

CONCILIACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

**SANDRA VIVIANA JAMUNDINO BENAVIDES
LADDY VIVIANA ESCOBAR USAMAG
JORGE ANDRÉS FREYRE BERNAL
ESTEBAN JAVIER PALACIOS LEÓN
DIANA MARILYN GOYES CAMUÉS
LORENA VÁSQUEZ CALVACHE**

**DOCENTE
HARBAY PEÑA SANDOVAL**

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
ESPECIALIZACIÓN EN INSTITUCIÓN JURÍDICO PROCESALES
PASTO
2017**

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como propósito presentar a las instituciones que forman parte del Sistema Nacional de Conciliación y comunidad en general, un panorama y análisis de la oferta y gestión de conciliación en el campo del derecho administrativo, en la ciudad de Pasto, durante el periodo comprendido entre los años 2013 a 2016.

¿QUÉ ES LA CONCILIACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO?

En materia contencioso administrativa, con la entrada en vigencia de la Ley 1285 de 2009, la conciliación se ha reducido a un requisito de procedibilidad que las partes deben agotar so pena de que la demanda sea inadmitida y/o rechazada, la cual en el evento de finiquitarse con éxito debe ser sometida a la aprobación del funcionario judicial competente, convirtiéndose así en un complejo trámite que contradice la naturaleza negocial de la conciliación como un método alternativo de solución de conflictos. Al respecto, cabe mencionar que la Corte Constitucional en sentencia C – 417 de 2002, indicó que la ley no podía atribuirle a la conciliación el carácter de requisito de procedibilidad, en tanto no se puede obligar a los ciudadanos a conciliar sus diferencias, por el contrario, lo que la ley hace es obligar a las partes a que intenten conciliar su conflicto antes de acudir a la justicia, con lo cual se conserva el carácter consensual de la conciliación; además, aclaró que si bien dicha distinción podría lucir aparentemente irrelevante, una interpretación en tal sentido partiría de una concepción simplista y equivocada del proceso de conciliación, advirtiendo también que **“la distinción entre la conciliación como acuerdo y el intento de conciliación como proceso es entonces decisiva, pues esa diferencia muestra que no hay nada de contradictorio en defender el carácter autocompositivo y voluntario de la conciliación con la posibilidad de que la ley imponga como requisito de procedibilidad que las partes busquen llegar a un acuerdo”**.

Ahora bien, la conciliación extrajudicial únicamente puede llevarse a cabo ante los Agentes del Ministerio Público, requisito que aunque pudiera pensarse que es una limitante para el acceso a la administración de justicia, en palabras de la Corte Constitucional, corresponde a la necesidad de proteger los intereses patrimoniales del Estado lo cual **“implica una intervención mayor del conciliador con el fin de proteger el interés general, la legalidad del proceso y los derechos fundamentales”**¹; además, debe efectuarse dicho trámite a través de abogado, exigencia frente a la cual la Corte Constitucional en Sentencia C – 033 de 2005 explicó que la presencia de un abogado que asistiera a cada una de las partes, garantizaba la prosperidad del acuerdo en términos justos, habida cuenta que el usuario se encontraba en una situación de desventaja frente a las entidades del sector público con quienes debía conciliar, en tanto que éstas necesariamente comparecían a través de sus representantes legales o abogados, mientras que el particular, eventualmente, desconocía los elementos jurídicos requeridos para la negociación.

Es de anotar que, a través del Decreto 1716 de 2009 se reguló el tema de la conciliación extrajudicial en materia contencioso administrativo, estableciendo que los asuntos de carácter tributario, aquellos en los que la acción hubiere caducado y los relacionados con los procesos ejecutivos de los que trata el art. 75 de la Ley 80 de 1993, no son susceptibles de conciliación extrajudicial; tratándose de acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, la conciliación solo tendrá

¹ Sentencia C – 1195 de 2001

lugar cuando no sea necesario agotar la vía gubernativa, o cuando ésta se hubiera surtido en debida forma.

El decreto en comento también habilita a los conciliadores para solicitar el aporte de pruebas, o la complementación de las que se hubieran allegado, con el fin de establecer los presupuestos de hecho y de derecho para la conformación del acuerdo conciliatorio; y en desarrollo de la conciliación, el agente del Ministerio Público está habilitado para dejar constancia de su postura frente al acuerdo logrado cuando no esté de acuerdo, siempre que el disenso obedezca a que el convenio resulte lesivo para el patrimonio público, contrario al ordenamiento jurídico, o porque no existen las pruebas en que se fundamenta.

Y finalmente, el Decreto 1716 de 2009 establece la obligación que tiene el procurador judicial de remitir dentro de los 3 días siguientes a la celebración de la audiencia, el acta de conciliación, junto con el respectivo expediente al juez competente para su aprobación.

Características de la conciliación en la jurisdicción contencioso administrativo:

- Las partes pueden desistir del acuerdo conciliatorio mientras éste no haya sido aprobado judicialmente.
- El auto que imprueba una conciliación prejudicial no tiene efectos de cosa juzgada, pues dichos efectos sólo se reputan del acta de conciliación debidamente aprobada.

El acta de conciliación, junto con el respectivo auto aprobatorio constituye un título ejecutivo complejo, por lo que las pretensiones que se deriven del cumplimiento de un acuerdo conciliatorio deben tramitarse en un proceso ejecutivo.

- Las actas de conciliación, a diferencia de una sentencia judicial, requieren de protocolización ante notario mediante escritura pública cuando versen sobre bienes sujetos a registro².

Ventajas de la conciliación extrajudicial en asuntos de la jurisdicción contencioso administrativo:

- Ahorro patrimonial para el Estado en su múltiple dimensión de litigante, juez, Ministerio Público y, eventualmente, condenado.
- Ahorro patrimonial para el particular demandante, que incurre en menos gastos al obtener la pronta y certera solución del conflicto;
- Protección pronta de los derechos de los administrados, que obtienen una solución del conflicto que consideran satisfactoria³;
- Evita incertidumbre jurídica que implica saber que el litigio será decidido muchos años después de instaurada la demanda, en un contexto en el que no existe certeza plena respecto de temas trascendentales como la jurisdicción, la escogencia de las acciones, el término de caducidad de

²Sentencia C-1195 de 2001, declaró la exequibilidad de las disposiciones de la Ley 640 de 2001 que regulaban la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad.

³Revista digital de Derecho Administrativo, n.º 4, segundo semestre/2010, pp. 57-76

las acciones, las pruebas que deben obrar en el proceso para obtener sentencia estimatoria, entre otros;

- Brinda tranquilidad a los funcionarios públicos comprometidos en el acuerdo conciliatorio, en tanto éste cuenta con un control judicial de legalidad estricto y automático.

DESCRIPCIÓN DE LA METODOLOGÍA

El grupo de trabajo acudió a las procuradurías judiciales delegadas para asuntos administrativos grados I y II para diligenciar la matriz de datos correspondientes, y además a los juzgados administrativos del circuito de la ciudad de Pasto y al Tribunal Administrativo de Nariño para la complementación de los datos con la cifra de las conciliaciones sometidas a su aprobación, tal y como a continuación se expone:

Entidad				Funcionario/conciliador
Procuraduría Administrativa de Pasto	96	Judicial	I	Mónica Rodríguez Díaz
Procuraduría Administrativa de Pasto	95	Judicial	I	Carlos Federico Ruiz López
Procuraduría Administrativa de Pasto	207	Judicial	I	Álvaro Hernán Benavides Solarte
Procuraduría Administrativa de Pasto	156	Judicial	II	Aida Elena Rodríguez Estrada
Procuraduría Administrativa de Pasto	36	Judicial	II	Ingrid Paola Estrada Ordoñez
Procuraduría Administrativa de Pasto	35	Judicial	II	Diego Fernando Burbano Muñoz
Juzgado Primero del Circuito de Pasto	Administrativo	del		José Gabriel Ortiz
Juzgado Segundo del Circuito de Pasto	Administrativo	del		Adriana Cervantes Alomía
Juzgado Tercero del Circuito de Pasto	Administrativo	del		Marco Antonio Muñoz
Juzgado Cuarto del Circuito de Pasto	Administrativo	del		Javier Oswaldo Uscategui
Juzgado Quinto del Circuito de Pasto	Administrativo	del		Adriana Bravo
Juzgado Sexto del Circuito de Pasto	Administrativo	del		Mario Andrés Canal
Juzgado Séptimo del Circuito de Pasto	Administrativo	del		Adriana Lucía Chaves
Juzgado Octavo del Circuito de Pasto	Administrativo	del		Jorge Andrés López
Juzgado Noveno del Circuito de Pasto	Administrativo	del		Omar Bolaños Ordoñez

Tribunal Administrativo de Nariño y Putumayo	Beatriz Isabel Melodelgado Pabón Ana Beel Bastidas Pantoja Sandra Lucía Ojeda Paulo León España Álvaro Montenegro Calvachy Gloria Álvarez
--	--

RESULTADOS

Los datos fueron recolectados en 6 procuradurías, 9 juzgados administrativo del circuito y el Tribunal Administrativo de Nariño, en la ciudad de San Juan de Pasto, para el periodo 2013-2016.

Número de operadores de la conciliación	6
Ubicación operadores de la conciliación	Cra 25 No. 17 – 49 Edificio de la Beneficencia
Número de casos tramitados	5370
Número de casos conciliados	747
Número de casos con asuntos no conciliables	200
Número de casos con inasistencia de las partes	430
Número de casos con constancia de no acuerdo	3570
Número de casos con otro resultado	423
Conflictos más comunes	De los 747 asuntos conciliados, los más comunes son las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, que equivalen a 423 asuntos; luego estarían las acciones de reparación directa que equivalen a 188; y luego los procesos de índole contractual que equivalen a 83 asuntos.

Análisis de la oferta y gestión de los operadores

En la ciudad de San Juan de Pasto están asignados 6 procuradores, 3 de ellos grado I, y los 3 restantes grado II, cuya competencia comprende el conocimiento de las controversias presentadas en todo el Departamento de Nariño; estos operadores entre los años 2013 a 2016 atendieron 5370 solicitudes de conciliación, luego por año en promedio atendieron 1342,5 asuntos, es decir, que cada procurador en promedio conoció 223,75 solicitudes, las cuales evidencian el despliegue de un esfuerzo por cada uno de los operadores, en la medida en que la presentación de cada solicitud apareja un estudio profundo, cualificado y detallado toda vez que la conciliación en materia contencioso administrativa es tan exigente y rigurosa que, de hecho, la sola emisión de una constancia de que el asunto

sometido a su conocimiento no es conciliable requiere un estudio minucioso, verbigracia, la configuración del fenómeno de la caducidad en un determinado proceso, en algunos eventos, requiere un análisis detenido, pues la misma jurisprudencia de los tribunales y del Consejo de Estado no es pacífica a la hora de determinar a partir de qué momento debe contarse la caducidad de la acción.

Bajo esas consideraciones, en el periodo antes señalado, los procuradores de la ciudad de Pasto emitieron 200 constancias de asuntos no conciliables, las cuales representan un promedio de 50 por año, y un equivalente a 8.3 por operador.

Teniendo en cuenta que de las 5370 solicitudes recibidas por los procuradores de la ciudad de Pasto, 200 corresponden a asuntos no conciliables, se tiene que 5170 solicitudes se llevaron efectivamente hasta las audiencias de conciliación, de las cuales 14,5% finalizaron con éxito, esa cifra tan reducida es una evidencia de la rigurosidad de la conciliación en materia administrativa, y una clara demostración de que dicha figura como requisito de procedibilidad no funciona en la práctica, pues los ciudadanos únicamente acuden a estos operadores para agotar un trámite, con lo cual pierde credibilidad y efectividad un mecanismo de solución de conflictos como lo es la conciliación.

Ahora bien, de las 5170 audiencias de conciliación programadas, 430 no se realizaron por la inasistencia de las partes, cifra que es incluso más elevada que las constancias de asuntos no conciliables, lo cual demuestra la desidia de las partes para conciliar.

Además, de esas 5170 audiencias de conciliación programadas, el 69% fracasaron por la falta de ánimo conciliatorio de las partes, dato que ratifica la ineficacia de la conciliación en materia contencioso administrativa.

De otro lado, teniendo en cuenta que en promedio, por año, un conciliador atiende 8 asuntos, y que los procuradores judiciales atienden por año, en promedio, un total de 223,75 solicitudes, al comparar dichas cifras queda claro que las procuradurías tienen una carga laboral excesiva, máxime, cuando deben atender otras funciones asignadas por la ley en el trámite de los procesos judiciales – presentación de conceptos-, concluyendo entonces que la oferta no es suficiente puesto que se necesitan más procuradores judiciales.

Entretanto, de las 747 conciliaciones surtidas ante los procuradores que fueron sometidas a la aprobación de las autoridades judiciales competentes en el periodo 2013 a 2016, 547 resultaron aprobadas, y 200 de ellas improbadas, lo cual significa que si bien la mayoría de conciliaciones fueron aprobadas, esas 200 que no se aprobaron se traducirían en demandas de tipo ordinario que ingresarían al conocimiento de los jueces administrativos, y por consiguiente, engrosan las cifras de congestión judicial que es tan significativa en esta área.

RECOMENDACIONES

El contexto en asuntos contencioso administrativos, se caracteriza por una dramática congestión de la Jurisdicción Contenciosa, un elevado número de litigios en todas las áreas del Derecho Administrativo y unas escandalosas cifras en lo que respecta a las demandas y a las condenas contra el Estado. A manera de ejemplo puede advertirse que la Sección Tercera del Consejo de Estado – principalmente dedicada a resolver los asuntos contractuales y de reparación directa- tiene más de 10.000 procesos ordinarios represados.

En el departamento de Nariño, observamos una realidad similar, de las conciliaciones extrajudiciales realizadas, tan solo el 14.5% termina con acta de acuerdo, entre otros factores por los siguientes:

- Temor infundado de parte de las entidades públicas en efectuar una conciliación extrajudicial, por las posibles investigaciones de tipo disciplinario y fiscal en que pueden incurrir por detrimento de la integridad de las finanzas del Estado y la confianza de los ciudadanos en el uso adecuado de sus tributos, en los casos donde el litigio comprometa recursos del erario público, desconociendo que el juez administrativo es quien debe velar porque la conciliación respete la ley y no resulte lesiva para el patrimonio público, por lo que, hasta tanto no se produzca la aprobación judicial, la conciliación no produce ningún efecto, y por consiguiente, las partes pueden desistir o retractarse del acuerdo logrado, no pudiendo por tanto el juez impartirle aprobación u homologarla cuando media manifestación expresa o tácita de las partes.
- Inoperancia de los Comités de conciliación en las entidades públicas, pues debe tenerse en cuenta que los comités de conciliación, de conformidad con el artículo 16 del Decreto 1716 de 2009, son “una instancia administrativa que actúa como sede de estudio, análisis y formulación de políticas sobre prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la entidad”, quienes deben participar y decidir sobre la procedencia de la conciliación u otro mecanismo alternativo de solución, buscando siempre salvaguardar el patrimonio público; sin embargo, aunque las entidades públicas cuentan con la conformación y adopción de dicho comité, se evidencia su ineficacia en la participación de decisiones adoptadas como estrategias judiciales.
- Falta de planificación de las entidades públicas en el presupuesto de ingresos y gastos destinados a las contingencias judiciales, situación que impide surtir satisfactoriamente los procesos de conciliación, puesto que en el caso de llegar a un acuerdo, las entidades demandadas no contarían con las apropiaciones presupuestales para su cumplimiento, resultando ineficaz el acuerdo.

- Falta de capacitación en las entidades públicas, respecto a los beneficios de un acuerdo conciliatorio.
- Excesivo formalismo para habilitar la procedencia de la conciliación en la jurisdicción contencioso administrativa.
- Carga laboral excesiva de los procuradores judiciales.

En ese contexto, a juicio del grupo de trabajo deben seguirse las siguientes recomendaciones:

- Eliminar la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, en la jurisdicción contencioso administrativo, observamos que las entidades públicas acuden a esta instancia solo como instancia para cumplir un requisito formal, sin ánimo conciliatorio, generando la inoperancia de la figura, y la congestión.

En gracia de discusión, si se mantiene la conciliación como requisito de procedibilidad, para dotar de herramientas que garanticen la eficacia de este mecanismo en el área contencioso administrativa, es necesario:

- Fortalecer los procesos de articulación entre de Defensa Jurídica del Estado, y los entes de control, en programas de capacitación y formación al servidor público, respecto a los lineamientos legales y jurisprudenciales sobre la conciliación judicial y extrajudicial en lo contencioso administrativo, así como que los funcionarios encargados de adelantar la defensa judicial de las mismas, conozcan los aspectos más relevantes decantados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, relativos a la conciliación judicial y extrajudicial en materia contencioso administrativa, para que de esta manera, por iniciativa de la propia Administración, se fortalezca la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos e instrumento clave para lograr cambios en la cultura de litigiosidad.
- Crear mecanismos que permitan la activación de los comités de conciliación de las entidades públicas, brindándoles herramientas que les permitan participar activamente como órgano de decisión, respecto a la viabilidad a acuerdos conciliatorios; sería de gran utilidad, por ejemplo, que estos comités estén formados por los representantes legales de las entidades, los asesores jurídicos, pero además, por los funcionarios con capacidad de decisión sobre el presupuesto de la respectiva entidad.

- Observando el número de solicitudes de conciliación, concluimos, inicialmente, que hacían falta más procuradores judiciales para el área contencioso administrativa, sin embargo, el ínfimo número de conciliaciones que terminan con acuerdo, mismo que debe someterse al control judicial para su aprobación, sugiere el fracaso de la conciliación en este campo, de ahí que en lugar de invertir recursos para más cargos de procuradores judiciales que ganan altos salarios, se debería ofrecer una respuesta de emergencia eliminando la conciliación como requisito de procedibilidad, para que solamente acudan a ella los que verdaderamente estén interesados en conciliar; a esto debe sumarse el no despreciable número de constancias de inasistencia expedidas, y en cambio, invertir en ampliar o fortalecer la jurisdicción contencioso administrativa, creando por ejemplo, jueces del nivel municipal, incrementando, además, el número de jueces y magistrados que atienden este tipo de asuntos.

BIBLIOGRAFÍA.

1. Sentencia C – 417 de 2002. Magistrado Ponente. Eduardo Montealegre Lynett.
2. Sentencia C – 033 de 2005. Magistrado Ponente. Álvaro Tafur Galvis.