

DA003Z
2013
Ej. 1

1323743

**LA CONCILIACIÓN COMO UNO DE LOS MECANISMOS ALTERNOS EN LA
SOLUCIÓN DE CONFLICTO.**

CARMEN MARIA DE LA ROSA BARCELO

JULIO CESAR ZARATE ARAGON

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR

ESPECIALIZACION DERECHO ADMINISTRATIVO

PROMOCION 29

BARRANQUILLA

2013

**LA CONCILIACIÓN COMO UNO DE LOS MECANISMOS ALTERNOS EN LA
SOLUCIÓN DE CONFLICTO.**

CARMEN MARIA DE LA ROSA BARCELO

JULIO CESAR ZARATE ARAGÓN

**UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
ESPECIALIZACION DERECHO ADMINISTRATIVO
PROMOCION 29
DIPLOMADO EN CONTRATACION ESTATAL
BARRANQUILLA, 2013**

INTRODUCCIÓN

Al desarrollar, la conciliación como uno de los mecanismos alternos en la solución de conflicto. Hemos querido hacer un pequeño aporte práctico y sencillo para la rápida comprensión del lector en este ensayo que lo hemos titulado conciliación como mecanismo alternativo en la solución de conflictos en materia de contratación estatal.

Resulta una problemática para la sociedad contemporánea la proliferación y acumulación de demandas en los despachos judiciales factor este que perturba la paz judicial que se venía llevando en la justicia colombiana.

La conciliación antes del años de 1991, era inconcebible en los asuntos en los que el estado fuera parte, primero claro está por la estructura de la constitución política de Colombia, que impedía hacer reconocimientos que previamente no obedecieran a una sentencia y en segundo punto por la mentalidad de nuestros funcionarios públicos, al encontrarse temerosos frente a una investigación penal en su contra por el mal manejo de los recursos del estado, pero al nacer a luz jurídica la ley 23 de 1991, la cual era para descongestionar los despachos judiciales y empieza a introducirse este mecanismo de conciliación en asuntos asignados al conocimiento de lo contencioso administrativo, pero solo para ciertos conflictos de interés, que fuera de carácter particular y de contenido patrimonial.

La ley 640 de 2001, autoriza la conciliación en los asuntos relacionados con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales

siempre y cuando afecte el patrimonio y sea de carácter particular, por lo que en materia contractual se ven tres clases de conciliación que podemos vislumbrar como son la prejudicial, la judicial y la originaria en la liquidación del contrato, primero que todo la prejudicial se atiende a la regla general ante el procurador delegado ante la jurisdicción contenciosa, la judicial se lleva a cabo dentro del proceso que se haya originado en ejercicio de la acción de reparación directa, la originada en la liquidación del contrato cuando se efectúe por mutuo acuerdo, esta última encierra una forma de transacción donde las partes hacen reconocimientos y hacen renunciaciones de parte de sus pretensiones, por lo que la ley 1285 de 2009 autoriza que si es procedente conciliar sobre actos administrativos que se expidan con ocasión de la actividad contractual.

Por lo tanto, quienes afronten un conflicto de interés que esté relacionado, para el caso de la jurisdicción contenciosa administrativa, con las acciones de reparación directa y de controversias contractuales, deben procurar su solución previamente con la ayuda de un conciliador autorizado ante el procurador delegado, por lo que a partir de la vigencia de la ley 640 de 2001, ninguna demanda podía ser presentada ante el juez si antes no se había dado trámite a la audiencia de conciliación para aquellos asuntos que sean conciliables.

El Estado Colombiano ha venido implementando una difusión de la conciliación como mecanismo alternativo en la solución de conflictos y específicamente en materia de contratación estatal lo cual ha ido acompañado de una labor educativa en las universidades, y como también a los abogados litigantes, un abogado conciliador que busca llegar a un acuerdo amigable, tolerante, sincero y amable.

LA CONCILIACION COMO UNO DE LOS MECANISMOS ALTERNOS EN LA SOLUCIÓN DE CONFLICTO

La conciliación etimológicamente proviene del vocablo latín conciliatio, conciliatonis significa componer, ajustar los ánimos de quienes estaban compuestos entre sí.

La Corte Constitucional define la conciliación de la siguiente manera: “la conciliación es una institución, en virtud de la cual se persigue un interés público, mediante la solución negociada de un conflicto jurídico entre 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: 1. Es un instrumento de auto composición de un conflicto, por la voluntad concertada o el consenso de las partes, 2. La conciliación constituye una actividad preventiva, en la medida en que busca la solución de conflicto antes de acudir a la vía procesal, o durante el trámite del proceso, en cuyo caso no se llega al resultado final norma de aquel, que es la sentencia. En este último evento, se constituye en una causal de terminación anormal del proceso.3. La conciliación es un mecanismo útil para la solución de los conflictos.”¹

¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Prevención de Conflictos Laborales y conciliación.

Con el fin de descongestionar los despachos judiciales y de conformidad con las normas relativas de los estudios de derecho, nace a la vida jurídica acuerdos pertinentes para reglamentar la realización de ciertas actividades, donde nace por primera vez el código laboral figura esta que pretendía que antes de iniciarse el debate probatorio, el juez intentara la aproximación de las partes para que llegaran a un acuerdo, pero en ese entonces ni las partes ni los funcionarios le dieron a la conciliación la importancia que tenía por ser un mecanismo voluntario, conllevando a que las audiencias de conciliación terminaran mencionado en el acta de las partes, que no tenían animo conciliatorio, viéndose en esta acta una desacreditación a este mecanismo que intentaba implantar la legislación.

En los años siguientes se llevó este mecanismo al procedimiento civil más específicamente al proceso verbal, de acuerdo con el decreto 1400 de 1970 que expide el código civil en la legislación colombiana, Consagrada en el artículo 67, la figura de amigables componedores que actualmente se ve en la legislación administrativa y esta trataba de someter las diferencias para que las partes llegaran a un acuerdo pero no tenían efectos jurídicos en un laudo arbitral, posteriormente nace la ley 1ª de 1976 que introdujo en los proceso abreviados de divorcio y separación de bienes, sin que sus resultados fueran muy alentadores, pues se trataba de una institución voluntaria, más adelante nace el decreto 2282 de 1989 que buscaba aligerar la congestión en los despachos judiciales,

modificando sustancialmente el código de procedimiento civil estableciendo como requisito previo obligatorio de los trámites procesales.²

Luego nace a la vida jurídica la ley 23 de 1991 la cual consagra como mecanismo para superar la congestión en los despachos judiciales llevando este mecanismo a procedimientos diferentes a los del derecho civil, por lo que esta ley en su art. 59 introduce en el derecho público y la llevo al derecho privado ya se con anterioridad a esta ley se mantenía la conciliación en el campo privado, y al nacer en el derecho público la lleva al contencioso administrativo, pero no fue admitida en el proceso penal, haciéndola obligatoria al derecho de familia, siendo posteriormente complementada la ley 23 de 1991 con el decreto 2651 de 1991 pero con vigencia temporal.

La ley 81 de 1993 modifica el art 38 del código de procedimiento penal y reglamenta en esta materia la conciliación, y el decreto 2511 de 1998 reglamenta la ley 446 de 1998 respecto a la conciliación extrajudicial contencioso administrativo y en material laboral, reglamentado en el artículo 64 de la ley 446 de 1998 el cual consagra que la conciliación como “un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismo la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador.”³

² SAADE URUETA JAIRO ARTURO. Bogotá DC, la Conciliación; Librería jurídica, Sánchez R Ltda. pág. (32).

³ LEY 446 DE JULIO 7 DE (1998 pág. 61), Descongestión, Eficiencia y Acceso a la Justicia. Editorial Unión Ltda.

Es claro que este mecanismo más que descongestionar despachos judiciales y ser un requisito que se debe acudir antes de presentar una demanda, es una gestión que permite que las personas que quieren o desean dirimir sus conflictos los puedan hacer con la ayuda de un tercero sin necesidad de acudir ante los estrados judiciales. Mecanismo que se encuentra contemplado en nuestra carta magna en su art. 116.

La conciliación en materia administrativa nos muestra que en el art 70 de la ley 446 de 1998 cuales son los asuntos susceptibles de conciliación el cual nos dice Artículo. 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 de lo contencioso administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Decreto 01de 1984, Código Contencioso Administrativo.

Como etapa procesal voluntaria, es decir que las partes puedan solicitar en el derecho contencioso administrativo, dice la ley 23 de 1991 que cuando se trata de procesos en que se admite la transacción y el procedimiento policivo y los alcaldes municipales por contravenciones ordinarias o especiales, se hace obligatoria la etapa de la conciliación en procesos contenciosos administrativos, es por ende que como requisito de procedibilidad para presentar una demanda de pretensión de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa o sobre controversias contractuales ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo,

debe agotarse este mecanismo alterno de solución de conflictos, con el fin de resolver prontamente las controversias surgidas y el acta de conciliación presta merito ejecutivo. Esta solicitud deberá contener los siguientes requisitos:

1. La designación del funcionario a quien se dirige;
2. La individualización de las partes y sus representantes si fuera el caso.
3. Las diferencias que se quieren conciliar y los hechos en se fundamentan.
4. La relación de las pruebas que se acompañan y delas que se harían valer en el proceso.
5. La demostración del agotamiento de la vía gubernativa, a través del acto expreso o presunto, cuando ello fuere necesario.
6. La estimación razonada de la cuantía de las aspiraciones.
7. La manifestación, bajo la gravedad del juramento, de no haber presentado demandas o solicitudes de conciliación con base en los mismos hechos.
8. La indicación del lugar para que surtan las notificaciones.
9. La firma del solicitante o solicitantes.
10. La copia llevaba a la convocada con el sello de lo recibido.

La conciliación como mecanismo alterno de solución de conflicto, es un requisito de procedibilidad que se da con el ánimo de garantizar la estabilidad jurídica, por lo que el Presidente de la República, el doctor ALVARO URIBE VELEZ, a través del decreto 2771 de diciembre de 2001, reglamentó el procedimiento para la entrada en vigencia de la conciliación como requisito de procedibilidad de manera

gradual. En consecuencia, mediante acto administrativo de carácter general, el Ministerio de Justicia y del derecho determinará, en diciembre de cada año, los distritos judiciales en los cuales regirá la conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad.

Hay que tener en cuenta únicamente aquellos distritos donde exista un número de conciliadores equivalente al 2 por ciento del número de procesos que anualmente por área de jurisdicción (civil, familia y contencioso administrativa) ingresan a cada distrito judicial y para los cuales se exige el requisito de procedibilidad. Así por ejemplo, en el caso de la jurisdicción civil se excluirían los procesos ejecutivos a la hora de establecer la cantidad de conciliadores requeridos en esta materia. Abogados y notarios a conciliar:

La nueva ley de conciliación no tiene que ver únicamente con la figura del requisito de procedibilidad, pues existen otros aspectos de gran relevancia que pretenden la institucionalización de la figura facilitando el acceso de la ciudadanía a la justicia a través de este mecanismo.

Dentro de tales aspectos se destacan por ejemplo: la posibilidad de que los abogados se conviertan en conciliadores que trabajen desde sus propias oficinas; la potestad de los notarios para realizar conciliaciones; el control, seguimiento y evaluación de la figura a través de las actas de conciliación y la codificación de los centros de conciliación y de los conciliadores; el aseguramiento de un estándar

básico de calidad a través del modelo de capacitación único para los conciliadores; la creación de un Consejo Nacional de Conciliación; entre otros.

Para destacar, que las conciliaciones pueden ser realizadas por entidades del Estado como la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público, los defensores y comisarios de familia y los notarios, lo cual permitirá que en amplias regiones del país exista una mayor facilidad y efectividad en el acceso a la justicia.

No obstante, las bondades que parecen emanar de esta nueva ley, siguen latentes algunos riesgos que será necesario tener en cuenta para evitar futuros inconvenientes. Por ejemplo en los asuntos de familia, existe un desestimulo al uso de la conciliación puesto que en los procesos judiciales donde se puedan presentar medidas cautelares no es necesario acudir a esta figura.

-Hacia una nueva cultura: Actualmente, la conciliación aparece como un mecanismo al cual las partes en conflicto acuden en vista de que el aparato de justicia no resuelve rápida y efectivamente las controversias, sin embargo a pesar que en la práctica se contara con un sistema de justicia muy efectivo y acelerado, la conciliación debe constituir, de todas formas, una verdadera alternativa para solucionar los conflictos y acceder a la justicia sin necesidad de acudir al sistema judicial.

Por lo tanto, un elemento novedoso con la entrada en vigencia de la ley 640 de 2001, es el cambio de motivación del tema de la conciliación como aspecto de la política de justicia. El renovado espíritu de la ley va más allá de considerar esta

figura como mecanismo de descongestión del sistema de justicia, pues pretende esencialmente construir una cultura de la conciliación en la solución de los conflictos.

El acceso a la justicia y la consolidación de la figura de la conciliación se logrará cuando se establezca un cambio cultural en materia de solución alternativa y pacífica de los conflictos. En este sentido el Ministerio de Justicia y del Derecho ha implantado diversas medidas para garantizar que la calidad de las conciliaciones sea óptima.

Con este propósito esta entidad estableció la Resolución número 477 de 2001, para otorgar el aval a las instituciones que deseen capacitar a conciliadores, proponer programas y estrategias de capacitación en materia de conciliación, y hacer seguimiento a la actualización teórica y práctica de los conciliadores. En la actualidad existen muchas instituciones avaladas entre universidades, centros de conciliación y organizaciones no gubernamentales. Con la capacitación a funcionarios públicos, y a abogados particulares en materia de conciliación se pretende garantizar la calidad de las conciliaciones y asegurar que la figura se fortalezca en el largo plazo.

El artículo 37 de la ley 640 de 2001 nos vislumbra que para cualquier persona que quiera incoar una acción que se encuentren previstas en los art. 86 y 87 del Decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo, las partes sea individual o conjuntamente deberán de presentar solicitud de conciliación extrajudicial si el

asunto de que se trate es conciliable, esta acción no procede en el ejercicio de la acción de repetición, si este acuerdo es improbadado por el juez o magistrado el termino de caducidad suspendido por la presentación de la solicitud de conciliación, se reanudará a partir del día siguiente hábil de la ejecutoria de la providencia.

Los centros de conciliación autorizados y los consultorios jurídicos como los lugares en que se puede adelantar acuerdos entre las partes antes o durante el proceso judicial, ante un funcionario público que conoce el asunto en cuestión, cuanto a las conciliaciones extrajudiciales en materia administrativa por la eventualidad de ser afectados los intereses del estado.

Si bien es cierto que la ley 640 de 2001 introduce cambios en la figura de la conciliación esta ley señala en su art 35, la conciliación como requisito de procedibilidad, que si el acuerdo fuere parcial en el caso del concurso de contravenciones, el proceso continuara respecto de lo no conciliado y será resuelto en sentencia⁴.

El decreto 2511 del 10 de diciembre de 1998 reglamento "la conciliación extrajudicial contencioso administrativa y esto hace que si existen asuntos susceptibles de llegar a un acuerdo diferente a la jurisdicción legal se busca acudir a una conciliación, que realicen las personas jurídicas de derecho público, se a través de sus apoderados o representantes legales, sobre asuntos de carácter

⁴ La Conciliación, Librería Jurídica, Sánchez R Ltda. OP CIT. pág. 62)

particular y de contenido económico que pueda conocer esta jurisdicción respecto de las acciones de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y de controversias contractuales, respecto de procesos ejecutivos solo son susceptibles de conciliación en la jurisdicción de lo contencioso administrativo en la medida en que se hubiesen presentado excepciones de mérito”.⁵

Las partes sean jurídicas o personas naturales, pública o privada que se considere que se le ha causado un daño antijurídico con la ocasión de la expedición de un acto administrativo particular o de la ocurrencia de un hecho, omisión o una operación administrativa, o de la celebración, ejecución terminación o liquidación de un contrato estatal que deseen dirimir sus conflictos en una audiencia de conciliación para no tener que acudir a los estrados judiciales, deben presentar una solicitud extrajudicial de conciliación que debe ser presentada ante los centros de conciliación autorizados por la ley que ejerzan funciones públicas y esta solicitud debe ser comunicada al procurador judicial acreditado ante el tribunal contencioso administrativo, enviándole copias de dicha solicitud y sus anexos quien puede acudir e intervenir en el curso de la conciliación.

Una vez enterado el ministerio público de que se llevara a cabo una diligencia de conciliación citara a las partes y a quienes en sus criterios deben asistir, en el término de 10 días hábiles siguientes del recibido de la solicitud para que

⁵ SAADE URUETA JAIRO ARTURO, *ibidem*. pág. 63).

comparezcan a la fecha de la audiencia, la cual no puede superar los 20 días hábiles siguiente a la fecha de la citación, si la solicitud incluyera asuntos conciliables y estos no se conciliaran el agente del ministerio público deberá expedir constancia al interesado respecto de los asuntos no conciliables, si alguna de las partes no comparece a la audiencia de conciliación y no justifica su inasistencia dentro de los tres días siguientes, su conducta podrá ser considerada como un indicio grave en contra de sus pretensiones, o de sus excepciones de mérito en un eventual proceso judicial que verse sobre los mismo hechos; igualmente cuando deba surtirse la conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad y se instaure demanda judicial, el juez impondrá multa a la parte que no haya justificado su inasistencia a la audiencia. Esta multa se impondrá hasta por el valor de 2 SMLMV, en favor del consejo del superior de la judicatura.

Los acuerdos conciliatorios una vez llevados a cabo harán tránsito a cosa juzgada y el acta de conciliación prestara merito ejecutivo por sí misma. La conciliación que fue aprobada producirá la terminación del proceso en lo conciliado por las partes que acepten ese acuerdo, pero en el caso de ser parcial el acuerdo, el proceso continuara para dirimir los aspectos comprendidos en este.

Podemos decir que antes de que naciera a la vida jurídica la conciliación como mecanismo altemo de solución de conflicto en materia administrativa, anteriormente solo era viable la transacción como mecanismo altemo, por cuanto

se habló al inicio de este ensayo que en esos años la conciliación no era tomada en cuenta y era un asunto inconcebible por la mentalidad de los funcionarios quienes temían si al realizarse esta etapa se enfrentaban ante una investigación por mal manejo de los recursos del estado.

Pero este mecanismo como la transacción, dice el jurista Héctor Romero Díaz, que “no fue de gran desarrollo y trajo como consecuencias limitaciones como su carácter contractual, de la responsabilidad que debe mediar en las concesiones, así como por el ánimo poco transaccional de los litigantes en nuestro medio, fue necesario consagrar el trámite conciliatorio en materia de las que conoce la jurisdicción contencioso administrativo”.⁶

Conviene resaltar que las controversias contractuales en que solo se discute es la legalidad del acto administrativo y se dirime la simple nulidad, que se encuentra consagrada en el art. 141 de la ley 1737 de 2011 nuevo Código Contencioso Administrativo, no puede ser objeto de conciliación ni arreglo entre las partes conforme al artículo 70. Ley 446 de 1998, donde reza, quienes pueden conciliar sobre conflictos de carácter particular y contenido económico, presentando por ende falencias al no tener los requisitos para una conciliación, en estos eventos no es dable convenio alguno entre las partes.

⁶ ROMERO DIAZ HECTOR J, La Conciliación; Judicial y extrajudicial su aplicación en el derecho colombiano. editorial Legis.

Con relación a las controversias que se ventilan en la acción de acción de nulidad y restablecimiento del derecho se ha previsto una conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad, porque hay que diferenciar la conciliación como requisito de procedibilidad de la posibilidad de conciliar en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y la norma cita cuales son las acciones que fueron ya citadas anteriormente.

En la reparación directa no solo eran titulares los particulares ante las actuaciones de la administración, sino también las entidades públicas, por la condena que a ellas se le imponga o ante el acuerdo conciliatorio por actuación administrativa originada en culpa grave o dolo o por actuación dolosas y gravemente culposas de los funcionarios, lo cual puede ser objeto de conciliación.

Es de aclarar que la ley 640 de 2001, restringe el alcance de la conciliación administrativa como requisito de procedibilidad, al mantenerla solamente para acción de reparación directa y las derivadas de las controversias contractuales, que actualmente se encuentran consagradas en el art 140 y 141 de la ley 1437 de 2011, pero a la luz de la ley 1285 de 2008 consagra en su art. 13 la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho siempre y cuando sus conflictos sean de contenido económico.

Por lo tanto resulta conciliable todo asunto o diferencia que se presenta entre los particulares y el estado, que sea de contenido patrimonial y de carácter particular, que, de someterse a definición de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se resolvería por el trámite del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, la pretensión de reparación directa, la pretensión contractual o el juicio ejecutivo. En ocasiones no resultara sencillo encasillar las reclamaciones del particular en una de estas pretensiones judiciales, así por ejemplo una persona no siendo nombrada en una entidad pública ejerce las funciones características del cargo, donde la entidad pública no lo contrato. Es natural que el particular pueda reclamar, en acción de enriquecimiento sin causa el pago de la labor realizada. No obstante encontramos frente a una situación de carácter particular y de contenido patrimonial, en principio, la reclamación no sería conciliable, por no poderse enmarcar de manera precisa en ninguna de las tres pretensiones previstas taxativamente por el legislador.

Con relación la conciliación extrajudicial administrativa a cargo de los contratos, se ha manifestado que por alguna conciliación extraprocesal nace a la vida jurídica, con la expedición de la ley 23 de 1991, y el decreto ley 2651 de 1991, que autorizaron la organización de centros de conciliación a personas diferentes a organismos del estado. Asociaciones, fundaciones, corporaciones y cámara de comercio, y ordenaron a los consultorios jurídicos de las facultades de derecho la organización de sus propios centros de conciliación, solo hasta el año 1993 adquieren importancia en el campo del derecho administrativo, pues únicamente

con la expedición de la ley 80 de 1993, o estatuto de la contratación administrativa, se autorizó su utilización a las entidades estatales y solo para dirimir controversias surgidas del contrato. Más tarde la conciliación administrativa fue regulada por la ley 446 de 1998, y recientemente por la ley 640 de 2001. Con tantas regulaciones, el primer problema que es preciso resolver consiste en determinar que quedó vigente de la ley 23 debido a que la ley 446 no derogó expresamente ninguno de los artículos que tratan de la conciliación estatal, la ley 640 solo derogó el art. 60 y 65 de la ley 446 de 1998”.⁷

En verdad la conciliación administrativa puede resultar una válvula de escape. A los controles fiscales internos y por eso, merece una atención especial. La conciliación no obstante su naturaleza sustantiva y las obligaciones contractuales que originan independientemente de la naturaleza y cuantía de las mismas, no queda sujeta a licitaciones previas ni depende de asignaciones presupuestales, como ocurre en los contratos estatales.

Tampoco quedan sometidas a la póliza única de cumplimiento a las denominadas cláusulas exorbitantes. De manera que el control previo para que el estado no resulte defraudado se debe realizar, por los denominados comité de conciliación” que disposición de la ley, deben organizar internamente las entidades públicas.

⁷ GIL ECHEVERRI JORGE HERNAN Bogotá DC La Conciliación Extrajudicial y la amigable composición. Librería Temi S.A. pág. 275.

Por consiguiente para hacer un análisis profundo de las acciones contenciosas en las que se debe conciliar antes de acudir a instancias judiciales, siempre y cuando sea de contenido patrimonial y de carácter particular, como son la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que tiene como fuente un acto administrativo, ilegal que ha producido un daño o perjuicio al particular, por lo que en estos asuntos la conciliación, debe plantear una postura, partir de la relación de la administración y el administrado, en el cual los procedimientos que rigen la actuación administrativa desempeña un papel fundamental, pues evidentemente la conciliación, no obstante su fuerza judicial, debe insertarse en la perspectiva de los procedimientos que propenden a un contacto directo entre la autoridad y el ciudadano, la conciliación en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho constituyo algo novedoso en el derecho colombiano, y durante mucho tiempo presento gran resistencia de hecho se sostenía la imposibilidad de someter a conciliación ese tipo de reclamaciones, por lo que está acción supone como fase inicial un procedimiento sobre la legalidad o ilegalidad del acto administrativo, anteriormente se afirmaba que la conciliación resultaba imposible debido a que el principio de legalidad de los actos administrativos son ajenos a la transacción, por constituir un asunto de orden publico donde se hace necesaria un decisión judicial.

Con relación a la reparación directa, se denota la necesidad de indemnizar los perjuicios ocasionados por el estado por la vía de hecho, omisión u operación administrativa, en esta acción la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa de la petición sea un hecho, una omisión o

una operación administrativa, el consejo de estado ha afirmado que cuando el perjuicio se origina por un acto administrativo, resulta improcedente acudir a la vía de la reparación directa en materia de conciliación es indiferente indagar si el perjuicio lo ocasiono un acto administrativo o una vía de hecho. Solo basta que exista una reclamación económica y patrimonial contra el estado para que se abra camino al proceso conciliatorio.

Con relación a las controversias contractuales, es importante señalar que en materia de conciliación, es suficiente que la reclamación tenga origen en las relaciones precontractuales, contractuales, o pos contractuales, para que sea posible conciliar. La doctrina y la jurisprudencia se han manifestado en contrario que las controversias contractuales que pueden ser objeto de solución por la vía conciliatoria, puede tener origen en el contrato mismo o en los hechos de ejecución y cumplimiento del objeto contractual o en actos administrativos contractuales, que pueden ser objeto de solución por la vía conciliatoria. La controversia contractual no es solo una reclamación directa, sino que también lo es la derivada del acto contractual que expida la administración en ejercicio de su potestad exorbitante. Los denominados actos administrativos separables del contrato, como los relacionados en las licitaciones pueden ser impugnados por la vía de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por lo que son actos susceptibles de ser sometidos a conciliación.

En las controversias contractuales, cualquiera de las partes de un contrato administrativo o privado con la cláusula de caducidad podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se haga las declaraciones condenatorias, restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión que se declare su incumplimiento y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios.

Una vez culminada la celebración de la conciliación esta acta prestará mérito ejecutivo tal y como se ha venido hablando en ese ensayo, pero esta reclamación de tipo ejecutivo que pudiera formularse contra la administración, por tratarse de un asunto patrimonial y de carácter particular, podrán ser objeto de conciliación aunque no hayan excepciones de fondo. Por lo que se considera indispensable esperar a que se formule la demanda y se presenten las excepciones, para que la administración y el particular puedan solicitar la conciliación ante el centro de arbitraje o el agente del ministerio público.

El legislador ha manifestado que hay asuntos que no son conciliables por la vía administrativa, por lo que se situarán por medio de la acción de simple nulidad, acciones electorales, pérdida de investidura, y cartas de naturaleza. Así mismo no son conciliables las materias relacionadas con carácter tributario, las reclamaciones cuya acción ante la jurisdicción de lo contencioso ya se encuentre caducada.

Por otro lado las acciones que por ser de carácter particular y de sentido patrimonial que se surta la conciliación debe desarrollarse en una audiencia donde se respete los principios de imparcialidad, equidad, justicia y legalidad. Estas audiencias pueden suspenderse las veces que se considere necesario, pero la suspensión opera a petición de ambas partes, siempre que el conciliador considere que hay elementos de juicios que permitan evidenciar un ánimo conciliatorio entre las partes. En todo caso, la suspensión de las audiencias no se puede hacer oficiosamente.

Las audiencias extrajudicial se realizaran dentro de los 10 días siguientes al recibo de la solicitud el agente del ministerio o el conciliador designado por el director del centro de conciliación y citara a los interesados dentro de los veinte días siguientes para que concurran a la audiencia de conciliación, en la conciliación es suficiente con que acuda el apoderado o los representantes legales de las entidades, no es necesario la presencia del funcionario público, y si los apoderados no asisten dejando entrever que las partes podrían estar válidamente representadas en la audiencia de conciliación y en tal evento la inasistencia de ambos tanto del abogado como del representante legal, era la que originaba la imposición de multas a favor del consejo superior de la judicatura, hasta por 10 salarios mínimos legales.

El conciliador administrativo debe realizar un control legal amplio y completo, durante el proceso conciliatorio y especialmente al acuerdo conciliatorio. La

conciliación administrativa prejudicial solo tendrá lugar cuando no procediere la vía gubernativa o cuando esta estuviere agotada. El control del presupuesto de los hechos y de derecho se traduce básicamente en el estudio de las pruebas, la conformidad con la ley y la constitución.

De todo lo anterior el legislador ha recalcado en varias ocasiones la necesidad de sustentar con pruebas las conciliaciones administrativas, a fin de proteger los bienes y derechos de la administración pública. El conciliador administrativo debe ejercer sus poderes oficiosos para logra que las pruebas allegadas sirvan de soporte serio y razonable a los presupuestos de hechos y de derecho de las relaciones conciliadas.

Por otro lado la diligencia de conciliación en materia contencioso administrativo, si el acuerdo es improbadado por el juez o magistrado, el término de la caducidad suspendido por la presentación de la solicitud de conciliación se reanudara a partir del día siguiente hábil al de la ejecución de la providencia correspondiente. La regla de la suspensión de la caducidad cambia, pues el termino de caducidad desde el momento de la presentación de la solicitud hasta el vencimiento de la ejecutoria del auto que niegue la homologación, sin sujeción al termino que dure el tramite. La ley 640 de 2001 deroga expresamente la norma anterior y en su lugar establece la suspensión de la caducidad o de la prescripción, según el caso. Por una sola vez, hasta por tres meses, mientras se tramita la conciliación prejudicial

en derecho. El término de tres meses ha sido fijado por la ley como el de duración máxima de conciliación y al mismo lapso supedita la suspensión.⁸

Criterios Jurisprudenciales

En Sentencia Tercera, auto de 29 de Junio de 2000 exp. 17909.

Dijo el Consejo de Estado en sentencia del 29 de junio bajo el expediente 17909 La conciliación contenciosa administrativa constituye, sin duda un mecanismo valioso, en la solución de los conflictos en los cuales se ve envuelto el estado, no solo porque borra las huellas negativas del conflicto sino porque contribuye eficazmente a la descongestión de los despachos judiciales, tal circunstancia sin embargo, no debe hacer perder de vista el hecho de que, a través suyo, se comprometen recursos del erario público cuya disposición no se puede dejar a la voluntad libérrima de los funcionarios sino que requiere del cumplimiento de reglas y exigencias muy severas y precisas que impiden el uso de la conciliación para fines no previstos y no queridos por la ley.

En Sentencia t – 023 de 2012 de la Corte Constitucional.

⁸ PALACIOS HINCAPIÉ JUAN ÁNGEL, derecho procesal administrativo.. 7 ediciones. Librería jurídica Sánchez r. Ltda.

Dijo la Corte Constitucional en sentencia T- 023 de 2012 manifestó la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, de la acción de nulidad y nulidad y restablecimiento. La sala de lo contencioso administrativo del consejo de estado, aclaro, a partir de la expedición de la ley 1285 de 2009, para interponer las demandas de reparación directa, contractuales y nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho. Se debe allegar la constancia que acredite el inicio del trámite de la conciliación extrajudicial y la celebración de la audiencia respectiva. En caso contrario, su inobservancia y/o falta de subsanación genera la inadmisión de la demanda (inicialmente, generaba el rechazo de la misma), dado que es un requisito de procedibilidad.

Asuntos conciliables y no conciliables. Por regla general, son materia de conciliación aquellos derechos transables, que tengan el carácter de “inciertos y discutibles”. En pero, la posición de la sala del consejo contencioso administrativo, en cuanto a la exigibilidad del requisito de la conciliación prejudicial, es que cada caso concreto debe ser analizado atendiendo a la calidad de los derechos reclamados (naturaleza económica y cuantificable), la probabilidad de su debate en el escenario conciliatorio. Puntualmente, mediante sentencia de unificación 11001031500020090132801 del 31 de julio de 2012, la sala plena de la referida corporación, unifico la jurisprudencia contradictoria contra alguna de sus salas, en relación con la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, para el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en el sentido “ de que estando por medio derecho de carácter laboral, que algunos tienen la condición de irrenunciables e indiscutibles y otros desiertos y discutibles, en cada

caso en particular debe analizarse el publicitado requisito de procedibilidad, pues el mismo no siempre resulta obligatorio. Inicialmente, de acuerdo con una interpretación sistemática de la norma aplicable y de la jurisprudencia del consejo de estado, la sala considera necesario precisar que para el caso de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho son conciliables los aspectos de contenido económico, que suelen contener los actos administrativos. Es decir, aquellos asuntos que envuelven la existencia de un derecho subjetivo en cabeza de las partes actoras, derecho de naturaleza económica y, en consecuencias susceptibles de transacción desistimiento y allanamientos. Así como, los asuntos que versen sobre actos administrativos, que se refieran a derechos de caracteres laborales inciertos y discutibles.

El Consejo de Estado también ha dicho.

La posibilidad de disponer de los intereses estatales debe ajustarse a la solución jurídica prevista en el ordenamiento vigente y debe obedecer al principio según el cual el estado no puede reconocer por vía de la conciliación liberalidades. Lo expuesto significa que la conciliación en el derecho administrativo debe estar precedida de un estudio jurídico y de las doctrinas jurisprudenciales aplicables al caso. Según lo expresa el profesor Juan Carlos Henao Pérez, en el criterio para determinar que procesos deben estar o no en la jurisdicción es su claridad legal. Es decir, que si jurídicamente la entidad observa que asiste razón a su

contraparte, y que dicha razón es avalada por el ordenamiento jurídico y por la jurisprudencia no tiene sentido un proceso o insistir en él.

A si se garantiza que la voluntad conciliadora de la administración, expresa a través de su representante legal, este en marcado dentro del ordenamiento jurídico, pues no hay que perder de vista que, con el acuerdo conciliatorio en materia administrativa, se está afectando el erario público es de la esencia de toda conciliación administrativa que una de las partes sea la administración pública, razón por la cual la solución de este tipo de conflictos, que siempre llevara envuelta una pretensión económica por satisfacer, afectara el patrimonio público. En todo caso para la administración resulta más conveniente lograr acuerdo conciliatorio que atender los procesos judiciales, pues las sumas de dineros serán inferiores a las que estrían obligadas en caso de ser condenadas por el juez contencioso administrativo.

De otra parte, el particular o la persona jurídica de derecho jurídico o derecho privado – publico no tendría que esperar mucho tiempo para ver si tiene o no derecho a que le paguen una determinada suma de dinero. La disminución del valor de la pretensión económica se compensa con el pago rápido de la cantidad cierta y determinada que contiene el acuerdo. No debe olvidarse que la conciliación es para dirimir conflictos el concejo de estado sostuvo “ en curso de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que vincula a la nación – ministerio de desarrollo económico y al distrito turístico cultural e histórico de santa marta, en relación con los actos administrativo de extinción de dominio del

inmueble conocido como pozos colorados, es viables que las partes diriman en forma definitiva y mediante acuerdos sus diferencias, porque se trata de dos entidades de derecho público, cuyo patrimonio tiene esta misma naturaleza. La conciliación en este caso concreto es posible por cuanto parte demandante puede desistir de la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho pues ambas están en capacidad de conciliar las consecuencias económicas que pudieran derivarse de un fallo judicial, además el legislador autoriza a dirimir conflictos de carácter particular y de contenido económico.

Cada órgano de la administración de cualquier orden consta de un comité de defensa judicial y conciliación, el cual tiene la función de estudiar y analizar que las formulas conciliatorias estén en marcadas dentro de los parámetros de la ley.

Igual mente, el comité tiene la competencia de manifestar si un conflicto es dirimido por la conciliación o no. En caso afirmativo debe estar soportado por jurisprudencia que versen sobre el tema y valorando cada situación de hecho que se presenten con base en los principio de legalidad, eficiencia, eficacia, justicia y equidad.

La figura conciliatoria prevista en la ley 23de 1991 y 446 de 1998, así como en el decreto 1818 de 1998, se procura una más rápida y oportuna solución de los conflictos, ha de observarse, sin embargo, que para tales efectos no resulta suficiente el solo querer de las voluntades de conciliar a de haber la disposición

para hacerlo que en determinado momento, permita deducir una alta probabilidad de que el ente público comprometido pudiera ser sujeto pasivo de una condena generadora de posibilidades perjuicios para el patrimonio respectivos o para los intereses de la comunidad, frente a lo cual resulta no solo conveniente si no recomendable y necesario que las diferentes existente se solucionen a través de este mecanismo alterno de solución de conflicto.

CONCLUSION.

A manera de conclusión podemos plantear que lo que busca es facilitarle al lector, al conocimiento que debemos adquirir como abogados litigantes en el tema de conciliación como mecanismo alternativo en la solución de conflictos en materia contencioso administrativo, toda vez al presentarse un caso que afecte el interés particular y sea de carácter patrimonial en las acciones de nulidad y restablecimiento de derecho, reparación directa y controversias contractuales, que para demandar hay que agotar la vía gubernativa, como es solicitar una audiencia de conciliación ante el organismo encargado como requisito de procedibilidad, tal como reza en la norma procedimental.

Como se dijo al inicio, con estas enseñanzas que simplemente se han esbozados algunos de los aspectos más trascendentales de la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflicto, no basta con enseñar las fortalezas y debilidades de la conciliación que rige en nuestro estado colombiano.

Luego de finalizar el estudio sobre la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflicto que la justicia no debe ser remplazada por alternativas instituidas como obligatorias a través de los requisitos de procedibilidad porque ínsita la propia destrucción de las alternativas. No hay que olvidar que la justicia es gratuita y por tanto eso representa un fácil acceso del usuario del servicio, no así los centros conciliatorio y bien sea cierto que la primera por su grave congestión, productos esta quizás del abuso y desperdicio desmedido en su utilización y por qué no por la morosidad de sus funcionarios que sean

visto maniatados ante los innumerable procesos que cursan en sus despachos, ha generado la creación de las plurianotadas alternativas, estas pudieran naufragar por su utilización, así sea obligatorias por las graves erogación que representan en conciliaciones de carácter extrajudiciales, exceptuado los centros de conciliación. En otro término al ser obligatoria la conciliación como requisito de procedibilidad tanto en instancia judicial como fuera de ella; está última solo hay que tener emolumentos para cómo pagar esa obligación.

Antes de que fuera consagrada la procedencia del trámite conciliatorio en el derecho administrativo, antes era viable la transacción como mecanismo alternativo de solución de conflicto por ser en ese tiempo inconcebible en los asuntos en que el estado fuera parte, primero por la figura de la constitución política que impedía hacer reconocimientos que previamente no obedeciera a una sentencia y que la mentalidad de los funcionarios quienes se encontraban temerosos de que esta accionar podría llevarlos a ser investigados por un mal manejo de los recursos del estado, viéndose también plasmado en nuestra carta magna la acción de repetición en donde el estado se veía demandado pero repetía contra estos funcionarios o en contrario sensu podría abriles investigaciones donde demostraran que había incurrido en algún tipo de conducta punible.

BIBLIOGRAFÍA.

Constitución política de Colombia, editorial, unión Ltda.

Decreto 2282 de 1989.

Escudero Álzate María Cristina, mecanismos alternativos de solución de conflictos, conciliación- arbitramentos- amigables composición, editorial, leyer.

Gil Echeverry Jorge Hernán la conciliación extrajudicial y la amigable composición, editorial, Temis s.a.

Ley 640 de 2001, editorial, unión Ltda.

Ley 23 de 1991 editorial, unión Ltda.

Ley 446 de 1998, editorial, unión Ltda.

La ley 1ª de 1976.

Palacio Hincapié Juan Ángel Derecho procesal administrativo, séptima edición, editorial, librería jurídica, Sánchez r Ltda.

Romero Díaz Héctor J, la conciliación judicial y extra judicial suplica en el derecho colombiano editorial legis

Saade Urueta, Jairo Arturo, la conciliación, editorial, librería jurídica Sánchez R Ltda.

.

Sentencia tercera, auto de 29 de junio de 2000 exp. 17909.

Sentencia T – 023 de 2012 de la corte constitucional.