

**LA CONCILIACIÓN PREJUDICIAL ANTE EL MINISTERIO PÚBLICO EN LA
NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO EN COLOMBIA.**

Artículo de reflexión para optar al título de magister

JAMES JOHN JIMENEZ JIMENEZ

LIBIA DEL SOCORRO MENDEZ MEZA

ANGEL ALFREDO BOLAÑO PABON

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

PROGRAMA DE MAESTRIA EN DERECHO PROCESAL

BARRANQUILLA

2019

LA CONCILIACIÓN PREJUDICIAL ANTE EL MINISTERIO PÚBLICO EN LA NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO EN COLOMBIA¹

James John Jiménez Jiménez²

Libia Del Socorro Méndez Meza³

Ángel Alfredo Bolaño Pabón⁴

RESUMEN

La conciliación es un mecanismo alternativo de solución de conflictos que ha cobrado importancia en Colombia y ha sido utilizado máximamente para descongestionar los estrados judiciales y cumplir con principios de justicia, economía y efectividad procesal, pero también es loable anotar que este contempla además la función de ser un requisito de procedibilidad en la jurisdicción Contenciosa Administrativa, esto es, que de manera previa el administrado al momento de reclamar sus derechos a la administración pública, con destino a invocar la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho deberá agotar la conciliación prejudicial administrativa la cual siempre -o casi siempre- se declara fracasada por falta de ánimo conciliatorio del ente público accionado; es por ello que para diferentes doctrinantes y estadísticas realizadas en su gestión por diferentes entes (como la Procuraduría General de la Nación) han manifestado que éste ha sido una carga excesiva e ineficaz impuesta al trabajador, haciendo que en algunos casos por desanimo o desgaste se considere un obstáculo para el acceso a la administración de justicia viéndose así vulnerados sus derechos labores.

¹ Artículo de reflexión presentado para optar al título de Magister en Derecho Procesal de la Universidad Simón Bolívar-Barranquilla.

² Abogado de la Universidad del Atlántico de Barranquilla. Especialista en Gobierno y Asuntos Públicos y Derecho Laboral y Seguridad Social de la Universidad Simón Bolívar de Barranquilla.

³ Abogada de la Corporación Universitaria del Caribe - CECAR de Sincelejo. Conciliadora adscrita al Ministerio de Justicia.

⁴ Abogado y Contador Público de la Universidad Simón Bolívar de Barranquilla. Especialista en Derecho Penal, Administrativo, Procesal General, Gobierno y Asuntos Públicos y Finanzas. Empleado y Funcionario Público del IGAC.

ABSTRACT

The conciliation is an alternative mechanism for conflict resolution that has gained importance in Colombia and has been used to decongest the judicial platforms and comply with the principles of justice, economy and procedural effectiveness, but it is also commendable to note that this also contemplates the function of be a procedural requirement in the Contentious Administrative jurisdiction, that is, prior to the administration at the time of claiming their rights to the public administration, with the purpose of invoking the action of Nullity and Restoration of the Law must exhaust the administrative preliminary ruling conciliation which always - or almost always - declares itself to be unsuccessful due to lack of conciliatory spirit of the public entity operated; That is why for different doctrinants and statistics carried out in their management by different entities (such as the Attorney General's Office) they have stated that this has been an excessive and inefficient burden imposed on the worker, causing in some cases due to discouragement or wear and tear. Consider an obstacle to access to the administration of justice and thus violate their labor rights.

PALABRAS CLAVE

Conciliación prejudicial, Ministerio Público, Nulidad y Restablecimiento del derecho, Trabajador, Justicia, congestión judicial.

KEYWORDS

Preliminary conciliation, Public Ministry, Nullity and Restoration of the right, Worker, Justice, judicial congestion.

INTRODUCCION.

En Colombia, a partir de la Constitución de 1991 la demanda de justicia ha crecido por los medios y acciones constitucionales que amparan los derechos fundamentales de las personas, convirtiéndose así en un gran proyecto y avance constitucional.

La implementación y el procedimiento que resguardan las figuras de protección constitucional, esto es, la consagración de mecanismos judiciales efectivos para su garantía, desde la formulación de una petición, una acción de tutela, mover el aparato judicial ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa a través de los medios de control, impetrar una demanda y entre otros, establecen un cambio sustancial en la conciencia de los Colombianos a saber que, nuestra legislación y un sin-número de Convenios Internacionales que han sido incorporados en virtud de la figura del bloque de constitucionalidad, jurisprudencias de nuestras altas Cortes de cierre (Corte Constitucional y Consejo de Estado) y aquellas normas que coadyuvan a la administración de justicia, pueden hacer posible el restablecimiento y salvaguardia del derecho cuando una persona sienta que está siendo vulnerada.

Es por lo anterior, que cada ciudadano puede y tiene el derecho de proteger y demandar por sus garantías; pero como consecuencia o respuesta a ello también ha ocasionado congestión judicial, toda vez que cada día han sido más los reclamos a entes y al mismo Estado por vulneración en los derechos de las personas, muy a pesar del gran esfuerzo por fortalecer la democracia, equidad, pluralismo y justicia en estos últimos veinte años en Colombia.

La función que tiene la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está llamada a solucionar los conflictos que se presenten entre los particulares y el Estado, o aquellos presentados al interior del Estado mismo, donde su máximo órgano de cierre es el Consejo de Estado el cual deberá resolver en última instancia los procesos que involucren las partes antes mencionadas.

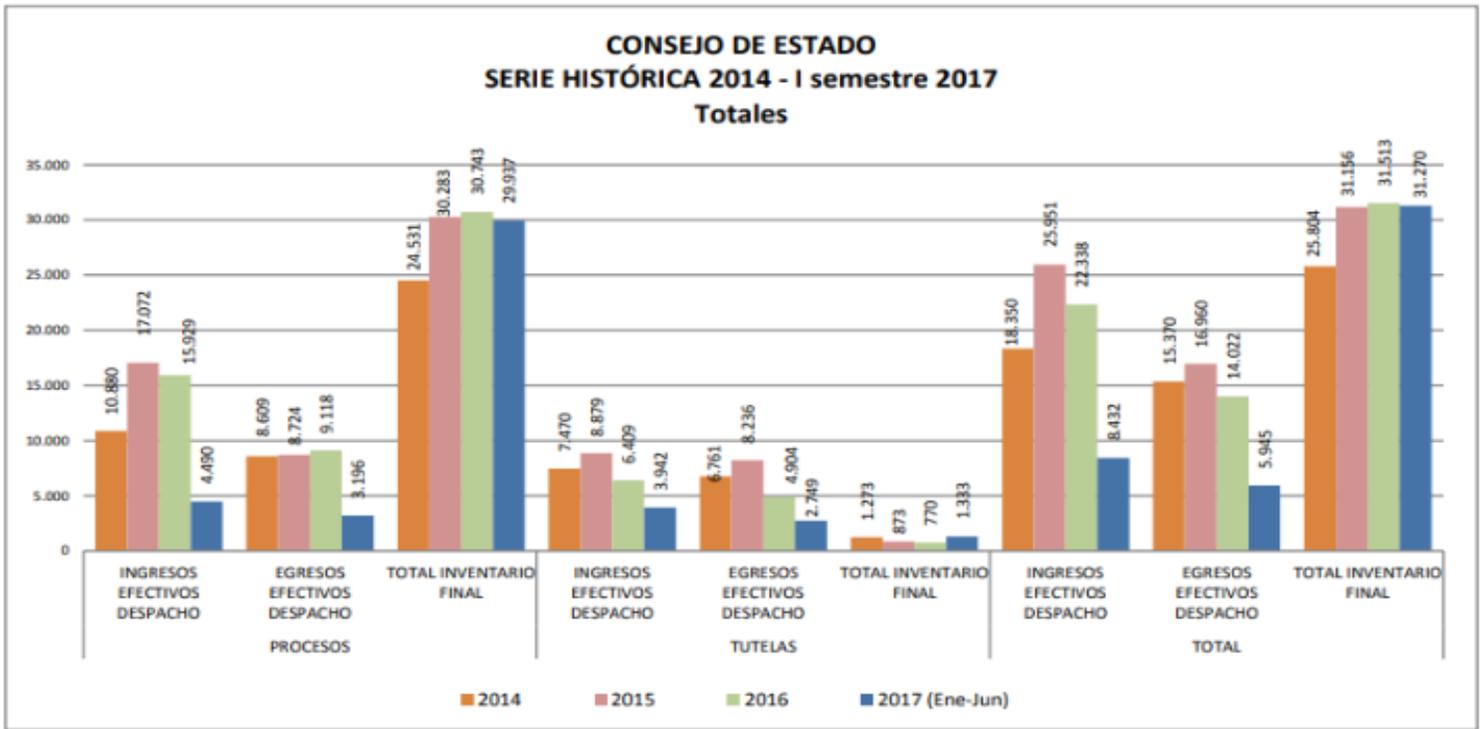
La jurisdicción Contencioso Administrativa, una mirada desde la doctrina.

En Colombia esta jurisdicción ha sido catalogada con gran intervencionismo del Estado , por ello, varios autores han explicado múltiples razones por las cuáles en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa este problema inició y aún persiste, es de anotar que, Martínez (2012) dice que *“entre las principales causas de congestión en esta jurisdicción se encuentran la: proliferación de acciones constitucionales, desproporción entre las cargas laborales y la planta de personal asignado, inobservancia por parte de la administración de normas, actos con fuerza de ley y del precedente judicial, modificaciones de la estructura del estado, omisión por parte del ejecutivo y del legislador para desplegar las medidas tendientes a disminuir la congestión, la situación de orden público, proliferación e inflexibilidad normativa, uso inadecuado de la conciliación”* (p. 6)

Como también, (Coronado, 2009), refiere que, *“La demanda de justicia en esta jurisdicción incrementó en un 16% en los últimos años desde el 2000. Este aumento se debe a las nuevas competencias asignadas a ésta, como las acciones constitucionales. De igual manera, también ha crecido por el incremento de conflictos entre el Estado y los ciudadanos, especialmente por la gran cantidad de demandas laborales derivadas de los procesos de reestructuración administrativa y por los conflictos contractuales”* así mismo (Bermejo, 2015, p. 104) nos dice que *“las controversias suscitadas entre los particulares y la Administración surgen como consecuencia de desacuerdos entorno a derechos u obligaciones sobre los cuales existe la facultad de la libre disposición.”* (p. 48)

Por consiguiente, en Colombia dentro de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa este problema ha sido reincidente junto a otras jurisdicciones, las cuales trabajan para descongestionar la administración de justicia.

El 17 de enero de 2012 en la página oficial de la Rama Judicial se publicó mediante el Acuerdo No. PSAA12-9139 el Plan Especial de Descongestión de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo por las altas cifras de congestión judicial. Pese a lo anterior, el informe de la gestión de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del 2014 al primer semestre de 2017, informó que el Consejo de Estado pasó de 25.804 procesos en el año 2014 a 31.270 procesos en el primer semestre de 2017; con una tendencia creciente y con un incremento del 21% en el periodo.



A efectos de ilustrar la anterior información, los gráficos que a continuación se exponen, dan a conocer la información que se reportó desde el año 2017 hasta el año 2019 en la gestión de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Grafico 1. Movimiento de procesos Consejo de Estado. Enero de 2014 a junio de 2017. Ingresos y egresos totales.

Fuente: Sistema de Información Estadística de la Rama Judicial- SIERJU

El Consejo Superior de la Judicatura en ejecución de las políticas de eficiencia, transparencia, publicidad y buen gobierno, y de conformidad con el artículo 23 del Acuerdo PSAA16-10476 de 2016, publica la información reportada por todos los despachos judiciales de las diferentes jurisdicciones y especialidades en el Sistema de Información Estadística de la Rama Judicial – SIERJU con el fin de garantizar el derecho de los ciudadanos a saber los avances, logros y resultados de la gestión de los despachos judiciales del país.

A modo de ilustración, se muestra la información que se reportó desde el año 2017 hasta el año 2019 en la gestión de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa:

Grafica 2. Estadísticas de movimiento de procesos año 2017- enero a diciembre.

ESTADÍSTICAS DE MOVIMIENTO DE PROCESOS AÑO 2017 - ENERO A DICIEMBRE
 JURISDICCIÓN: CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
 COMPETENCIA: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
 DESAGREGADO DESPACHO A DESPACHO

DISTRITO	SUBSPECIALIDAD	NOMBRE DEL DESPACHO	Meses reportados	INGRESOS EFECTIVOS	PROMEDIO MENSUAL DE INGRESOS EFECTIVOS	EGRESOS EFECTIVOS	PROMEDIO MENSUAL DE EGRESOS EFECTIVOS	TOTAL INVENTARIO FINAL	PROMEDIO MENSUAL DE INGRESOS EFECTIVOS		PROMEDIO MENSUAL DE EGRESOS EFECTIVOS		ÍNDICE DE EVACUACIÓN PARCIAL EFECTIVO
									Procesos	Tutelas e impugnaciones	Procesos	Tutelas e impugnaciones	
Atlántico	Sin Sección	Despacho 001 del Tribunal Administrativo de Atlántico	9	229	25	206	23	461	25		23		90%
Atlántico	Sin Sección	Despacho 002 del Tribunal Administrativo de Atlántico	12	348	29	190	16	361	29		16		55%
Atlántico	Sin Sección	Despacho 003 del Tribunal Administrativo de Atlántico	9	293	32	130	14	905	32		14		44%
Atlántico	Sin Sección	Despacho 004 del Tribunal Administrativo de Atlántico	12	315	26	222	18	348	26		18		70%
Atlántico	Sin Sección	Despacho 005 del Tribunal Administrativo de Atlántico	9	399	44	344	38	416	44		38		86%
Atlántico	Sin Sección	Despacho 006 del Tribunal Administrativo de Atlántico	6	163	27	82	14	835	27		14		50%
Atlántico	Sin Sección	Despacho 007 del Tribunal Administrativo de Atlántico	12	322	26	314	26	106	17	9	19	7	98%
Atlántico	Sin Sección	Despacho 008 del Tribunal Administrativo de Atlántico	12	250	21	279	23	74	11	9	16	7	112%
Atlántico	Sin Sección	Despacho 009 del Tribunal Administrativo de Atlántico	12	302	26	302	26	111	15	10	18	8	100%
Promedio Mensual					28		22		25	10	19	7	
Total Atlántico				2.621		2.069		3.617					79%

Gráfica 3. Estadísticas de movimiento de procesos año 2018- enero a diciembre.

 ESTADÍSTICAS DE MOVIMIENTO DE PROCESOS AÑO 2018 - ENERO A DICIEMBRE
 JURISDICCIÓN: CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
 COMPETENCIA: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
 DESAGREGADO DESPACHO A DESPACHO

DISTRITO	SECCION	NOMBRE DEL DESPACHO	FUNCIONARIO	Meses reportados	INGRESOS EFECTIVOS	PROMEDIO MENSUAL DE INGRESOS EFECTIVOS	EGRESOS EFECTIVOS	PROMEDIO MENSUAL DE EGRESOS EFECTIVOS	INVENTARIO FINAL	PROMEDIO MENSUAL DE INGRESOS EFECTIVOS			PROMEDIO MENSUAL DE EGRESOS EFECTIVOS		
										Otras Acciones Constitucionales	Procesos	Tutelas e impugnaciones	Otras Acciones Constitucionales	Procesos	Tutelas e impugnaciones
Atlántico	Sin Sección	Despacho 001 del Tribunal Administrativo de Atlántico	JUDITH INMACULADA ROMERO IBARRA	12	460	38	550	46	267	1	33	4	1	41	4
Atlántico	Sin Sección	Despacho 005 del Tribunal Administrativo de Atlántico	CRISTOBAL RAFAEL CHRISTIANSEN MARTELO	12	466	39	446	37	338	1	30	8	1	30	7
Atlántico	Sin Sección	Despacho 003 del Tribunal Administrativo de Atlántico	OSCAR EUJECER WILCHES DONADO	12	616	51	440	37	1.035	1	41	9	1	28	8
Atlántico	Sin Sección	Despacho 002 del Tribunal Administrativo de Atlántico	LUIS EDUARDO CERRA JIMENEZ	12	577	48	426	36	249	2	38	9	1	26	8
Atlántico	Sin Sección	Despacho 006 del Tribunal Administrativo de Atlántico	ANGEL HERNANDEZ CANO	12	504	42	420	35	842	1	32	10	1	26	8
Atlántico	Sin Sección	Despacho 009 del Tribunal Administrativo de Atlántico	CESAR AUGUSTO TORRES ORMAZA	12	518	43	376	31	236	1	34	8	2	22	8
Atlántico	Sin Sección	Despacho 004 del Tribunal Administrativo de Atlántico	LUIS CARLOS MARTELO MALDONADO	12	448	37	362	30	328	1	28	9	1	22	8
Atlántico	Sin Sección	Despacho 007 del Tribunal Administrativo de Atlántico	JAVIER EDUARDO BORNACELLY CAMPBELL	12	413	34	294	25	217	1	26	8	1	16	7
Atlántico	Sin Sección	Despacho 008 del Tribunal Administrativo de Atlántico	VIVIANA MERCEDES LOPEZ RAMOS	12	333	28	264	22	134	1	20	6	1	15	6
Promedio Mensual					40		32			1	31	8	1	23	7
Total Atlántico					4.335		3.578		4.644						

Gráfica 4. Estadísticas de movimiento de procesos año 2019- enero – junio.



Consejo Superior de la Judicatura
Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico
División de Estadística

ESTADÍSTICAS DE MOVIMIENTO DE PROCESOS AÑO 2019 - ENERO - JUNIO
JURISDICCIÓN: CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
COMPETENCIA: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DESAGREGADO DESPACHO A DESPACHO

DISTRITO ADMINISTRATIVO	SECCIÓN	NOMBRE DEL DESPACHO	FUNCIONARIO	Meses reportados	INGRESOS EFECTIVOS	PROMEDIO MENSUAL DE INGRESOS EFECTIVOS	EGRESOS EFECTIVOS	PROMEDIO MENSUAL DE EGRESOS EFECTIVOS	INVENTARIO FINAL	PROMEDIO MENSUAL DE INGRESOS EFECTIVOS			PROMEDIO MENSUAL DE EGRESOS EFECTIVOS		
										Otras Acciones Constitucionales	Procesos	Tutelas e impugnaciones	Otras Acciones Constitucionales	Procesos	Tutelas e impugnaciones
Atlántico	Sin Sección	Despacho 003 del Tribunal Administrativo de Atlántico	OSCAR ELIECER WILCHES DONADO	6	201	34	215	36	1.009	2	27	5	2	30	4
Atlántico	Sin Sección	Despacho 005 del Tribunal Administrativo de Atlántico	CRISTOBAL RAFAEL CHRISTIANSEN MARTELO	6	205	34	197	33	340	1	28	5	2	27	4
Atlántico	Sin Sección	Despacho 001 del Tribunal Administrativo de Atlántico	JUDITH INMACULADA ROMERO IBARRA	6	188	31	193	32	260	0	28	3	1	27	4
Atlántico	Sin Sección	Despacho 004 del Tribunal Administrativo de Atlántico	LUIS CARLOS MARTELO MALDONADO	6	190	32	185	31	300	1	27	4	1	25	5
Atlántico	Sin Sección	Despacho 009 del Tribunal Administrativo de Atlántico	CESAR AUGUSTO TORRES ORMAZA	6	221	37	180	30	260	1	32	4	1	25	3
Atlántico	Sin Sección	Despacho 006 del Tribunal Administrativo de Atlántico	ANGEL HERNANDEZ CANO	6	197	33	170	28	839	1	27	5	2	22	5
Atlántico	Sin Sección	Despacho 007 del Tribunal Administrativo de Atlántico	JAVIER EDUARDO BORNACELLY CAMPBELL	6	228	38	148	25	281	1	33	5	0	20	5
Atlántico	Sin Sección	Despacho 008 del Tribunal Administrativo de Atlántico	VIVIANA MERCEDES LOPEZ RAMOS	6	251	42	134	22	248	2	36	4	1	18	4
Atlántico	Sin Sección	Despacho 002 del Tribunal Administrativo de Atlántico	LUIS EDUARDO CERRA JIMENEZ	6	229	38	113	19	328	2	32	5	1	14	4
PROMEDIO MENSUAL						35	28	1	30	4	1	23	4		
Total Atlántico						1.910	1.535	3.865							

Para lograr descongestionar la rama judicial, disminuir el trabajo innecesario en los Despachos Judiciales, obtener beneficios por la correcta utilización de este procedimiento, es creada la conciliación como un mecanismo alternativo de resolución de conflicto, utilizando como medio a un Conciliador el cual podrá hacer que las partes en conflicto lleguen a un acuerdo y ambos estén satisfechos con el arreglo, generando así una cultura conciliable y la protección efectiva del ciudadano.

La Conciliación desde un análisis doctrinal y jurisprudencial

El Conciliador según la Corte Constitucional en sentencia C- 902/08 deberá ser “*un tercero neutral, calificado y autorizado para ello, resolverá directamente un asunto en el que se presenta desacuerdo y que es susceptible de ser conciliable*”

Bermejo, (2017) ha dicho que, “*la participación de un conciliador busca aproximar las posiciones de los involucrados a través de una institución representativa de la sociedad o del Estado, cuya autoridad esté libre de cualquier cuestionamiento. El objetivo de este conciliador radica en fortalecer la administración de justicia en el acercamiento de las*

partes, lo que constituye una importante conquista en el ámbito de la convivencia civilizada”
(p.9)

Cabe mencionar que un aspecto general de la conciliación como mecanismo es evitar litigios de larga duración, ya que el procedimiento que se promueve garantiza los principios éticos, constitucionales y procesales como la: imparcialidad, neutralidad, economía procesal, celeridad, legalidad, confidencialidad, entre otros.

Así lo ha mencionado la Corte Constitucional en sentencia C-222/13 en la que destaca y resume los objetivos de la conciliación:

“(i) buscan hacer efectivo uno de los fines constitucionales como el de la convivencia pacífica; (ii) permiten la participación directa de los interesados en la resolución de sus conflictos; (iii) son otra forma de hacer efectivo el derecho de acceso a la administración de justicia, y (iv) son un buen mecanismo para lograr la descongestión judicial”

Es necesario recalcar que, la conciliación adquirió fundamento constitucional en 1991 al consagrarse en el artículo 116 de la Constitución Política de Colombia, el cual señaló que: *“Los particulares pueden ser invertidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en los árbitros habilitados por las partes para preferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”*.

Este artículo fue modificado por el Acto Legislativo 02 de 2012, quedando de la siguiente manera:

“Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”

Evolución histórica de la conciliación en Colombia

En desarrollo al enunciado artículo y con miras a conocer el marco histórico y legal de la conciliación judicial y la conciliación prejudicial en materia Contenciosa Administrativa, se simplifica de la siguiente forma:

- El 21 de marzo de 1991 se expidió la ley 23 de 1991 en el cual se crean mecanismos para descongestionar los Despachos Judiciales, y bajo los artículos 59 al 65 se estableció en materia administrativa la conciliación.
- El Decreto 173 de 1993 reglamenta la conciliación prejudicial que trata el Capítulo V de la ley 23 de 1991.
- El Decreto Ley 2651 de 1991 expidió normas transitorias para también descongestionar los Despachos Judiciales, ampliando su campo de acción.
- El Decreto 2651 de 1991 modifica las normas sobre conciliación Contenciosa Administrativa contenida en la ley 23 de 1991.
- La ley 80 de 1993 de contratación estatal en el artículo 68 estableció que” las partes deberían acudir en la solución de conflictos originados en el respectivo contrato, a mecanismos tales como la conciliación y la amigable composición y transacción. Para tales efectos los actos administrativos contractuales expedidos podrán ser revocados, siempre que sobre ellos no se hubiere dictado sentencia ejecutoriada”
- En la reforma de la ley 270 de 1996 Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, se constituyó la conciliación como requisito de procedibilidad siempre y cuando los asuntos sean conciliables, posteriormente fue reformada por la ley 1285 de 2009 en su artículo 13.
- La ley 446 de 1998 adopta 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.
- Se expide la ley 640 de 2001 en la cual se modifica y profundiza en las normas generales aplicables a la conciliación.

Es de anotar que históricamente, la conciliación se puede clasificar doctrinaria y jurisprudencialmente según Torres, (2017, p. 124) en: “i) *extrajudicial*; ii) *judicial* y iii) *prejudicial*.”

La conciliación extrajudicial es aquella que se tramita antes de la iniciación del proceso en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y por fuera de iniciar la acción correspondiente (Cerra, 2011). Por su parte, la judicial se presenta dentro del trámite del proceso contencioso- administrativo de reparación directa o de controversia contractual en presencia de un conciliador, que en este caso es cualificado y es el magistrado sustanciador del proceso (Cerra, 2011). La conciliación prejudicial es la que se intenta antes de iniciar un proceso judicial (Berlín, 1999). Agregándose la particularidad que le ha señalado el legislador, como requisito previo a la acción judicial administrativa”

Consecutivamente la Corte Constitucional en sentencia C-902-08 refiere que:

“Usualmente, como en la normatividad colombiana, existen dos tipos de conciliación, la extrajudicial y la judicial.

La primera se realiza antes o por fuera de un proceso judicial, como medio alternativo; mediante ella, las partes resuelven de manera pacífica solucionar su problema o conflicto, sin tener que acudir a un juicio. Según el artículo 3° de la Ley 640 de 2001, la conciliación extrajudicial será en derecho cuando se realice a través “de centros de conciliación o ante autoridades en cumplimiento de funciones conciliatorias; y en equidad cuando se realice ante conciliadores en equidad.

Por su parte, la conciliación judicial es un medio alternativo a la resolución del conflicto, mediante una decisión o fallo. En tal sentido, es una forma especial de poner fin al proceso, siendo el tercero que dirige esta clase de conciliación el juez de la causa, quien además de proponer fórmulas de arreglo, homologa o convalida lo acordado por las partes, otorgándole eficacia de cosa juzgada. En algunos casos, tal conciliación opera como requisito de procedibilidad.

Entonces, dependiendo del momento y del escenario, la conciliación puede servir para poner fin a un proceso, o para evitar que se inicie.”

Es entonces dable afirmar que, la conciliación es un procedimiento el cual, de manera voluntaria y autónoma por las partes, buscan a un tercero imparcial para evitar llevar la *Litis* ante un juez que decida la controversia, pero también es llamado hacer aquel procedimiento necesario y previo para poder iniciar y ejecutar un proceso, permitiendo así un encuentro tendiente a la realización de justicia y salvaguardia de derechos bajo la posibilidad de encontrar un acuerdo por vía de la conciliación siendo un requisito de procedibilidad.

A modo de ilustración, cuando el afectado o lesionado (trabajador) ve vulnerado sus derechos o la acción implica la pretensión de una indemnización por parte del demandante –la acción de nulidad y restablecimiento del derecho o la acción de reparación directa- deberá antes de demandar o de interponer acciones propias del ámbito Contencioso concurrir a la conciliación prejudicial, contratar a un abogado y asistir a la audiencia de conciliación para que un conciliador (Agentes del Ministerio Público) investido transitoriamente de función jurisdiccional, coadyuve por la vía del dialogo a solucionar el conflicto o lo que crea lesionado como derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, garantizando así derechos fundamentales en el administrado.

La Corte Constitucional en sentencia C- 713 del 15 de julio de 2008, enfatiza el carácter OBLIGATORIO de la conciliación como requisito de procedibilidad en materia Contenciosa Administrativa, señaló lo siguiente:

“la conciliación como requisito de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, no contraría la Constitución siempre y cuando en su configuración concreta se garantice el derecho de acceso a la administración de justicia”

(...)

de conformidad con la reiterada jurisprudencia de esta Corporación, la Sala considera que es conforme a la Carta Política que se mantenga el instituto de la conciliación como requisito de procedibilidad para las acciones consagradas en los artículos 86 y 87 del C.C.A. Así

mismo, es constitucionalmente válido que se haga extensiva su exigencia a la acción de nulidad y de restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C.C.A.

Así las cosas, no hay duda que es requisito obligatorio y necesario para instaurar las acciones de que tratan los artículos 85 a 87 del Código Contencioso Administrativo, que la parte actora acredite que adelantó el trámite de la conciliación extrajudicial, es decir, debe demostrar, no solamente que radicó la solicitud de conciliación ante la entidad competente, en este caso, el Ministerio Público, conforme a la ley 640 de 2001, normatividad que regula lo relativo a la conciliación, sino adicionalmente, que la audiencia respectiva se celebró y que esta no prosperó por no existir ánimo conciliatorio entre las partes, o que trascurrieron más 3 meses desde la presentación de la solicitud de conciliación sin celebrarse la audiencia.

Cabe destacar que, con este requisito de procedibilidad, no se impide el acceso a la administración de justicia, toda vez que, si la audiencia fracasa, las partes pueden acudir a la jurisdicción para resolver su litigio, por el contrario, si la conciliación es exitosa, los interesados evitan un desgaste innecesario ante el aparato judicial y garantizan la solución de sus conflictos de forma expedita.

Así las cosas, lo que se pretende con el trámite de la conciliación prejudicial y la celebración de la audiencia respectiva, es propiciar un ambiente en el que se les permita a las partes exponer sus argumentos y peticiones con el fin de tratar de arreglar sus diferencias y evitar un juicio posterior, sin que esto vulnere su derecho a demandar ante la jurisdicción, si así lo creen conveniente para sus intereses.

Por lo anterior, es necesario que se lleve a cabo la celebración de la conciliación, o demostrar que trascurrieron más de 3 meses desde la presentación de la solicitud sin que la audiencia se hubiera celebrado, previo a instaurar la demanda correspondiente, pues se insiste, no es suficiente la presentación de la solicitud ante la entidad competente a menos que hubieren transcurrido el término de 3 meses ya señalado, como quiera que así no se satisface la finalidad del requisito. Ahora bien, esto no quiere decir que la normatividad obligue a que las partes concilien sus diferencias, puesto que, en razón a la naturaleza

consensual de la figura, los interesados pueden negarse a llegar a un acuerdo por no encontrarlo satisfactorio y aun así, pueden instaurar la demanda correspondiente”

Al mismo tiempo de ser la conciliación prejudicial en materia Contencioso Administrativo un requisito OBLIGATORIO de procedibilidad, hay que mencionar además que al darle ese carácter permitirá el propósito esencial y general de ser un mecanismo alternativo de solución de conflicto, de manera que (Bermejo, 2017) lo resalta de la siguiente forma:

“El órgano administrador de justicia vive el flagelo de la congestión de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, es por ello que el legislador, al otorgarle a la conciliación el estatus de requisito de procedibilidad, pretende calmar la congestión judicial que vive el país, y lograr que el conflicto sea superado de manera expedita” (p. 11)

La Corte Constitucional se pronunció cuando efectuó el análisis de exequibilidad de la Ley 1285 de 2009 de la siguiente manera:

“En primer lugar, la conciliación prejudicial obligatoria en materia civil y contencioso administrativa resulta ser un medio adecuado y efectivamente conducente para garantizar el acceso a la justicia, como quiera que ofrece un espacio para dar una solución a los conflictos por la vía de la autocomposición y permite que asuntos que normalmente no llegan a la justicia estatal formal porque las partes los consideran dispendiosos, difíciles o demasiado onerosos en términos de tiempo y esfuerzos, puedan ser ventilados y resueltos rápidamente y a un bajo costo”

Algo semejante mencionó el Consejo de Estado en el fallo 00244 de 2018 cuando agrega que:

“En materia contencioso administrativa se ha determinado que la conciliación prejudicial es un mecanismo de solución de conflictos, que se debe agotar obligatoriamente ante el Ministerio Público, antes de presentarse una demanda de nulidad y restablecimiento, de reparación directa o sobre controversias contractuales, ante la jurisdicción de lo

contencioso administrativo, en asuntos de naturaleza conciliable. Así, la sala precisa que de conformidad con el artículo 9° del Decreto 1716 de 2009, la presentación de la solicitud de conciliación prejudicial ante los agentes del Ministerio Público suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso.”

Obligatoriedad de la conciliación en materia normativa

Según nuestro ordenamiento jurídico, en la ley 1437 de 2011 por el cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en su artículo 161, se señala que para impetrar una demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo bajo el medio de control Nulidad y Restablecimiento del Derecho se deberá de manera previa cumplir con el trámite de la Conciliación prejudicial siempre y cuando el asunto sea conciliable.

“REQUISITOS PREVIOS PARA DEMANDAR. La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos: 1. Cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales”

Siguiendo la idea anterior, conviene agregar que, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala que se constituye en requisito de procedibilidad las acciones previstas en el artículo 138, 140 y 141, -acción de nulidad y restablecimiento del derecho-, -reparación directa- -controversias contractuales-, o en las normas que lo sustituyan, para el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial.

El artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo conceptualiza el medio de control: Nulidad y Restablecimiento del derecho de la siguiente manera:

“Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o

presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. (...) Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel.”

En otras palabras, Bermejo, (2017) lo definió así:

“La nulidad y restablecimiento del derecho tienen como fuente un acto administrativo que ha producido un daño o perjuicio al particular; de este modo y para efecto de demandas con pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho, se estableció la conciliación como requisito de procedibilidad, de igual manera, que la misma solo procedería cuando los asuntos objeto de controversias sean susceptibles de ser conciliados, es decir, que tengan carácter particular y un contenido económico.

...

La conciliación solo puede recaer sobre los efectos económicos y particulares, por lo que no podrían las partes proponer ni adoptar fórmulas de acuerdo respecto a la legalidad del acto, cuestiones de orden público que no pueden ser de libre disposición por estas” (p. 68)

Jurisprudencialmente el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho ha sido desarrollado por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, por consiguiente, es importante recalcar que engloba su acepción y su fin, por ello en sentencia C-426 de 2002 la Corte Constitucional aludió a sus características de la siguiente manera:

“(i) ésta se ejerce no solo para garantizar la legalidad en abstracto, sino también para obtener el reconocimiento de una situación jurídica particular y la adopción de las medidas adecuadas para su pleno restablecimiento o reparación. (ii) A diferencia de la acción de nulidad, la misma sólo puede ejercerse por quien demuestre un interés, esto es, por quien se considere afectado en un derecho suyo amparado por un precepto legal. (iii) igualmente, tal

y como se deduce de lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 136 del C.C.A, esta acción tiene un término de caducidad de cuatro meses, salvo que la parte demandante sea una entidad pública, pues en ese caso la caducidad es de dos años.”

El Consejo de Estado en providencia de 04 de marzo de 2003 estableció las características de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de la siguiente manera:

“La acción de nulidad y restablecimiento de derecho se caracteriza, porque su ejercicio está condicionado a la existencia de un interés, por lo que podrá ejercerla quien considere que su derecho ha sido lesionado y es necesario para ello la intervención de abogado; así mismo debe ser presentada en un término de 4 meses, o de 2 años cuando se trata de acción indemnizatoria. En relación con los efectos de la sentencia tiene efectos inter partes y respecto de terceros interesados. Además, es desistible, con el cumplimiento de los requisitos de ley, y solamente a los terceros interesados les es permitido participar en el proceso. La perención opera en esta acción y se distingue de la de simple nulidad en relación con su procedibilidad, la cual se vincula con la teoría de los motivos y finalidades.”

La misma Sala en providencia del 19 de julio de 2007 señaló cuando es procedente la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho así:

“La acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por su parte, es procedente cuando el daño proviene del acto administrativo ilegal y para lograr su reparación es menester que el juez declare su nulidad, porque solo entonces el daño causado por éste será antijurídico y comprometerá la responsabilidad patrimonial del Estado. Es decir, que siempre que exista un acto administrativo con el cual se afirma haber causado un perjuicio, y del cual se acusa su ilegalidad, ésta será la acción correcta”

Consecutivamente en sentencia SU498/16 la Corte Constitucional señaló su fin así:

“El ordenamiento prevé la nulidad y el restablecimiento del derecho como medio de control judicial de los actos de carácter particular y concreto proferidos por la administración.

Específicamente, a través de ese instrumento se busca desvirtuar la presunción de legalidad que cubija al acto administrativo y obtener la consecuente indemnización de los perjuicios que el acto haya podido causar durante el tiempo en el que permaneció vigente”

El sustento normativo de la conciliación prejudicial para el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho se encuentra en la Ley 1285 de 2009 en su artículo 13 y en la ley 640 de 2011 en su artículo 35, donde se dispone que obligatoriamente la conciliación en asuntos Contencioso Administrativo, deberá adelantarse ante el Ministerio Público, -versión Procuraduría General de la Nación- quién será competente para adelantar dicho procedimiento, el cual está representada por Procuradores Delegados ante el Consejo de Estado y por los Procuradores Judiciales Delegados I y II para Asuntos Administrativos asignados en el territorio nacional de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Ahora bien, la ley 640 de 2001 en su artículo 23 consagró que los Agentes del Ministerio Público son los encargados de llevar a cabo la conciliación prejudicial en materia Contenciosa Administrativa, así se señaló:

“las conciliaciones extrajudiciales, respecto de los asuntos que eventualmente sean competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, sólo podrán ser adelantadas por los agentes del Ministerio Público asignados a esa jurisdicción”

El Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo reafirma lo anterior en su artículo 303 numeral 7 cuando consagró que una de las atribuciones especiales que tiene el Ministerio Público es adelantar las conciliaciones prejudiciales o extrajudiciales en materia Contenciosa Administrativa, seguido de un párrafo que indica:

“Presentada la solicitud de la conciliación, el agente del Ministerio Público, de oficio o por solicitud de la parte convocante, verificará la existencia de jurisprudencia unificada que resulte aplicable al caso, de acuerdo con lo regulado en el presente Código sobre la materia. De confirmarlo, si la autoridad demandada expresa su negativa a conciliar, suspenderá la audiencia para que el respectivo comité de conciliación reconsidere su posición y si es del

caso, proponga una fórmula de arreglo para la reanudación de la audiencia o manifieste las razones por las cuales considera que no es aplicable la jurisprudencia unificada”

De modo que, la conciliación administrativa solo podrá ser entonces adelantada por los agentes del Ministerio público, y es cuando la Corte Constitucional en sentencia C- 417 de 2002 lo reitera así:

“(...) Esta corporación ha concluido que es legítimo establecer el intento de conciliación como requisito de procedibilidad para acceder a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, entonces es válido que la ley señale ante qué instancias debe desarrollarse ese intento. Y la escogencia de los agentes del Ministerio Público para tal efecto se justifica precisamente para proteger la legalidad y los intereses patrimoniales de la administración, como lo explicó la Sentencia C-1195 de 2001, fundamento 7.4, que dijo al respecto lo siguiente:

"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 pruebas no son aportadas, puede decidir que no se logró el acuerdo".

Se infiere así que los Agentes del Ministerio Público fungen como conciliadores, toda vez que la ley específicamente le ha atribuido esa función y que así mismo encarnará en ese tercero imparcial y calificado que coadyuva a la descongestión judicial, con el fin de fortalecer los mecanismos alternativos de solución de conflictos pero que pese a su rol y el desconocimiento del propósito que originalmente tuvo el Convenio Interinstitucional celebrado en el 2005 conocido mediante el Boletín Informativo de julio de 2005 entre la Procuraduría General de la Nación y el Ministerio del Interior y Justicia que estableció:

“(...)encaminado a fortalecer la gestión pública en materia judicial a través de esfuerzos conjuntos encaminados al diseño y la implementación de políticas de prevención del daño antijurídico y de defensa judicial, donde se destacan para el tema los numerales 10) implementar estrategias encaminadas al efectivo cumplimiento de las funciones que deben cumplir los comités de conciliación al interior de cada entidad de derecho público, y 11) propender por la utilización de la conciliación administrativa como mecanismo alternativo de solución de conflicto que contribuye a la reducción de las erogaciones patrimoniales del Estado y a la desjudicialización de los conflictos”

Como también Alejandro Ordoñez Maldonado Procurador General de la Nación en la Guía para la presentación y trámite de las conciliaciones extrajudiciales en asuntos de lo contencioso administrativo los resaltó:

“teniendo en cuenta los múltiples beneficios que el uso de dicho mecanismo comporta, entre los que se destacan: (i) el ahorro patrimonial a favor de las entidades y organismos estatales; (ii) la contribución a la descongestión de la administración de justicia, y (iii) la efectiva protección y garantía de los derechos ciudadanos” (p.6)

Este sigue siendo un simple e ineficaz requisito de procedibilidad para acceder a la justicia Contenciosa Administrativa y el propósito que este naturalmente tiene.

Ahora bien, el tema no es pacífico, pues existen en el contexto nacional posiciones contrarias a lo desarrollado por las altas cortes de cierre: Corte Constitucional y Consejo de Estado, ya que estos justifican y defienden la continuidad de la figura jurídica, mientras que un sector de la doctrina señala su descontento.

Consecutivamente, ahondaré en que al actor más débil del entramado judicial no se le afecte sus intereses de manera inútil con esta carga probatoria, de tal manera que me ubicaré del lado de los autores quienes atacan la conciliación prejudicial y una de las soluciones está en derogar la conciliación como requisito de procedibilidad ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Y así mismo, el objetivo de este artículo de reflexión ampliar información y verificar si la conciliación prejudicial en materia Contencioso-Administrativa siendo un requisito de procedibilidad en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho está siendo un mecanismo idóneo y eficaz para garantizar los derechos en el administrado y consecutivamente descongestionar los despachos judiciales.

A manera de ejemplo, un trabajador del sector público cuando quiera reclamar sus derechos laborales que no correspondan a los catalogados como ciertos e indiscutibles, tendrá que atacar inicialmente el Acto Administrativo que le afectó sus intereses interponiendo obligatoriamente el recurso de reposición y subsidiariamente el de apelación, y luego del fracaso de tal reclamo –ocurre siempre o casi siempre-, deberá obligatoriamente presentar solicitud de Conciliación Prejudicial ante el Ministerio Público, de manera previa y dentro del término a la presentación de la demanda del ente de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Diferentes autores han señalado que esto contiene un trasfondo a nivel particular, donde se ve comprometido el erario público, los intereses patrimoniales del Estado, y fallos que el juez deberá endilgarle al demandado o ente demandado por existir injusticia y vulneración, en el cual deberá entonces además de restablecer el derecho, reparar el daño.

En el texto “la conciliación en Derecho Administrativo editado por el Ministerio de Justicia y del Derecho (Dussán, 2009) señala que” *En la mentalidad de muchos servidores públicos existe la creencia según la cual es mejor esperar una sentencia judicial que conciliar, para así ni comprometer el erario a su cargo y disposición ni correr riesgos políticos” (p. 231)*
(...)

“En esta área las relaciones jurídicas son desiguales, en el sentido de que el Estado puede imponerse a los particulares a través de los poderes exorbitantes. Dicho pensamiento atenta contra la figura porque no lo permite el sustento filosófico para volver cada día más igualitarias las relaciones entre el Estado y los particulares” (p.230)

Bermejo, (2017) señala como otra razón *“que en muchas ocasiones el animus de no conciliar por parte de los entes del Estado se manifiesta por su falta de iniciativa, presupuesto o simplemente falta de voluntad”* (p. 12)

(...) *“no hay credibilidad en la conciliación en tanto mecanismo de solución del conflicto, sino que se ve más como un dispositivo que afecta el erario público, por lo que no hay voluntad de llegar a un acuerdo; la intención solo radica en esperar a un fallo judicial para así no comprometer el dinero, ni su carrera laboral, política, etc.”* (p. 93)

Además, Torres, (2017) afirma que existen razones por las cuales la conciliación no es idónea abordando los siguientes tópicos:

“i) Los acuerdos conciliatorios son ínfimos; ii) los límites de la conciliación para acceder a la administración de justicia; iii) problemas de la congestión judicial. Después de ello se establecerá por qué, contrario a la visión del legislador colombiano, iv) la conciliación es ineficaz, cuando por regla general no descongestiona despachos judiciales, y, más grave aún; v) conculca derechos fundamentales como el debido proceso, por medio de los efectos de la conciliación” (p. 122)

Martinez, (2012) sostiene que:

“dentro de las soluciones planteadas por el legislador para disminuir los índices de congestión, se encuentra la conciliación prejudicial, como un mecanismo alternativo para solucionar un conflicto que puede surgir entre un particular y el Estado, pese a ello, las entidades no realizan un uso adecuado de este mecanismo, y en su mayoría la conciliaciones prejudiciales resultan fracasadas, convirtiéndose en muchos casos en un mero requisito de trámite, adicionalmente existe otro punto de vista relacionado con los requisitos y controles que se realizan frente a la misma, lo cual dificulta en muchos casos los acercamientos entre las partes, pero que de flexibilizarse y no contar con el control adecuado puede colocarse en riesgo el patrimonio público.”(p. 39)

Bermejo, (2015) citado por Ruiz, (2018) refiere que:

“entender la conciliación como una forma de administración de justicia paralela a la que ejercen los jueces, permite rechazar la idea según la cual este trámite es un requisito de procedibilidad que implica una violación al principio del libre acceso a la justicia consagrado en el artículo 229 de la Constitución, porque según plantean, “no puede tenerse a la conciliación como una forma de impedir el acceso a la justicia, pues ella en sí misma es una forma constitucional de acceder y administrar justicia” (p. 38)

Ahora bien, Martínez (2011) en su trabajo de grado agrega que el día el 25 de julio de 2011 realizó entrevistas a operadores judiciales de Nariño, los cuales son Magistrados del Tribunal Administrativo de Nariño: JORGE ORDOÑEZ ORDOÑEZ, JULIO ARMANDO RODRIGUEZ VALLEJO, BEATRIZ MELODELGADO, HUGO BURBANO lo cual es loable añadir, toda vez que el problema persiste a la fecha y estos operadores son quienes conocen de los conflictos entre los particulares y el Estado, fallas en el servicio, de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho como lo dispone el artículo 151 y 152 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y que además hacen claridad que el problema no está en la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflicto, como figura constitucional e instrumento de acceso previo al juez, sino en la función que le ha sido pregonada, se olvidan de sus garantías, perdiendo su esencia y beneficios, convirtiéndose en un mero trámite y obstáculo de acceso a la justicia.

“JORGE ORDOÑEZ ORDOÑEZ la conciliación es un mecanismo adecuado para solucionar conflictos, sin embargo por formación, los abogados prefieren los juicios de manera que no se aprovecha en forma adecuada la conciliación”;
 JULIO ARMANDO RODRIGUEZ VALLEJO *“La conciliación prejudicial es un gran mecanismo de descongestión, pero no debería ser requisito de procedibilidad, pues la conciliación obligatoria congestiona la procuraduría y en el 80% de los caso no se consigue ningún acuerdo, además no se le da la aplicación correcta por la obligación de ser un requisito de procedibilidad”;*
 BEATRIZ MELODELGADO *“La conciliación es un buen mecanismo para evitar la congestión, pero la administración no cumple el precedente constitucional, negándose a conciliar, haciendo que la conciliación no tenga un beneficio, sino que la administración la toma como un mero trámite, lo cual hace*

producir grandes cargas al Estado. No se le está dando la aplicación correcta, no por los procuradores, sino porque la administración no quiere conciliar haciendo en algunos casos más gravosa la condena del Estado” HUGO BURBANO “La conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad en el proceso administrativo, es buena porque puede solucionarse muchos de los conflictos que posteriormente conoce esta jurisdicción, pero las entidades estatales no la han aprovechado especialmente cuando se trata de funcionarios que temporalmente están en ejercicio del poder pues esperan que quien los suceda sea el que asuma las obligaciones que pueden derivarse de esas controversias. No se le está dando de parte de las entidades públicas la utilización que debería darse pues debería aprovecharse ese mecanismo al menos para conseguir rebajas en las indemnizaciones”. (p. 40)

Es importante resaltar que por intentar alcanzar este objetivo o exigencia legal se impida, se obstaculice o trabe el ejercicio de un acceso de justicia, aun cuando se ha interpretado la conciliación prejudicial en doble vía, puesto que por una parte se promueve como mecanismo alternativo de solución de conflicto y por otra parte, como una herramienta para descongestión judicial, pero que los resultados no corresponden al sentido que pregona la ley 640 de 2011 como trámite ágil, efectivo y oportuno, toda vez que este instrumento doctrinariamente y estadísticamente se ha demostrado que ha fracasado en la medida en cómo ha sido utilizada por parte de las entidades públicas, y que no es interés del Ente demandado conciliar sino cumplir con el criterio uniforme de requisito de procedibilidad, presentándose así la poca conveniencia de conciliar por las cuantiosas condenas y por qué se verá entonces afectado el erario público, o porque la persona que representa a la entidad Estatal lleva un acta del comité en donde manifiesta que el caso fue sometido a estudio y decidieron no conciliar, demostrando incapacidad económica del Estado para conciliar, falta de recursos y temor al cumplimiento de la sentencia judicial.

Es entonces este mecanismo frente al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho más expectativa que resultado, y que además de resultar costoso como actuación judicial, para el trabajador muchas veces es complejo de cumplir, toda vez que para llevar a

cabo la audiencia de conciliación administrativa es necesario que el administrado cuente con un abogado titulado tal como lo indica la ley 640 de 2001 en el artículo 1 parágrafo 3:

“En materia de lo contencioso administrativo el trámite conciliatorio, desde la misma presentación de la solicitud deberá hacerse por medio de abogado titulado quien deberá concurrir, en todo caso, a las audiencias en que se lleve a cabo la conciliación”

y muchos de ellos no cuentan con el recurso económico para solventarlo, agravando más la situación y entorpeciendo este mecanismo.

Jara, Ramírez y Gil, (2017) ha dicho que, “la efectividad de la conciliación dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, podemos llegar a concluir que en este tema no se está llegando al fin último que está enmarcado en la ley 1285 del 2000 el cual es la solución pronta de los conflictos y la descongestión del aparato judicial, ya que las entidades no están dispuestas a llevar propuestas conciliatorias a las diligencias de conciliación, bien sea por falta de compromiso del comité de conciliación al estudiar los casos o por simples políticas institucionales las cuales no permiten darles un real estudio a las controversias presentadas para poder así plantear soluciones que beneficien a las dos partes, y por el contrario mantienen una posición reiterada de falta de ánimo conciliatorio aun teniendo precedentes en los cuales han sido condenados en la etapa judicial” (p. 21)

Es importante también agregar, que la mayoría de audiencias de conciliación en materia de Contenciosa Administrativa son llevadas a cabo sin siquiera las partes tener conocimiento del fin que tiene la figura de la conciliación, sin saber sus beneficios e importancia en la agilización de procesos y cómo se llevarán a cabo sus efectos jurídicos, tal desconocimiento genera inconformidad e insuficiencia a la hora de llevarse a cabo, la poca credibilidad, o la mala voluntad de las partes, su inasistencia y falta de acuerdo hace que las conciliaciones se miren como meros trámites, desinterés en solucionar el conflicto (falta de ánimo conciliatorio) por este medio, engrosando cada vez más los expedientes y fallos que se profieren muchos años después.

La inasistencia a las audiencias de conciliación se ha convertido en un punto crítico y de congestión en la justicia colombiana. Con respecto a ello (Arenas, 2015) citado por (Ruiz, 2018) refiere que es una de las causas por las que el trámite de conciliación se

aplaza o se suspende:

“Dentro de los casos principales que determinan dichas actuaciones se encuentran las siguientes: a) Son varios los convocados, pero algunos asisten y otros no; b) Se cita a una persona jurídica, pero el representante legal no está habilitado para actuar en el marco de una conciliación o tiene restringidas expresamente las facultades para conciliar; c) Se cita a una persona, esta no asiste y se presenta quien está considerado como legitimado por pasiva para resolver el asunto objeto de la conciliación; d) Asiste una persona no abogado en condición de apoderado especial del solicitado; e) Se retira intempestivamente de la audiencia uno de los asistentes; f) La inasistencia de alguno de los convocantes; g) Se asiste únicamente a la primera sesión y no se concurre a la prórroga por suspensión que se había fijado durante el trámite de la primera reunión” (p. 35)

Martínez y Hernández, (2016) ha resumido como el principio de acceso a la administración de justicia en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se ve vulnerado, culminando así para el ciudadano el rechazo de plano de su demanda.

“el Juez al momento de hacer un estudio sobre si es o no admisible dicha demanda el primer filtro es observar si entra en lo establecido en el artículo 161 de la ley 1437 de 2011 y de ser así y al no estar en el expediente el acta expedida por la Procuraduría General de la Nación bien sea de No conciliación, o Fallida por ausencia de una de las partes, o por el simple hecho de haber transcurrido los 3 meses y ser retirada y dirigirse directamente a la Jurisdicción de lo Contencioso, esta es inadmitida en los mejores casos dándole la posibilidad al Administrado a través de su abogado subsanar la demanda dentro del término de los 10 días, y así aportar el acta expedida por la procuraduría si la tiene en su poder, o todo por el contrario si se omitió dicho requisito y el termino de caducidad ya ha vencido, simplemente al pasar el término legal se rechaza la demanda de plano” (p. 27)

Por otro lado, cabe agregar que la conciliación prejudicial en materia Contenciosa Administrativa no se lleva a cabo por la incorrecta e incompleta asesoría de algunos profesionales del derecho al inducir al administrado no llegar a un acuerdo conciliatorio

ya que muchas veces es más ventajoso adelantar un proceso ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, con el consejo de que la indemnización recibida será mucho mayor, como también que para ellos su fuente de trabajo es el litigio y al llevar a cabo la conciliación prejudicial impide ganancias para su futuro profesional y ejércelo.

Otro problema también es que la conciliación se lleva a cabo de forma parcial, independientemente que la ley consagró la posibilidad de hacerlo, pues el fin de la conciliación es descongestionar la rama judicial y al conciliar parcialmente prolonga el problema jurídico.

El Consejo de Estado en Auto de febrero de 1994 se pronunció de lo anterior de la siguiente manera:

“a manera de pedagogía jurídica y judicial la Sala recomienda a los tribunales no aceptar conciliaciones parciales pues puede ocurrir que se llegue a un acuerdo sobre el monto de perjuicios morales dejando para que la justicia contenciosa administrativa defina sobre los materiales. Este manejo genera el grave inconveniente de que al aceptar los primeros se da por probada la falla del servicio, circunstancia que bien puede no patrocinar el ad quem. Tampoco debe el Tribunal autorizar que se concilie sobre una parte de los perjuicios dictando auto aprobatorio del acuerdo parcial para luego reanudar la audiencia y conciliar sobre lo que quedó pendiente, dictando entonces otro auto aprobatorio como ocurrió en el caso sub examine. La conciliación no se debe aprobar por partes, pues tiene un universo único”

Melo, (2001) ha dicho algo muy importante y es lo siguiente:

“la mentalidad según la cual la disponibilidad de los dineros provenientes del erario público únicamente puede hacerse previa autorización del presupuesto o en virtud del cumplimiento de una sentencia judicial, dificulta que, a través del mecanismo de la conciliación, el Estado se obligue para con el particular a pagar la suma que resulte del acuerdo conciliatorio. No se puede partir de la idea de que, a través de la

conciliación las finanzas públicas se van a ver afectadas irregularmente; más bien se debe fomentar aquella de que, por medio de este mecanismo alternativo de solución de conflictos, el Estado cumplirá sus obligaciones, las cuales estarán enmarcadas dentro de los parámetros de la legalidad y la honestidad, para lo cual se han establecido controles que, por supuesto, son susceptibles de mejorarse” (p.33)

Ruiz, (2018) publicó un análisis estadístico de la conciliación prejudicial en materia Contenciosa Administrativa en Colombia, como respuesta a un derecho de petición que presentó ante la Procuraduría General de la Nación, demostró que, para los años, 2015, 2016, 2017 y 2018 según el recuento histórico realizado por la Procuraduría Delegada para la Conciliación Administrativa, se arrojó la siguiente información:

Gráfica 5. Histórico de conciliación 2015 a 2018 (julio)

HISTÓRICO CONCILIACIÓN	2015	2016	2017	2018 (julio)
Solicitudes radicadas	63.096	60.557	61.936	39.325
Efectivamente tramitadas (diferencia entre las radicaciones y las devoluciones por concepto de inadmisión, desistimientos, no corregidas a término, remisiones por competencia, inasistencias, asuntos no conciliables).	34.006	32.144	29.092	25.950
Acuerdos	6.803	5.500	5.137	2.452
Sin acuerdo	43.203	40.675	39.494	24.619
% LOGRO	20.01%	17.11%	17.66%	

Así mismo (Ruiz, 2018) agrega lo siguiente por la anterior información:

“Del análisis anterior, sumado a lo informado por la Procuraduría de acuerdo con las actuaciones reportadas por cada una de las Procuradurías Judiciales del país (204)

para los últimos 4 años, es viable concluir el nivel real de efectividad y suficiencia de la conciliación en Colombia. Si de 63.096 solicitudes radicadas, 34.006 (es decir, aproximadamente la mitad) son efectivamente tramitadas, y de esas, 6.803 prosperan y terminan en acuerdo, significa entonces que la problemática del mecanismo se ha ido concentrando en el mismo trámite conciliatorio, inclusive, por razones de carácter netamente procesal.

Quiere decir lo anterior que, al momento de presentarse la solicitud, existe una tarea insuficiente por parte de quienes convocan para darle al proceso el impulso que necesita. Además, que de esa mitad sólo el 20% logre un acuerdo para evitar la vía judicial, es posible deducir la presencia de un yerro o desinterés en la fase más importante del trámite por parte de todos o algunos de sus intervinientes.”(p. 26)

¿Es acaso necesario imponerle al administrado la carga del requisito de procedibilidad para que pueda acceder a la justicia a reclamar sus derechos conculcados?

Imponer la conciliación como un requisito de procedibilidad para poder impetrar la demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, bajo el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, es desnaturalizar el fin intrínseco que pregona, o, en otras palabras, la razón por la cual fue creada, ya que este procedimiento es llevado a cabo de mutuo acuerdo, y su fracaso se presenta por tener un fin obligatorio, el cumplimiento de un trámite más, o un mero formalismo, convirtiendo la conciliación no solamente en una figura obligatoria sino también sancionadora.

Así lo ha ilustrado Martínez y Hernández, (2016)

“las partes asisten a la conciliación para poder conseguir un pasaporte y poder interponer la acción respectiva, no lo hacen con la intención de un acuerdo; acuden a las audiencias, por temor a los efectos de la inasistencia establecidos en el artículo 22 de la ley 640/01: ”si las partes o algunas de ellas no comparece a la audiencia de conciliación a la que fue citada y no justifica su inasistencia dentro de los tres (3) días siguientes, su conducta podrá ser considerada como indicio grave en contra de sus pretensiones o de sus excepciones de mérito en un eventual proceso judicial que verse sobre los mismos hechos”. Lo cual convierte a la conciliación extrajudicial en obligatoria y sancionatoria” (p. 13)

CONCLUSIONES

Indudablemente, el trabajador sufre detrimento en sus derechos fundamentales, anotando que, es una carga para él contratar un abogado para así proceder a la audiencia de conciliación ante la Procuraduría General de la Nación y aparte tiene que demostrar hechos que la entidad demandada ya conoce por sí mismo por ser antecedentes administrativos y porque trabajan en la propia entidad.

Finalmente se puede concluir que:

- La conciliación prejudicial no descongestiona despachos judiciales
- La conciliación prejudicial no está cumpliendo su fin como mecanismo alternativo de solución de conflicto.
- El uso inadecuado de la figura de la conciliación como requisito de procedibilidad conculca caros derechos fundamentales como lo es el acceso a la administración de justicia, toda vez que para acudir a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la conciliación será una condición suspensiva para acceder a ella.

Debe resaltarse el fin que pregona la conciliación prejudicial, como requisito de procedibilidad dentro de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través del medio de control nulidad y restablecimiento del derecho, toda vez que resulta lógico y jurídicamente constitucional poner en marcha su objetivo, toda vez que la conciliación en Colombia no está dando los efectos esperados, así la justicia logrará mayormente la descongestión judicial, hacer prevalecer normativamente su creación, volver a naturalizar el sentido de la figura de conciliación y que podría funcionar efectivamente si todo el equipo de las entidades públicas y autoridades judiciales intervinientes, llámese –funcionarios del Ministerio Público, Magistrados, Jueces Administrativos- Comités de Conciliación y aquel que fungirá como tercero imparcial (conciliador) coadyuvara a su cumplimiento, sin ser un procedimiento que perjudique, entorpezca, desgaste y limite el derecho a la administración de justicia.

Teniendo en cuenta lo siguiente:

- Fomentar la cultura de conciliación en el actuar de todos los intervinientes (Estado, entidades públicas, universidades, operadores jurídicos, abogados) como figura prejudicial eficaz para el derecho a la administración de justicia en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través del medio de control nulidad y restablecimiento del derecho.
- Quien funja como tercero imparcial (conciliador) no obstruir el mecanismo de conciliación (ideando esquemas, haciendo uso de poderes exorbitantes, no estudiar el caso a fondo, no tener conciencia en relación con las finalidades de la conciliación, no proponer fórmulas de arreglo irrisorias, injustas y que desmejoren al administrado)

El Ministerio del Interior y Justicia a través de la guía Institucional de conciliación en Administrativo (guía 2007) mencionó el papel del conciliador así:

“Dentro del proceso conciliatorio, el papel que desempeña el conciliador es el de director y guía del proceso; debe mostrarse como un verdadero mediador, pacificador, apaciguador, poniendo todo su conocimiento y capacidades para lograr que las partes consigan un acuerdo, incluso a partir de fórmulas propuestas por él, eso sí, conforme a derecho. Como ya se ha dicho, el conciliador es un administrador de justicia transitorio y, en cumplimiento de esto, su deber es respetar y cumplir los principios de imparcialidad, neutralidad e independencia frente a las partes, y desde el punto de vista ético, debe respetar los principios que, de acuerdo a la racionalidad, conforman la moral social y administrativa. Debe estar consciente de que con su actuar se administra justicia, valor de singular trascendencia para el mantenimiento de la democracia, y que partir de esa aplicación, se soluciona por una vía expedita y eficaz los problemas de dos partes, en donde en uno de sus extremos está involucrado el patrimonio público. Por lo tanto, debe ser fiel al cumplimiento de esa enorme responsabilidad” (p. 48)

- Mejorar la participación de la entidad y de la parte afectada para obtener un acuerdo de conciliación efectivo, oportuno y completo evitando el desgaste de un trámite

procesal, permeando en el administrado la convicción de solucionar el conflicto de una manera diferente a la ordinaria.

Es importante tener en cuenta que el fortalecimiento de la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflicto coadyuvará al índice de descongestión en aquellos procesos de ámbito contencioso, los cuales por ser consagrados normativamente conciliables mediante el control de nulidad y restablecimiento del derecho podrán ser una herramienta en Colombia innovadora, eficaz, útil y completamente garantista.

Martinez, (2011) agrega que:

“la conciliación es una institución que debe fortalecerse dentro del ordenamiento jurídico Colombiano, y que como lo expresan los operadores judiciales se espera que como lo consagra el nuevo Código Contencioso, se dé cabal cumplimiento a lo ahí reglado, con el ánimo de que las entidades públicas sean más dinámicas y responsables tanto a la hora de actuar, como cuando no lo hacen en debida forma, puedan proponer fórmulas de arreglo para enmendar los errores cometidos a través de sus funcionarios, de ahí que las entidades deben fortalecer Los comités de conciliación, y abandonar la concepción de ser simplemente órganos de verificación presupuestal, para adoptar una posición más realista del conflicto, que permita establecer la viabilidad de solucionar litigios o controversias de manera más sencilla y, en cierta forma, económica, al no tener que incurrir en los gastos y costos de un proceso judicial” (p. 50)

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Bermejo, J. (2017) *Aspectos Jurídicos De La Conciliación Prejudicial Contenciosa Administrativa En Colombia*. Barranquilla, Colombia. Editorial Mejoras

Bermejo, J. (2015). *La Conciliación Prejudicial Contenciosa Administrativa*. *Jurídicas CUC*, 11(1), 101-124. doi: <http://dx.doi.org/10.17981/juridcuc.11.1.2015.5>

Boletín Informativo de julio de 2005 entre la Procuraduría General de la Nación y el Ministerio del Interior y Justicia

Coronado, X (2009). *La congestión judicial en Colombia*. (tesis de pregrado). Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia. Recuperado de <https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/comunicacion/tesis202.pdf>

Dussán, O. La Conciliación En La Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Prolegómenos. Derechos y Valores [en línea] 2009, XII (Julio-Diciembre): Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87617269015>> ISSN 0121-182X

Jara, C. Ramírez, X. Gil, D. *La efectividad de la conciliación extrajudicial ante los procuradores delegados en lo contencioso administrativo*. (informe) Recuperado de <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/12362/2017camilajara.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Martínez, L. y Hernández, M (2016) *la conciliación extrajudicial en materia contenciosa administrativo frente al principio de acceso a la administración de justicia*. (artículo de especialización) Universidad Santo Tomas. Valledupar, Cesar.

Martínez, V. (2012) *Acierto o desacierto de las estrategias implementadas en el Departamento de Nariño para disminuir la congestión de los despachos judiciales en la jurisdicción contencioso administrativa*. (tesis de postgrado). Universidad de Nariño. San Juan de Pasto. Recuperado de <http://sired.udenar.edu.co/2795/>

Melo, J. (2011) *conciliación contencioso administrativa*” (tesis maestría). Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, D.C. recuperado de <https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Tesis-01.pdf>

Ministerio del Interior y Justicia. (2007) Guía institucional de conciliación ante lo administrativo. Recuperado de http://www.udea.edu.co/wps/wcm/connect/udea/6cac9b27-234f-49c3-a411-64eb25ba4ddd/GuiaInstitucionalDeConciliacionAdministrativo_minJustici.pdf?MOD=AJPERES&CVID=kU7m7h6

Torres, G. (2017) *La conciliación prejudicial administrativa como requisito de procedibilidad en la jurisdicción administrativa*” Universidad Santo Tomás. ISSN: 1900-0448, IUSTA, N.º 47, Julio-diciembre 2017, pp. 119-142. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6685121.pdf>

Ruiz, S (2018). *vicisitudes de la conciliación prejudicial en los procesos contencioso administrativos*. (tesis de grado) Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. Colombia

Colombia, Corte Constitucional sentencia C-713 del 15 de julio de 2008.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C- 222/13

Colombia, Corte Constitucional sentencia C- 902/08

Colombia, Consejo de Estado. Fallo 00244 de 2018

Colombia, Corte Constitucional C-713 de 2008.

Colombia, ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

Colombia, Consejo de Estado Auto de febrero de 1994. Exp. 9090

Colombia, Ley 640 de 2011

Colombia, Consejo de Estado providencia del 19 de julio de 2007, rad. 33.628, C.P. Ruth Stella Correa Palacio,

Constitución Política de 1991

Colombia, Corte Constitucional sentencia C- 417 de 2002

Colombia, Corte Constitucional sentencia SU498/16

Colombia, Corte Constitucional sentencia C-426 de 2002

Colombia, Consejo de Estado en providencia de 04 de marzo de 2003, magistrado ponente MANUEL SANTIAGO URUETA AYOLA, radicado 11001-03-24-000-1999-05683-02(IJ-030

ley 23 de 1991

Decreto 173 de 1993

Decreto Ley 2651 de 1991

ley 80 de 1993

ley 270 de 1996

la ley 1285 de 2009

ley 446 de 1998

ley 640 de 2001

