

**ENSAYO SOBRE FALLAS EN LA CONCILIACIÓN DENTRO DE LOS
PROCESOS CONTENCIOSOS ADMINISTRATIVOS DONDE INTERVIENEN
COMO DEMANDADOS MUNICIPIOS DE NARIÑO.**

PEDRO JESUS TULCAN VILLOTA

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
CENTRO DE INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS SOCIOS JURÍDICAS
OBSERVATORIO DE JUSTICIA REGIONAL
SAN JUAN DE PASTO
2009**

**ENSAYO SOBRE FALLAS EN LA CONCILIACIÓN DENTRO DE LOS
PROCESOS CONTENCIOSOS ADMINISTRATIVOS DONDE INTERVIENEN
COMO DEMANDADOS MUNICIPIOS DE NARIÑO.**

PEDRO JESUS TULCAN VILLOTA

**Trabajo de grado para optar al título de Especialista en Derecho
Administrativo**

**Asesor
Dra. SONIA ROSERO DE LA ROSA**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
CENTRO DE INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS SOCIOS JURÍDICAS
OBSERVATORIO DE JUSTICIA REGIONAL
SAN JUAN DE PASTO
2009**

NOTA DE RESPONSABILIDAD

“Las ideas y conclusiones aportadas a este trabajo de grado son de responsabilidad exclusiva de su autor”

Artículo 1º del acuerdo No. 324 de octubre 11 de 1966 emanado del honorable Consejo Directivo de la Universidad de Nariño”

Nota de aceptación:

RUFO ARTURO CARVAJAL
Jurado

JULIO ARMANDO RODRIGUEZ
Jurado

San Juan de Pasto, Febrero 20 de 2009

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	9
1. EVOLUCION LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LA CONCILIACION EN COLOMBIA.....	11
2. FALTA DE CULTURA CONCILIADORA EN LAS ENTIDADES DEL ORDEN MUNICIPAL.....	19
3. IMPLEMENTACION Y APLICACIÓN DE VERDADEROS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCION DE CONFLICTOS EN LOS MUNICIPIOS.....	23
4. CONCLUSIONES	28
BIBLIOGRAFÍA.....	31
NETGRAFÍA	33

GLOSARIO

Arbitraje: Decisión de una o más personas llamadas árbitros de un litigio que las partes han sometido de común acuerdo a su apreciación, en virtud de una conversación anterior o posterior al litigio.

Conciliación: Acción de componer y ajustar los ánimos de los que estaban opuestos entre si. / Acuerdo entre dos personas que se hallan en pleito obtenido por intermedio de un juez.

Contencioso Administrativo: Jurisdicción de que gozan ciertos órganos del Estado para conocer de las controversias jurídicas que surgen con motivo de la aplicación y ejecución de las leyes administrativas.

Doctrina: Conjunto de opiniones de grandes autores, que explican y fijan el sentido de las leyes o sugieren soluciones para cuestiones aún no legisladas.

Equidad: Concepción de una justicia fundada en la igualdad ante el derecho de cada cual.

Extrajudicial: Acto en cuestión que ha sido realizado fuera de la instancia o de las normas judiciales.

Homologación: Tramite extraordinario del procedimiento laboral cuya finalidad es impedir que un laudo arbitral sea homologado esto es, confirmado por la sala laboral de un tribunal superior.

Judicial: Dícese de lo perteneciente al juicio y a la administración de justicia o a la judicatura. Por eso se llaman judiciales todos los procedimientos, sean de jurisdicción contenciosa o de jurisdicción voluntaria, en que intervienen los jueces y los tribunales de justicia.

Jurisprudencia: Ciencia del Derecho. En términos más concretos y corrientes, se entiende por jurisprudencia la interpretación que de la ley hacen los tribunales para aplicarla a los casos sometidos a su jurisdicción. Así, pues, la jurisprudencia está formada por el conjunto de sentencias dictadas por los miembros del Poder Judicial sobre una materia determinada.

Liberalidad: Beneficio de carácter económico que una persona hace a otra por pura generosidad y sin pretender recompensa alguna.

Litigio: Pleito, controversia o contienda judicial

RESUMEN

El tema denominado **“ENSAYO SOBRE FALLAS EN LA CONCILIACION DENTRO DE LOS PROCESOS CONTENCIOSOS ADMINISTRATIVOS DONDE INTERVIENEN COMO DEMANDADOS MUNICIPIOS DE NARIÑO”** el cual fue presentado como trabajo de grado para obtener el título de especialista en derecho administrativo, se adentra en estudiar un aspecto fundamental dentro del funcionamiento de las administraciones municipales del departamento de Nariño, respecto a cómo en los eventos en que por diversas razones son demandados dentro de las acciones contenciosas administrativas, no se tiene una concepción clara de las ventajas que representa hacer uso de uno de los más eficaces mecanismos alternativos de solución de conflictos como es la CONCILIACION, medio que sirve para dar por terminado los conflictos, de manera más conveniente para los intereses del Estado

El trabajo inicia con un breve desarrollo legal y jurisprudencial acerca de la evolución de la conciliación en las diferentes áreas del derecho para posteriormente adentrarnos en su aplicación en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, fundamentalmente en las acciones previstas en los artículos 85,86 y 87 del Código Contenciosos Administrativo.

Posteriormente se pasa a plantear una serie de fallas en la implementación de la conciliación en el plano de la aplicación dentro de los procesos administrativos, los cuales van desde la falta de una concepción clara de los mecanismos alternativos de solución de conflictos hasta el desinterés de las administraciones locales representada por sus alcaldes o apoderados judiciales respecto al ánimo conciliador, desaprovechando las ventajas que ella ofrece en tiempo, costos y descongestión de la justicia.

Por último y a manera de aporte del autor, se plantea una serie de posibles alternativas a ser implementadas para el uso adecuado de la conciliación como un mecanismo idóneo y razonable en materia contenciosa administrativa.

ABSTRACT

The denominated topic "TEST ABOUT FAULTS IN THE CONCILIATION INSIDE OF THE ADMINISTRATIVE CONTENTIOUS PROCESSES WHERE INTERVENED AS RESPONDENT MUNICIPALITIES OF NARIÑO" which was presented as grade work to obtain specialist's title in administrative law, it goes into in studying a fundamental aspect inside of the functioning of the municipal administrations of the department of Nariño, regarding how in the events in that are demanded inside the administrative contentious actions by diverse reasons, no one has a clear conception of the advantages that represents to make use of one of the most effective alternative mechanisms of solution of conflicts such as the conciliation, this half is used to terminate the conflict, in a more convenient way for the interests of the State.

The work begins with a brief legal and jurisprudential development about the evolution of the conciliation in the different areas of the law and after to go into in its application in the Administrative Contentious Jurisdiction, fundamentally in the foreseen actions in the articles 85,86 and 87 of the Administrative Contentious Code.

Subsequently passed to raise a sequence of faults in the implementation of the conciliation in the plane of the application inside the administrative processes, which go from the lack of a clear conception of the alternative mechanisms of solution of conflicts, until the indifference of the local administrations represented by their mayors or judicial agents regarding the conciliatory spirit, wasting the advantages that it offers in time, costs and decongesting of the justice.

Finally and as a contribution of the author, he raises a sequence of possible alternatives to be implemented for the appropriate use of conciliation as a suitable and reasonable mechanism in administrative contentious matter.

INTRODUCCIÓN

Con el desarrollo del presente ensayo, se pretende hacer un análisis claro y preciso de lo que para el derecho Colombiano ha representado uno de los mas reconocidos y renombrados mecanismos alternativos de solución de conflictos, como el de la conciliación, enfocada fundamentalmente a la jurisdicción contenciosa administrativa dentro de las acciones legalmente establecidas y donde el Estado se encuentra involucrado, por sus acciones, omisiones, hechos, y demás actuaciones en el cumplimiento de la función pública; el desarrollo temático se establece en relación con la intervención en éste mecanismo por los municipios.

Inicialmente, es necesario hacer de manera sucinta una descripción del proceso evolutivo de la conciliación en la justicia contenciosa administrativa, su fundamento constitucional, su desarrollo legal y jurisprudencial, que de alguna manera le han dado vida dentro del ordenamiento jurídico del país, destacándose una serie de normas que permanentemente han tratado de mejorar los espacios de la conciliación, lo que ha permitido un camino expedito para su consolidación de un verdadero mecanismo de convivencia social, donde en medio del fragor del conflicto y de la dura realidad colombiana se convierte en un aliciente a la crisis social, política y económica de nuestro País.

Otro aspecto importante que se pretende lograr, es hace conocer como la población colombiana en la calidad de particular o de administración, a pesar del gran apogeo normativo y constitucional en materia de conciliación no se ha generado una verdadera cultura de la conciliación, siendo el mismo Estado a través de sus diferentes instituciones públicas o sus representantes, las que desaprovechan las grandes ventajas de la conciliación, donde como lo podremos demostrar se prefiere el tortuosos camino de un proceso judicial a declinar frente a un acuerdo, que en tanto no afecte de manera dolosa los intereses y el patrimonio del estado es preferible ante las consecuencias legales que representa la condena producto de un fallo judicial donde por el pasar del tiempo, las sumas se vuelven incalculables.

La documentación previa al estudio realizado se sustenta en dos elementos importantes: la experiencia como investigador dentro del Observatorio de Justicia Regional y el cumplimiento de la función pública de Alcalde municipal que me permiten presentar un enfoque real de lo que dentro del escenario contencioso administrativo se vislumbra, frente a lo que desde el punto de vista de la administración publica municipal se maneja sobre el concepto en si de lo que representa la conciliación. Si bien para los primeros es un medio eficaz y alternativo para la solución de conflictos originados en la relación estado -

individuo, para los segundos no representa los mismos alcances al considerar que es preferible someterse a un extenuante proceso contencioso que acudir al animo conciliatorio de las partes, basados en la equivocada concepción de esperar que las obligaciones pecuniarias no se contraigan dentro del período constitucional al cual un alcalde le corresponde, dejándole al posterior mandatario esta responsabilidad, pero lógicamente con unos costos elevados que de una u otra manera son cubiertos por los impuestos que el pueblo tributa, y que lo que pudo ser razonable se convierte en incalculables sumas de dinero, como resultado de las condenas contra la entidad territorial, situación por demás incoherente con la política de austeridad económica de la cual tanta se habla.

En medio de esa falta de cultura conciliatoria en los procesos contenciosos administrativos, es fundamental plantear una política clara en las entidades territoriales, de la importancia de hacer uso de la conciliación, donde se debe pensar que los efectos directos de no hacer uso de este mecanismo se reflejan en los ingresos de sus habitantes, solo por la irresponsabilidad, el temor y la falta de una oportuna y eficiente asesoría de los profesionales del derecho, quienes en su ánimo de demostrar sus dotes de verdaderos litigantes se ahogan en la profundidad de un proceso, el cual desde un inicio se conoce por la administración que este se va a perder.

De todas maneras, se pretende por lo menos dejar establecidas algunas herramientas que vuelva mucho más efectiva la conciliación, tal es el caso de los Comités de Conciliación, los cuales en la actualidad son exclusivos de las entidades y organismos del orden nacional, departamental, distrital y de los municipios capitales de departamentos y de sus entidades descentralizadas, quedando por fuera los demás municipios. De allí que se aspira que esto también se implemente en los municipios de: segunda, tercera, cuarta, quinta y sexta categoría que para el territorio colombiano representa el 90 por ciento de los municipios colombianos.

Lo que se pretende a través del presente trabajo investigativo es hacer énfasis en la importancia de aprovechar uno de los mecanismos más efectivos en la solución de conflicto como es la conciliación, donde fundamentalmente se requiere por un lado la voluntad de las partes y por otro que esta se sujete a la legalidad, evitando con ello se afecte tanto el interés del Estado como el de los particulares. Al final se pretende mostrar una concepción clara y concreta de lo que representa la conciliación para los fines esenciales de un verdadero Estado social de Derecho.

1. EVOLUCION LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LA CONCILIACION EN COLOMBIA

En la legislación colombiana, hasta 1990, la conciliación se adelantaba en materia de derecho laboral, de familia, del mismo civil, comercial y hasta en el derecho agrario; con fundamento en los conceptos y procedimientos del derecho romano, español, francés entre otros. Solamente para 1991 con la expedición de la ley 23 de 1991 se introduce la figura de la conciliación dentro de la jurisdicción contenciosa administrativa, fundamentalmente a las acciones contempladas en el artículo 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo y que específicamente se relacionan a la de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y acción contractual, disposición contenida en el artículo 59 ibidem y que textualmente dice: “ Podrán conciliar total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas de derecho público, a través de sus representantes legales, sobre conflictos de carácter particular y contenido patrimonial que ante la jurisdicción de Contencioso Administrativo se ventilarán mediante las acciones previstas en los Artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo.” Sin duda se da un paso fundamental de la conciliación en materia contenciosa administrativa, otrora totalmente descartada por considerar como imposible que el Estado pueda conciliar asuntos donde estén involucrado sus propios intereses, incluso se llegaba a contemplar que se estaría dentro de prejuzgamiento, y que solo un fallo judicial sería el que obligaría al Estado a restablecer, repara o reconocer, por acciones, omisiones u operaciones administrativas realizadas por servidores públicos en cumplimiento de sus funciones administrativas.

La ley 23 de 1991, no solo se limita a determinar el alcance de la conciliación contenciosa administrativa, sino que además plantea las clases de conciliación que pueden operar en esta materia, la extrajudicial, antes llamada prejudicial y la judicial. La primera como un instrumento jurídico por medio del cual las partes (particular- Estado) en conflicto, antes de un proceso o en el desarrollo del mismo, se someten a un trámite conciliatorio, lógicamente siempre y cuando sea susceptible de conciliar y que se surte ante un tercero denominado conciliador, siendo por disposición de la Ley los Agentes del Ministerio Público quienes pueden adelantar esta clase de conciliaciones. La segunda es la que se adelanta dentro del proceso contencioso administrativo y que tienen la posibilidad de solucionar sus diferencias a través de un acuerdo que se surte ante el Juez o Magistrado de conocimiento, bien sea a solicitud de las partes o de oficio.

Con la expedición de la Constitución Política de 1991, La conciliación toma el carácter de norma constitucional, al disponer en el inciso 3º del artículo 116 ibidem, lo siguiente: “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la

función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.” Al tenor de esta disposición nacen las bases constitucionales de la conciliación como un verdadero mecanismo eficaz para solucionar las controversias y dejar a tras la única opción que se tenía por parte de los particulares en demandas contra el Estado y que estaba supeditado a un largo proceso judicial, que para la época oscilaba entre diez y doce años en procesos de doble instancia.

La nueva Constitución de 1991, declara dentro de sus principios fundamentales a Colombia como un Estado Social de Derecho, fundada en el respeto a la dignidad humana, principio que permite reafirmar que si bien la conciliación es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, este debe ceñirse al ordenamiento jurídico, puesto que esta claro, que no se puede conciliar situaciones antijurídicas, o que menoscaben los derechos ciertos e indiscutibles, mínimos e intransigibles de las personas.

Con lo dispuesto tanto por la Constitución política de 1991 y como por la Ley 23 del mismo año, hace que la conciliación se vuelva en un mecanismo alternativo para la solución de conflictos dentro de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Igualmente, con posterioridad se expiden una serie de normas y decretos que entran a poner en marcha la conciliación en la legislación colombiana, se resalta la expedición del decreto 2651 de 1991 en el cual se desarrollan los aspectos de la conciliación dentro del proceso, el decreto 173 de 1993, que reglamentó la conciliación prejudicial de que trataba el capítulo V de la Ley 23 de 1991. Se expide la Ley 192 de 1995 que prorroga la vigencia del decreto 2651 por un año más.

Para 1998 se expide la ley 446 “Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia.” Consolidándose de esa manera un marco jurídico general sobre la conciliación contenciosa administrativa. La expedición de esta ley viene a cubrir ciertas inconsistencias que para la época se presentaban en materia de conciliación. Ley que fue desarrollada por el decreto 1818 de 1998 “Por medio del cual se expide el estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos.”, en cuyo título VI contiene toda la normatividad general de la conciliación en materia contencioso administrativa.

La ley 446 de 1998, fue reglamentada mediante el Decreto 2511 de 1998, en cuyo capítulo primero se estableció el trámite correspondiente a la conciliación extrajudicial, señalando de manera expresa la homologación en el caso en que el

procurador judicial no apruebe el acuerdo conciliatorio, caso en el cual se remitía ante el Tribunal respectivo.

Es importante el contenido del artículo 56 de la Ley 446 de 1998 el cual dispone: “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 Código Contencioso Administrativo.” se refirma la posibilidad de conciliar en acciones que ya la Ley 23 de 1991 había contemplado, tal es el caso de la de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, de Reparación Directa y Controversia Contractuales. Se expide el decreto 1818 de 1998 que le permite de manera mas objetiva clasificar en dos la conciliación, por un lado la prejudicial y por otro la judicial, determinado las características de cada una y el competente para que le de el tramite correspondiente. Igualmente se expide para ese mismo año el decreto 2511, el cual reglamenta entre otros aspectos, la conciliación extrajudicial contencioso administrativa, algunas de cuyas normas continúan vigentes por tratarse del mismo tema.

En el año 2001 se expide la Ley 640 de 2001, la cual entra a regir a partir del 6 de enero de 2002, mediante esta ley se trata de recopilar todo el marco legal que se había construido con base en la conciliación en cada una de las materias. Destacándose nuevas disposiciones; en lo que corresponde a lo contencioso administrativo, se destaca que sólo permite la conciliación en los eventos relacionados con las acciones de reparación directa y de controversias contractuales, tal aclaración se hizo mediante la expedición del Decreto 131 del 23 de enero de 2001 que corrigió el artículo 37 de la ley 640 de 2001, y que termino eliminado la posibilidad que introdujo la ley 446 de 1998 de conciliar en acciones de nulidad y restablecimiento del derecho. Determina las actuaciones de cada uno de los sujetos que intervienen en la conciliación. Define la conciliación como un mecanismo por el cual dos o mas personas en conflicto y en presencia de un tercero neutral y calificado, buscan la solución de la controversia por si mismos. Se concibe de alguna manera a través de la ley 640 que a pesar de que la conciliación tiene unas connotaciones procesales no deja de someterse al imperio del ordenamiento sustantivo, esto se aplica cuando para que el acuerdo conciliatorio sea aprobado por el Juez en el caso del extrajudicial se deben tener en cuenta ciertos principios, tales como: la manifestación de la voluntad, que no se viole el ordenamiento jurídico y que los hechos que sirven de base sean probados en la audiencia o cuando se los requieran por parte de él Juez. Esto último aplicable a la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

La ley 640 de 2001 reitera la clasificación de las conciliaciones, en prejudiciales (antes de la presentación de la demanda y la judicial (dentro del proceso y hasta antes de dictarse sentencia). La conciliación extrajudicial se tramita ante una

autoridad en cumplimiento de funciones conciliatorias (Procuradores Delegados ante Jueces y Tribunales Administrativos), una vez agotado este trámite se las remite a un Juez administrativo para efectos de homologación, este último puede aprobar o no el acta contentiva del acuerdo conciliatorio, si es aprobada u homologada por el Juez, el acta pasa a ser cosa juzgada y presta mérito ejecutivo hacia adelante. De no ser aprobada se regresará la documentación a las partes, sin perjuicio de que se pueda con posterioridad conciliar nuevamente. La segunda, la judicial que se da dentro del proceso contencioso, es la que permite a las partes solucionar sus controversias en presencia del Juez de conocimiento del asunto. Si se llega a un acuerdo el proceso termina de manera anormal, sin requerir sentencia, incluso esta puede ser iniciada por el Juez de oficio. En conclusión, tanto la conciliación extrajudicial como judicial, requieren de la aprobación del juez y como ya se dijo produce efectos de cosa juzgada entre las partes.

Para el año 2000 el Ministerio de Justicia y del Derecho, expide el decreto 1214, por medio del cual se establecen funciones para los Comités de Conciliación de que trata el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y del cual hablaremos en un próximo capítulo.

Conjuntamente con la expedición de normas dirigidas a fortalecer la figura jurídica de la conciliación, las altas cortes se han pronunciado a través de sentencias, conceptos que han tratado de fortalecerla y fundamentalmente de formar jurisprudencia sobre el tema. Cabe resaltar lo que el Consejo de Estado en una de sus sentencias definió el verdadero sentido de la conciliación, al manifestar: *“La conciliación entendida de manera general es la concreción de una filosofía de diálogo, concertación y solución civilizada de conflictos, fruto del avenimiento y la concordia de las partes, que implica de suyo el reconocimiento del otro como forma de accionar social dando origen a la verdad jurídica del consenso. Cuando en los procesos contencioso administrativos el Estado acude a ella cumpliendo con su función originaria de paz y pluralismo y convoca a la sociedad para seguir su ejemplo. La nueva concepción del Estado colombiano contenida en la Constitución Política en su artículo primero sustenta tal postulado. Durante mucho tiempo no se concibió la posibilidad de la conciliación por parte de personas jurídicas de derecho público con fundamento en la tesis de la incapacidad relativa de estas para transigir y pro consiguiente para conciliar”*¹

La Jurisprudencia de la Corte Constitucional, contenida en unas de sus sentencias respecto a la conciliación considera: *“La conciliación es una institución en virtud de la cual se persigue un interés público, mediante la solución negociada de un conflicto jurídico entre partes, con la intervención de un funcionario estatal, perteneciente a la rama judicial a la administración, y excepcionalmente de*

¹ CONSEJO DE ESTADO, Jurisprudencia Sección Tercera. Expediente No.12.854 del 22 de mayo de 1997 C.P. Ricardo Hoyos Duque.

particulares. Como caracteres esenciales que informan la conciliación se destacan los siguientes: a) Es un instrumento de auto composición de un conflicto, por la voluntad concertada o el consenso de las partes. b) La conciliación constituye una actividad preventiva, en la medida en que busca la solución del conflicto antes de acudir a la vía procesal o durante el trámite del proceso, en cuyo caso no se llega al resultado final normal de aquél, que es la sentencia. En este último evento, se constituye en una causal de terminación anormal del proceso. c) La conciliación no tiene en estricto sentido el carácter de actividad judicial ni da lugar a un proceso jurisdiccional, porque el conciliador, autoridad administrativa o judicial, o particular, no intervienen para imponer a las partes la solución del conflicto en virtud de una decisión autónoma e innovadora. d) La conciliación es un mecanismo útil para la solución de los conflictos. e) La conciliación tiene un ámbito que se extiende a todos aquellos conflictos susceptibles, en principio, de ser negociados, o en relación con personas cuya capacidad de transacción no se encuentre limitada por el ordenamiento jurídico. f) La conciliación es el resultado de una actuación que se encuentra reglada por el legislador.”² Deja claro la Corte Constitucional, la trascendencia de la conciliación como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos.

De gran importancia resulta dentro del campo jurisprudencial, lo pronunciado por la Corte Constitucional, cuando declaró inexecutable la parte final del artículo 23 de la Ley 640 de 2001 **“y ante los conciliadores de los centros de conciliación autorizados para conciliar en esta materia”**. Al respecto La Corte Constitucional en una de sus sentencias, consideró: *“Para la Corte el cargo está llamado a prosperar, pues en efecto las normas acusadas establecen una delegación permanente de la función de administrar justicia en los particulares, desconociendo flagrantemente el texto del artículo 116 de la Carta que expresamente autoriza al legislador para atribuirles dicha función pero en forma transitoria.*

Ciertamente, cuando el artículo 23 acusado alude a “los conciliadores de los centros de conciliación”, indudablemente se está refiriendo a un grupo determinado de individuos que tienen como función habitual actuar como conciliadores, toda vez que se trata de personas que por regla general deben ser abogados en ejercicio que habiendo acreditado la capacitación en mecanismos alternativos de solución de conflictos avalada por el Ministerio de Justicia y del Derecho, se inscriben ante un centro de conciliación y se encuentran, por ende, en continua disponibilidad de servir como conciliador (art. 6° de la Ley 640 de 2000)

Aparte de lo anterior, debe recordarse que por mandato del artículo 116 Superior la conciliación tiene un carácter esencialmente voluntario, porque son las partes las que, en cada caso en concreto, seleccionan en forma espontánea al particular que habrá de hacer las veces de conciliador, lo cual impide que, desde este punto

² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-160 del 17 de Marzo de 1999 M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell

de vista, se establezca una suerte de permanencia en el ejercicio de dicha función.”³ En tal razón, todo proceso contenciosos administrativo en las acciones de reparación directa y contractuales deben procurarse solucionar de manera previa con la ayuda de un conciliador autorizado, para el caso ante el Procurador Delegado.

Es importante culminar el presente capítulo con la decisión del Gobierno Nacional después de más de ocho años de crear los Juzgados Administrativos, mediante la expedición del Acuerdo 3321 de febrero 9 de 2006 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura. Lo anterior en cumplimiento a lo establecido en el artículo 63 de la ley 446 de 1998. En tal virtud son los Juzgados Administrativos los competentes para dar trámite a las homologaciones de las actas de conciliación remitidas por el Procurador Delegado ante esos Despachos. Es así como la creación de los Juzgados administrativos, fue una gran solución para descongestionar la justicia contenciosa administrativa en el País, lógicamente dándole mayor impulso a las homologaciones y a una mayor celeridad en el trámite mismo de las conciliaciones.

Al encontrarnos en la etapa final de esta investigación, fue sancionada por el Presidente de la República la Ley 1285 del 22 de enero de 2009, **“Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 “Estatutaria de la Administración de Justicia”** Ley que por ser estatutaria, requirió para su sanción de la revisión oficiosa de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, trámite que se adelantó en la Sala Plena de la Corporación el 15 de julio de 2008, a través de la expedición de la Sentencia C-713 de 2008, con ponencia de la Honorable Magistrado Clara Inés Vargas Hernández.

Entre otros aspectos fundamentales de esta última reforma, es la trascendencia que se le da a la figura de la conciliación, resaltándose lo contenido en el artículo 13 de la nueva Ley, disposición que por lo novedosa dentro de nuestra legislación es importante transcribirla:

“Artículo 13. Apruébase como artículo nuevo de la Ley 270 de 1996 el siguiente:

“Artículo 42A. Conciliación judicial y extrajudicial en materia contencioso-administrativa. A partir de la vigencia de esta ley, cuando los asuntos sean conciliables, siempre constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan, el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial.” Esta norma, permite recoger todo el desarrollo legal y jurisprudencial que sobre la conciliación se ha dado en Colombia y que es el

³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-893 del 22 de agosto del 2001 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

producto de una serie de concepciones que sobre la misma se ha establecido, donde algunas de ellas su tendencia ha sido a fortalecer la conciliación como requisito de procedibilidad, en tanto para otros no lo debe ser; incluso unas normas respaldadas por criterios jurisprudenciales consideran que la conciliación al tener el carácter de un acuerdo de voluntades, sería totalmente contrario el hecho de llevarla a consolidarla como un requisito de procedibilidad.

Con la expedición del artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, aparece una novedad, que consiste en introducir como requisito de procedibilidad la conciliación para interponer la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, sumándose a las contenidas en el artículo 37 de la Ley 640 de 2001 de las acciones de Reparación Directa y de Controversias Contractuales. Aquí considero importante recordar que el artículo 70 de la Ley 446 de 1998, incorporado por el artículo 56 del 1818 de 1998 (Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos) permitía la conciliación total o parcial, en las etapas prejudicial o judicial, a las personas jurídicas de derecho público, en los procesos de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y que se ejercen a través de las acciones contenidas en los artículos 85, 86, 87 del Código Contencioso Administrativo. Lo anterior permite precisar que desde 1998 el legislador autorizó la conciliación, sobre los conflictos ventilados a través de la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Reparación Directa y la Acción Contractual. Sin embargo lo fundamental de la reforma no esta solo en revivir la conciliación para la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, sino en llevarla a constituirse en requisito de procedibilidad para las acciones previstas en los artículo 85, 86 y 87 del C.C.A. lógicamente si los asuntos son susceptibles de conciliación. En otras palabras lo que era discrecional, hoy con la última reforma se vuelve de obligatorio cumplimiento para acceder a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en las acciones antes mencionadas.

Pasando rápidamente al campo jurisprudencial, no se puede dejar de lado lo manifestado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-713 de 2008, mediante la cual efectuó la revisión oficiosa de constitucionalidad al proyecto aprobado por el Congreso Nacional sobre la reforma de la Ley 270 de 1996 “*Estatutaria de la Administración de Justicia*” y que luego permitiera la sanción de la Ley 1285 del 22 de enero de 2009. Se destaca en este pronunciamiento de la alta Corte el recuento legal y jurisprudencial que se hace sobre la conciliación, lo cual de cierta manera y guardando las proporciones se ajusta al objeto esencial de este ensayo, que es darle la trascendencia a la figura de la conciliación.

Para tener una idea precisa, de cual fue en sí la concepción de la Corte Constitucional al momento de pronunciarse sobre el contenido del artículo 13 de la Ley 1285 de 2009 que modifica el artículo 42 de la ley 270 de 1996 “*Estatutaria de la Administración de Justicia*” es importante hacer una transcripción de uno de sus apartes, cuando manifestó: “ **5.- 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 CCA. 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 CCA.

En este último evento resulta razonable aceptar la exigencia de conciliación prejudicial, pues lo que se discute son intereses de contenido particular y subjetivo, generalmente de orden patrimonial, y no la legalidad o constitucionalidad en abstracto, que se ventila a través de la acción de simple nulidad (artículo 84 del Código Contencioso Administrativo) o de la acción de nulidad por inconstitucionalidad (art.237-2 de la Constitución Política). En consecuencia, la Corte declarará la exequibilidad o primero del artículo 13 del proyecto.”⁴ Con este pronunciamiento le da paso definitivo a la conciliación para constituirse en requisito de procedibilidad en materia contenciosa administrativa respecto a las acciones previstas en los artículos 85,86 y 87 del Código Contencioso Administrativo.

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-713 del 15 de Julio de 2008. M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández

2. FALTA DE CULTURA CONCILIADORA EN LAS ENTIDADES DEL ORDEN MUNICIPAL.

Para abordar este tema, es fundamental la oportunidad que personalmente se ha tenido desde la administración pública, específicamente desde un municipio de sexta categoría respecto a como se concibe la figura de la conciliación dentro de los procesos contenciosos administrativos en los cuales se encuentran involucradas dependencias locales, entidades públicas representadas por el alcalde municipal, con el fin de cumplir las funciones establecidas en la Constitución y la Ley, entre las cuales se resalta la representación judicial y extrajudicial. La pregunta inicial que se formula es ¿Sí se tiene una verdadera cultura por parte de los representantes legales de las entidades territoriales, sobre todo de menor categoría acerca de lo que representa la conciliación en los procesos donde su entidad se encuentra en un proceso contencioso administrativo? Para dar respuesta a este interrogante es necesario partir de la experiencia misma que desde ese campo se tiene, donde la mayoría de alcaldes de municipios de menor categoría, a aquellos a los cuales la ley 136 de 1994 y la ley 617 de 2000 los ubica como de cuarta, quinta y sexta categoría, no tiene conocimientos en el área del derecho, quedando sus decisiones subyugadas al criterio del asesor jurídico de turno que ha sido contratado por la entidad para representarlo judicialmente ante las diferentes instancias. El criterio generalizado de la mayoría de asesores jurídicos de los municipios es llevar el proceso “hasta las últimas consecuencias”, todo en procura de dilatar en el tiempo las consecuencia legales que de este se desprenden, pero sobre todo el pago de condenas económicas impuestas a la entidad territorial, producto de sentencias judiciales, que en ultimas terminan condenándola y con las connotaciones que implica la orden de medidas cautelares tales como el embargo de cuentas, las cuales si bien legal jurisprudencialmente no son susceptibles de tal gravamen las de destinación específica si lo son las de libre destinación y de recursos propios.

En la mayoría de procesos de reparación directa y de controversia contractual donde aparece como demandado el Estado en cabeza de un municipio, desde el inicio de la litis se tiene una visión objetiva de cual puede ser la decisión final, incluso por los hechos y pruebas que lo estructuran se puede fácilmente determinar que es la entidad publica la responsable de los daños o perjuicios ocasionados por su actuación a través de un servidor o ex servidor y que por lo tanto esta obligada a reparar el daño para el caso de la reparación directa (art. 86 del C.C.A) o a indemnizar para el contractual (ART. 87) ibidem); sin embargo y a pesar de tener la plena convicción de la responsabilidad del estado y en el afán prepotente de imponer la “autoridad estatal” se deja llevar por el irracional concepto que es mejor someterse a los rigores de un proceso judicial, no mostrando interés alguno conciliatorio y decide aferrarse a la decisión de un Juez,

que como es lógico de esperar va a declara responsable a la entidad pública y por ende condenatoria al pago de grandes sumas de dinero, situación que se pudo reducir en tiempo y en costo a través de una razonable y oportuna conciliación. Al respecto, considero importante transcribir algunos apartes del un informe de gestión presentado por el Procurado General de la Nación acerca de la falta de cultura y de conciencia que se tiene respecto a salvaguardar los recursos del estado dentro de los procesos. El jefe del Ministerio Público manifiesta: *“Uno de los escenarios que mayor preocupación genera a los órganos de control encargados de proteger el patrimonio público, lo constituye la afectación de este derecho colectivo ante las multimillonarias erogaciones patrimoniales efectuadas por entidades de derecho público, producto de acuerdos conciliatorios extrajudiciales y de sentencias condenatorias proferidas en contra de aquéllas, con ocasión de sus acciones u omisiones antijurídicas.*

Este panorama crítico cobra mayor trascendencia si se tiene en cuenta el crecimiento significativo de demandas judiciales entabladas contra organismos oficiales, que en un número considerable tienen una alta probabilidad de condena, no solo por la presencia de elementos probatorios que dan cuenta de un comportamiento antijurídico subyacente, sino por la deficiente defensa que en un elevado número de casos, se presenta por quienes tienen a su cargo la importante tarea de representar judicialmente los intereses de aquéllas entidades, como quiera que algunos organismos, a pesar de ser frecuentes demandados, continúan incurriendo en los errores y omisiones propios de los litigantes ocasionales, especialmente por la falta de contestación de las demandas, la no presentación de alegatos de conclusión, la ausencia de intervención en la práctica de las pruebas judiciales, la falta de contradicción de las mismas, así como el desconocimiento de los precedentes jurisprudenciales.

La información recopilada por el Ministerio del Interior y de Justicia da cuenta de la existencia de más de 65.000 demandas contra entidades del orden nacional, las cuales registran pretensiones cercanas a los 100 billones de pesos.

La dramática situación no es muy diferente en el escenario territorial, en tanto las gobernaciones, alcaldías y entes de estos mismos niveles, reportan miles de procesos en su contra en los que también aparecen elevadas pretensiones patrimoniales.

En cuanto al compromiso fiscal derivado de estas conciliaciones y condenas, debe resaltarse que en la década 1993-2003, el Estado sufragó 3.1 billones de pesos por tales aspectos y según informe del Banco Mundial basado en estudios de la Contraloría General de la República y la Contaduría General de la Nación, la responsabilidad contingente de la Nación viene en aumento y se podría predecir que para el año 2006 representará el 2% del producto interno bruto, con grave y

directa afectación de la inversión social.”⁵ Los datos hablan por si solos a nivel nacional y que decir de los que corresponden a entidades departamentales, municipales y del nivel descentralizado, donde no se tiene claro sobre la conveniencia de conciliar y si efectivamente le resulta favorable a los intereses de la administración.

Es normal encontrar funcionarios públicos con mentalidad según la cual es preferible esperar la decisión de la sentencia judicial que conciliar, con el fin de no comprometer recursos de la entidad, los cuales pueden servir para la ejecución de “grandes proyectos de inversión”. Tal posición es totalmente errada, puesto que es a través de la conciliación lo que lograría reducir el monto de la obligación a cargo de El Estado, lo cual beneficia al ente territorial de manera directa ahorrando como ya se dijo tiempo y costos e igualmente la permanente labor judicial que se tiene que afrontar ante Juzgados, Tribunales y ante el mismo Consejo de Estado.

Otro de los aspectos que lleva a desaprovechar las ventajas de la conciliación, es la concepción que se tiene acerca de la legalidad, en el sentido de que una vez logrado el acuerdo conciliatorio este es remitido al Juez Administrativo para efecto de su homologación; varios profesionales del derecho consideran que este paso no se requiere teniendo en cuenta que lo sustancial de la conciliación esta dado por la voluntad de las partes al momento de suscribir el acuerdo. Tal concepción hace que se desista de la posibilidad bien sea de conciliar antes de iniciar el proceso en la extrajudicial o dentro del mismo en tratándose de la judicial; sin embargo es necesario hacer énfasis en que todo proceso conciliatorio este ajustado al ordenamiento jurídico, pues de lo contrario se estaría actuando de manera antijurídica. De esto ha dicho el Consejo de Estado: “*El estado no puede reconocer por vía de conciliación liberalidades..... la conciliación administrativa debe estar precedida de un estudio jurídico comprensivo de las normas jurídicas del doctrina y la jurisprudencia*”⁶

Un aspecto que llama la atención es que una vez agotado el procedimiento de la conciliación a través de la notificación del auto que homologa el Juez Administrativo, la administración en su mayoría no cumple con los compromisos acordados en la audiencia de conciliación y al pasar del tiempo hace caso omiso de los mismos, incluso no se adelantan los ajustes presupuestales con el fin de asignar los recursos necesarios para tal efecto pese a que se aportan disponibilidades presupuestales vigentes y lo más grave es que los mandatarios locales al igual que sus asesores jurídicos como financieros pasan desapercibido el contenido del artículo 66 de la ley 446 que dispone: “ **El acuerdo conciliatorio**

⁵ MAYA VILLAZÓN, Edgardo José. El fortalecimiento de la gerencia jurídica pública como herramienta para la protección del patrimonio público. Bogotá, 2007. 10 p. Disponible en Internet: http://200.26.149.146/descargas/eventos/discurso_12122005_gestionjuridicapublica.doc

⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Auto del 30 de Septiembre del 1999. C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque.

hace tránsito a cosa juzgada y el acta de conciliación presta mérito ejecutivo”, esto lógicamente si contiene una obligación clara, expresa y exigible. Ante el incumplimiento de lo estipulado en la conciliación por parte de la administración, queda el particular en una condición privilegiada frente a la entidad pública, puesto que será a través de una acción ejecutiva el mecanismo expedito para hacer efectiva la obligación, lógicamente con las respectivas consecuencias que la norma prevé para estos casos. Esta actitud de los mandatarios locales es reiterativa en el incumpliendo de las obligaciones establecidas en acuerdos conciliatorios, llegando a concluir que al igual que en un proceso judicial se llega a un desgaste de la justicia, sumándose las consecuencias económicas mucho mas gravosas contra la entidad territorial; siendo importante tomar medidas drásticas contra los funcionarios que por su negligencia llevan al detrimento patrimonial del Estado.

Es entonces la actitud excesiva de cuidar los intereses de la administración por parte de los funcionarios estatales una de las grandes fallas dentro los procesos de conciliación, impidiendo el logro oportuno de los acuerdos justos y equitativos en donde no se puede pasar por alto la parte afectada. Esto conlleva a repensar en la concepción ideológica que deben tener los funcionarios públicos respecto a la conciliación, de lo contrario todo ese ordenamiento jurídico que permanentemente se ha renovado en procura de darle mayor eficiencia a la administración de justicia a través de la implementación de mecanismos alternativos de solución de conflictos como el gran desarrollo jurisprudencial sería infructuoso.

3. IMPLEMENTACION Y APLICACIÓN DE VERDADEROS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCION DE CONFLICTOS EN LOS MUNICIPIOS.

Con base en las normas constitucionales y legales, como en la jurisprudencia y la doctrina desarrolladas en el ámbito de la legislación colombiana específicamente de la Jurisdicción Contencioso Administrativa respecto a la conciliación, como un mecanismo que no solo sirve para descongestionar los despachos judiciales sino que permite encontrar una manera más eficaz para solucionar los conflictos, como el Dr. PALACIOS HINCAPIE la considera: “ *El carácter eficaz de la justicia sólo se obtiene con la existencia de mecanismos y procedimientos ágiles en cada momento en que haya de solucionarse un conflicto, atendiendo a las circunstancias de la comunidad*”.⁷ Por lo tanto no es el hecho de contar con una legislación, si lo fundamental es llevarla al plano de la realidad, volviéndola asequible tanto a la administración como a los particulares; de lo contrario estaríamos avocados a continuar con las mismas fallas ya identificadas y con las consecuentes repercusiones en contra de las entidades públicas locales. Siendo necesario construir una concepción más práctica no solo de la conciliación sino de otros mecanismos alternativos de solución de conflictos.

En este proceso juega un papel fundamental, las administraciones locales, que se dedican a otras cosas menos a afrontar con seriedad y objetividad las demandas que se formulan en su contra y donde los particulares acuden bien sea en acción de reparación directa o en las de controversia contractual y que como consecuencia terminan condenadas, afectando directamente los interés de la entidad pública. De allí que surge la necesidad de hacer más eficiente y eficaz la gestión pública judicial, siendo necesario adelantarse acciones y que vendrían a ser parte de la solución del problema planteado sobre la fallas de la conciliación en los procesos contenciosos administrativos donde interviene como demandados los municipios de Nariño, entre estas acciones sería importante las siguientes:

- Diseñar e implementar modelos de buenas prácticas de gestión en lo público, a través de los cuales se prevenga la causación de daños antijurídicos que generen responsabilidad patrimonial al Estado, tanto en materia administrativo-laboral como en asuntos contractuales y extracontractuales, por la acción u omisión de las autoridades públicas y sus agentes.
- Optimizar la capacidad de las entidades públicas para actuar en tales procesos judiciales, a través de una seria, planificada y rigurosa estrategia de defensa litigiosa.

⁷ PALACIOS INCAPIE, Juan Ángel. La conciliación en materia contencioso administrativa; Segunda edición. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez, 2001.

- Emplear por parte de los funcionarios competentes, las acciones de repetición y el llamamiento en garantía con fines de repetición, como mecanismos útiles para la recuperación de los recursos que las entidades públicas han tenido que erogar patrimonialmente, debido al actuar doloso o gravemente culposo de sus agentes.
- Implementar sistemas de información que permitan el monitoreo de la actividad litigiosa y de la gestión jurídica de los abogados a cargo de la representación judicial de los municipios.
- Capacitar y especializar el recurso humano a cargo del municipio sobre los mecanismos y procedimientos de la conciliación y otros mecanismos alternativos de solución de conflictos.
- Implementar mecanismos internos que eviten la mora en el pago de sentencias condenatorias y de conciliaciones extrajudiciales, dada la frecuente ausencia de apropiaciones presupuestales para el cumplimiento de tales obligaciones. Fortaleciendo el rubro de sentencias y conciliaciones.
- Poner en funcionamiento los Comités de Conciliación, en municipios diferentes a los de capital de departamento en cumplimiento del parágrafo 1º del decreto 1214 de 2000
- Asumir con mayor compromiso institucional por parte de los comités de conciliación, con el fin de obtener una mayor eficacia y descongestión real de los despachos judiciales, mediante el uso de la conciliación y de la transacción.

A lo anterior se suma la necesidad de la capacitación en las temáticas propias de la gerencia jurídica pública, es decir en materias tales como la acción de repetición y el llamamiento en garantía desde la óptica sustantiva y disciplinaria, la conciliación en controversias contencioso administrativas y la prevención del daño antijurídico en materia contractual. Igualmente la implementación y desarrollo de estrategias en las áreas de investigación académica, con el propósito preventivo antes descrito, que incluya la puesta en marcha de mecanismos alternativos de solución de conflictos en materia contencioso administrativo.

Es fundamental crear una concepción precisa de la conciliación en la mentalidad de tanto de funcionarios como de particulares, en el sentido de considerarla como mecanismo alternativo que permite tener ciertas ventajas frente al proceso judicial que se adelanta en la jurisdicción contencioso administrativa, cuya finalidad es lograr solucionar de manera rápida los conflictos, logrando un acuerdo a satisfacción de las partes, sin imposiciones, sin vencedores ni vencido. Al respecto el Dr. HENAO PEREZ en una de sus obras de Derecho Administrativo sostiene “*Sí*

*jurídicamente la entidad observa que le asiste la razón a su contraparte, y que dicha razón es avalada por el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia, no tiene sentido provocar un proceso o insistir en el”.*⁸

Es casi obligatorio adentrarse en las múltiples consideraciones de la Corte Constitucional, para tener una concepción clara de la conciliación. “La sentencia C-160 del 17 de marzo de 1999, permite determinar ciertas características de la conciliación. De allí que se hace imprescindible transcribir al menos ciertos apartes de la mencionada sentencia”⁹

“Como caracteres esenciales que forman la conciliación se destacan los siguientes:

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

b) La conciliación constituye una actividad preventiva, en la medida en que busca la solución del conflicto antes de acudir a la vía procesal o durante el trámite del proceso, en cuyo caso no se llega al resultado final normal de aquél, que es la sentencia. En este último evento, se constituye en una causal de terminación anormal del proceso.

c) La conciliación no tiene en estricto sentido el carácter de actividad judicial ni da lugar a un proceso jurisdiccional, porque el conciliador, autoridad administrativa o judicial, o particular, no intervienen para imponer a las partes la solución del conflicto en virtud de una decisión autónoma e innovadora. El conciliador simplemente se limita a presentar fórmulas para que las partes se avengan a lograr la solución del conflicto, y a presenciar y a registrar el acuerdo a que han llegado éstas; el conciliador, por consiguiente, no es parte interesada en el conflicto y asume una posición neutral.

d) La conciliación es un mecanismo útil para la solución de los conflictos, porque: 1) ofrece a las partes involucradas en un conflicto la posibilidad de llegar a un acuerdo, sin necesidad de acudir a la vía del proceso judicial que implica demora, costos para las partes y congestión para el aparato judicial; 2) constituye un mecanismo alternativo de administración de justicia que se inspira en el criterio pacifista que debe regir la solución de los conflictos en una sociedad; 3) es un

⁸ HENAO PEREZ, Juan Carlos. La Conciliación en el Derecho Administrativo, Ministerio de Justicia y del Derecho. Programa para la Modernización de la Administración de Justicia. FES-AID. Bogotá 1996.

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Op cit, 18 p.

instrumento que busca lograr la descongestión de los despachos judiciales, asegurando la mayor eficiencia y eficacia de la administración de justicia, pues éstas se aseguran en mayor medida cuando a la decisión de los jueces sólo se someten las causas que están en capacidad de resolver oportunamente y sin dilaciones.

e) La conciliación tiene un ámbito que se extiende a todos aquellos conflictos susceptibles, en principio, de ser negociados, o en relación con personas cuya capacidad de transacción no se encuentre limitada por el ordenamiento jurídico. En tal virtud, bien puede éste señalar los casos en los cuales válidamente se puede restringir la facultad de conciliar. Naturalmente, no debe confundirse la institución de la conciliación, con el contrato de transacción de estirpe estrictamente privada, que se gobierna por reglas especiales.

f) La conciliación es el resultado de una actuación que se encuentra reglada por el legislador en varios aspectos, tales como: las autoridades o sujetos competentes para intervenir en la actividad de conciliación y las facultades de las cuales disponen; las clases o tipos de conciliación admisibles y los asuntos susceptibles de ser conciliados; las condiciones bajo las cuales se pueden presentar peticiones de conciliación; los trámites que deben sufrir dichas peticiones; la renuencia a intentarla y las consecuencias que se derivan de ello; la audiencia de conciliación, la formalización del acuerdo total o parcial entre las partes o la ausencia de éste y la documentación de lo actuado.

El artículo 116 de la Constitución en forma excepcional autoriza a los particulares para que puedan ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, y dentro de los límites que determine la ley.

La preocupación de la Asamblea Nacional Constituyente por crear un sistema alterno al de la jurisdicción, informalista, ágil, eficaz, eficiente, y menos costoso dio como resultado, que en la mayoría de los proyectos presentados en su seno, con relación al tema de la administración de justicia, se tomaran en cuenta, las previsiones necesarias con el fin de legitimar constitucionalmente la justicia impartida por árbitros y conciliadores.

Conviene observar que la mencionada disposición califica la actividad de conciliación como función de administrar justicia, no obstante que, como se dijo antes, ella no corresponde en sentido estricto a este tipo de función. Sin embargo, la referida calificación podría explicarse bajo la perspectiva de que aquella institución comporta una forma de composición de un conflicto jurídico, que por sus efectos y resultados prácticos se equipara a la solución que resulta del pronunciamiento de la sentencia, luego del trámite procesal correspondiente. De

ahí que en nuestro ordenamiento jurídico tradicionalmente se le haya dado a la conciliación el efecto de cosa juzgada.”

Postulados de tal magnitud son los que deben servir de base para sustentar una concepción clara de la implementación de unos verdaderos mecanismos alternativos para la solución de conflictos. Fundamentos doctrinales y jurisprudenciales que se convierten en herramientas tanto para funcionarios como para asesores de las entidades públicas municipales en materia de conciliación en la Jurisdicción Contencioso Administrativa y que deben ser tenidos en cuenta al momento de sopesar, si es preferible afrontar un proceso judicial o por el contrario llegar a un acuerdo y hacer uso efectivo de la conciliación.

A la fecha de acuerdo al régimen disciplinario para los profesionales del derecho, se establece el deber de prevenir litigios innecesarios, inocuos o fraudulentos y facilitar los mecanismos alternativos de solución de conflictos y el artículo 30 de la ley 1123 de 2007, confirma lo anterior de la siguiente forma:

Artículo 38. Son faltas contra el deber de prevenir litigios y facilitar los mecanismos de solución alternativa de conflictos:

- a. Promover o fomentar litigios innecesarios, inocuos o fraudulentos.
- b. Entorpecer los mecanismos de solución alternativa de conflictos con el propósito de obtener un lucro mayor o fomentarlos en su propio beneficio.

4. CONCLUSIONES

La aplicación del mecanismo alternativo de solución de conflictos, en éste caso la conciliación en el ámbito del derecho contencioso administrativo, destacándose la modalidad extrajudicial, permite señalar la necesidad de construir una nueva cultura ante el sistema judicial colombiano, proceso que contiene características especiales diferentes a las otras ramas del derecho, relacionados con un sistema en el que la estructura legal determina un conciliador determinado como lo es el ministerio público y con una instancia especial en el trámite, constituida por los juzgados contencioso administrativo y en el caso de conciliación extrajudicial: los jueces administrativos.

La reflexión temática requiere de diversas aproximaciones contenidas en los diversos capítulos integrantes del estudio que se constituyen en argumentos puntuales que me permito presentar de manera expresa:

- La conciliación tanto judicial como extrajudicial se ha convertido en un medio para descongestionar los despacho judiciales, dejando atrás los procesos judiciales que solo conllevan a desgaste de la administración de justicia y a encontrar al Estado patrimonialmente responsable, ordenando el pago de condenas exageradamente onerosas que afectan directamente el erario público de los municipios.
- Es indiscutible la evolución legal y jurisprudencial en materia de conciliación en la Jurisdicción Contencioso Administrativa en Colombia, permitiendo un ejercicio legal, eficiente en el marco del Estado Social y Democrático de derecho, permitiendo determinar lo que es procedente conciliar, evitando incurrir en actos antijurídicos y dolosos al momento de conciliar. Cabe agregar la importancia de la figura de la interrupción de los términos de caducidad de la acción en tanto se dure la etapa del tramite conciliatorio; aspecto muy coherente con el verdadero espíritu del mandamiento constitucional y legal de la conciliación en materia contenciosa administrativa.
- Una de las grandes fallas de la conciliación en los municipios sobre todo de menor categoría en demandas contenciosas administrativas es la falta de una concepción concreta de la importancia de las ventajas de la conciliación y de llevar al plano de realidad uno de los más eficientes de mecanismos alternativos de solución de conflictos. Se suma la falta de preparación del personal y de los asesores jurídicos, en temas tan fundamentales como los tratados, quienes por prepotencia profesional de mostrar resultados llevan a la administración a someterse a los rigores del proceso judicial, cuyos resultados

no son más que elevar los costos de un proceso que se pudo haber aminorado por el uso oportuno del acuerdo entre las partes. De igual manera conllevando al congestión en los despachos judiciales.

- A lo anterior se agrega la falta de capacitación a los funcionarios públicos, sobre aspectos fundamentales en materia de responsabilidad en el ejercicio de sus funciones y de las consecuencias jurídicas que sobreviene por su incumplimiento, donde la Acción Constitucional de Repetición permite al Estado en caso de ser condenado patrimonialmente por la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario a repetir contra éste, incluyendo los pagos que el Estado realiza por concepto de conciliación.
- Es de gran apoyo para enmendar las fallas de algunos profesionales del derecho, lo establecido para los abogados en la Ley 1123 de 2007, Régimen Disciplinario de los Profesionales del Derecho, que contempla la obligación que tiene los abogados de prevenir los litigios innecesarios, inocuos o fraudulentos, conllevando incluso a sancionar disciplinariamente a quien inobserve esta clase de eventos que afectan directamente los intereses patrimoniales. Reafirma la tendencia que permita facilitar los mecanismos de solución alternativa de conflictos. .
- Los informes de las entidades de control, muestran como las condenas proferidas por los juzgados y tribunales contra las entidades territoriales, al igual que con las nacionales en los procesos contenciosos han resultado de incalculables valores, afectando directamente las escasas finanzas de municipales. Esta información a nivel regional se encuentra establecida en el Observatorio de Justicia del Centro de Investigaciones Socio Jurídicas de la Universidad de Nariño.
- Dentro del trámite de la conciliación extrajudicial es fundamental la remisión de la respectiva acta por parte del Procurador Delegado al Juez Administrativo para efectos de homologación del acuerdo conciliatorio. Esta modalidad permite que la conciliación se blinde de cualquier actuación dolosa que pueda existir al momento de asumir los compromisos sobre todo en lo que corresponde a las entidades públicas, resaltando los efectos legales de conciliación, cuya acta presta mérito ejecutivo y tránsito a cosa juzgada.
- Un aporte importante que se puede hacer a través del presente ensayo, es que para evitar la gran cantidad de conciliaciones fracasadas en los despachos de los Procuradores Delegados, se requiere que estos cargos sean desempeñados por profesionales del derecho con especialización en el área administrativa y en mecanismos alternativos de solución de conflictos. Preparación específica que si se impone para los conciliadores ante centros de conciliación aprobados por el Ministerio del Interior y de Justicia, dicha preparación debe tener mayor énfasis en el área pública.

- Es fundamental y con carácter urgente la conformación de los Comités de Conciliación en los municipios de Nariño, el cual debe estar integrado por funcionarios que tengan responsabilidad en las decisiones de la administración, conjuntamente con sus asesores. Esto permite a las administraciones municipales contar con una instancia que le permita entre otras cosas las siguientes: prevenir del daño antijurídico, defender los intereses de la administración local y decidir sobre la procedencia de la conciliación o cualquier otro medio alternativo de solución de conflictos.

BIBLIOGRAFÍA

CONSEJO DE ESTADO, Jurisprudencia Sección Tercera. Expediente No.12.854 del 22 de mayo de 1997. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Auto del 30 de Septiembre del 1999. C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-160 del 17 de Marzo de 1999 M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-893 del 22 de agosto del 2001 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-713 del 15 de julio d 2008 M.P. Clara Ines Vargas Hernández.

HENAO PEREZ, Juan Carlos. La Conciliación en el Derecho Administrativo, Ministerio de Justicia y del Derecho. Programa para la Modernización de la Administración de Justicia. FES-AID. Bogotá 1996.

Ley 23 de 1991. “Por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los Despachos Judiciales, y se dictan otras disposiciones”

Ley 446 de 1998. “Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la Justicia” Decreto No. 1818 de 1998. “Por medio del cual se expide el Estatuto de los Mecanismos alternativos de solución de conflictos”

Ley 640 de 2001. “Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones”.

Ley 1285 de 2009. “Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatuaria de la Administración de Justicia”

MAYA VILLAZÓN, Edgardo José. El fortalecimiento de la gerencia jurídica pública como herramienta para la protección del patrimonio público. Bogotá, 2007. 10 p. Disponible en Internet:

PALACIOS HINCAPIE, Juan Ángel. La conciliación en materia contencioso administrativa; Segunda edición. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez, 2001.

PALACIOS HINCAPIE, Juan Ángel. Derecho procesal administrativo; Sexta edición. Medellín: Librería Jurídica Sánchez, 2006.

NETGRAFÍA

Disponible en:

http://200.26.149.146/descargas/eventos/discurso_12122005_gestionjuridicapublica.doc