial entre ellos.

La conciliación extrajudicial no se ha considerado una limitante de acceso a la justicia siempre que se toma como un acuerdo que define la terminación de un proceso. La evolución normativa surgida sobre el mecanismo, entrega hoy una estructura más sólida para su puesta en práctica que vincula a entidades de la rama ejecutiva, de la

rama judicial, entes autónomos y particulares todos con una participación definida en el proceso conciliatorio.

La conciliación de controversias que suscitarían la interposición de la acción de reparación directa, debe fundarse en los principios de equidad y reparación integral para garantizar un verdadero resarcimiento del daño antijurídico ocasionado por la administración. El estado ha asumido ante la conciliación una conducta preventiva, generando políticas públicas encaminadas a la disminución del daño antijurídico (creación de la agencia de defensa jurídica del estado, el sistema de información en conciliación, y los comités de conciliación).

La Procuraduría General de la Nación ha adoptado un espacio para el desarrollo de su función en la conciliación contencioso administrativa, empero, los efectos sobre la descongestión judicial se lograrán a largo plazo, desde la entidad se contribuirá a generar cambios de mentalidad que así lo garanticen. Los particulares que deben actuar por medio de apoderado judicial, acuden al mecanismo de la conciliación para agotar un requisito, pues ya tienen una posición predefinida por criterios cuantitativos, situación que se ha identificado como estrategia de litigio extractiva de recursos públicos del estado.

El control judicial de los acuerdos conciliatorios, no es la causa de su escasa prosperidad; lo es el no cumplimiento de los criterios generados por el control de legalidad ejercido por la jurisdicción contencioso administrativa.

Solo el cambio de una cultura litigiosa a una dialogal, contribuirá al uso de la conciliación extrajudicial en materia contencioso administrativa como un verdadero mecanismo alternativo de acceso a la justicia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Castañeda Curvelo, M. I. (2017). *Informe de administración (2009-2016)*. Recuperado de https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/info_gel_archivos/5//16_Informe%20Administrativo%202009-2016%20FINAL%20.pdf

De Sousa Santos, B. (2009). *Derecho y Emancipación Social*. Bogotá, D.C.: Editorial Ilsa.

Holguín Sardi, C. (2007). *Guía Institucional de Conciliación en Administrativo*. Bogotá, D.C.: Ministerio del Interior y de Justicia.

Martínez Caballero, A. (1996). *Sentencia C -333*. Bogotá, D.C.: Corte Constitucional.

Martínez Neira, H. (2010). *Retos de la Justicia*. Bogotá, D.C.: Revista Política Colombiana.

Restrepo Arredondo, B. D. (2017). La conciliación como solución de conflictos. *Estudios de Derecho*, 58(152), 164-180. Recuperado de <https://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/viewFile/11383/10397>

Suárez Hernández, D. (1998). *Expediente 12009*. Bogotá, D.C.: Consejo de Estado.

Normatividad

CONGRESO DE COLOMBIA, (07 de julio de 1998). *Ley por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia*. Ley 446 de 1998). DO: 43.335.

CONGRESO DE COLOMBIA, (5 de enero 2001). *Ley Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones*. (Ley 640 de 2001). DO: 44.303.

CONGRESO DE COLOMBIA, (14 de mayo de 2009). *Decreto Por el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y del Capítulo V de la Ley 640 de 2001*. (Decreto 1716 de 2009). Diario Oficial: 47.349.

CONGRESO DE COLOMBIA, (22 de mayo de 2009). *Instrucciones para el adecuado ejercicio de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en materia de lo contencioso administrativo*. (Directiva Presidencial 05 de 2009). DO: 47.357.

CONGRESO DE COLOMBIA, (18 de Enero de 2011). *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. (Ley 1437 de 2011). DO: 47.956.

Constitución política de Colombia, (1991) 2da Ed. Legis