

La conciliación contencioso-administrativa contra las cuerdas: retos de la figura en Colombia

Administrative settlement against the ropes: challenges of this instrument in Colombia

Juan Pablo Gómez-Moreno*

Resumen

La conciliación administrativa en Colombia se presentó como una opción más eficiente para la solución de conflictos, pero su uso en la práctica ha demostrado lo contrario. Este escrito aborda los factores que afectan su efectividad, incluyendo la ambigüedad en la regulación y la intervención de entes de control. Uno de los principales problemas es la falta de uso de la conciliación administrativa por parte de las entidades públicas, problema en el que se enfocará este artículo debido a los impactos que genera la ineficacia de la conciliación administrativa en la congestión judicial y la solución alternativa de conflictos. En ese sentido, para que la conciliación administrativa cumpla su objetivo de resolver conflictos de manera más eficiente, es necesario abordar estos desafíos.

Palabras clave: Conciliación, Colombia, derecho administrativo, entes de control, recursos públicos.

Abstract

Administrative conciliation in Colombia was presented as a more efficient option for conflict resolution, but its use in practice has shown the opposite. This paper addresses the factors that affect its effectiveness, including ambiguity in regulation and the intervention of control entities. One of the main problems is the lack of use of administrative conciliation by public entities, a problem that will be the focus of this article due to the impacts of the inefficiency of administrative conciliation on judicial congestion and alternative dispute resolution. In this regard, in order for administrative conciliation to fulfill its objective of resolving conflicts more efficiently, it is necessary to address these challenges.

Keywords: Mediation, Colombia, administrative law, control entities, public funds.

Historial del artículo:

Recibido: 08 de junio de 2023

Aceptado: 15 de agosto de 2023

Cómo citar este artículo:

Juan Pablo Gómez-Moreno., La conciliación contencioso-administrativa contra las cuerdas: retos de la figura en Colombia, 11 Just. & Der. 62 (2023).

* Abogado y filósofo de la Universidad de los Andes (Colombia). Especialista en Derecho de los Negocios Internacionales y Magister en Derecho Privado de la misma institución. Es asociado de Adell & Merizalde (Bogotá) y profesor en la Universidad de los Andes y la Universidad El Bosque. Correo: jp.gomez1102@gmail.com.

I. Introducción

Los mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC) son herramientas a través de las cuales las partes que tienen una controversia pueden resolverla sin necesidad de acudir ante el sistema de justicia formal.² Estos mecanismos fueron desarrollados con el objetivo de buscar formas distintas de solucionar las disputas que surgen en el tráfico jurídico, brindarle a las partes salidas más eficientes, y permitirle al sistema de administración de justicia mayor flexibilidad y descongestión.³ Como lo reconoce ampliamente la doctrina, hoy en día los MASC son una de las figuras jurídicas de mayor interés en el estudio del derecho y la solución de disputas.⁴

Como lo establece Carrasco,⁵ los MASC pueden ser de carácter autocompositivo o heterocompositivo. Los primeros son aquellos en el que son las mismas partes quienes le dan solución a una controversia, mientras que los segundos hacen referencia a los que se valen de un tercero para que sea este el encargado de definir el conflicto.⁶ Según el artículo 64 de la Ley 44 de 1998, la conciliación es “un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas *gestionan por sí mismas* la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador” (énfasis propio). De conformidad con esta definición, la conciliación es un MASC autocompositivo, ya que son las partes, aunque medie entre ellos la ayuda de un tercero, quienes deciden dirimir sus diferencias, así como los términos de este acuerdo.⁷

De manera similar, la Corte Constitucional ha definido la conciliación como un MASC a través del cual las partes resuelven sus diferencias respecto de un asunto conciliable con la ayuda de un tercero neutral calificado.⁸ Ahora bien, es pertinente aclarar que, en el caso de la conciliación, a pesar de la intervención de un tercero, el mecanismo se considera de naturaleza autocompositiva. En ese orden de ideas, la jurisprudencia ha definido que “la conciliación se basa en el acuerdo entre las partes, puesto que el conciliador carece de la facultad de imponer su decisión a las personas”, lo que la diferencia del arbitraje.⁹

De la definición de conciliación adoptada en la jurisprudencia constitucional, es relevante destacar el concepto de “asunto conciliable”, ya que, como se verá más adelante, no todos los temas pueden someterse a conciliación. A su vez, es relevante hacer referencia a la Ley 640 de 2001, la cual en su artículo 3 establece que la conciliación puede ser judicial o extrajudicial. Así, esta será judicial cuando se realice en el marco de un proceso judicial y extrajudicial cuando se lleve a cabo antes o por fuera de este.¹⁰ El presente artículo se concentra en la conciliación en materia de lo contencioso-administrativo, es decir, de manera general, en las controversias surgidas en el marco de relaciones jurídicas con el Estado y sus entidades adscritas.¹¹

Con estos conceptos claros, es posible adentrarse en el detalle de los objetivos y la estructura de la presente investigación. Puntualmente, este escrito busca estudiar la regulación y los avances realizados en la conciliación contencioso-administrativa y mostrar que, si bien se han hecho importantes aportes en este ámbito, aún existen importantes retos que deben ser asumidos desde la política pública. En

2 Martha Eugenia Lezcano Miranda, *La justicia de todos: mecanismos alternativos de solución de conflictos* (2016).

3 *Id.*

4 Javier La Rosa Calle & Gino Elvio Rivas Caso, *Teoría del conflicto y mecanismos de solución* (2018).

5 Marta Blanco Carrasco, *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos: una visión jurídica* (2009).

6 *Id.*

7 Miguel Ángel Montoya Sánchez & Natalia Andrea Salinas Arango, *La conciliación como proceso transformador de relaciones en conflicto*, Opinión Jurídica Universidad de Medellín; Vol. 15, núm. 30 (2016); 127-144 (2016).

8 C.C., 17 de septiembre de 2008, Sentencia C-902/08, M.P. Nilson Pinilla.

9 C.C., 28 de mayo de 2002, Sentencia C-417/02, M.P. Eduardo Montealegre.

10 *Id.*

11 Andrés Fernando Ospina Garzón, *De la jurisdicción administrativa a la jurisdicción de lo contencioso administrativo: ¿un viaje de ida y vuelta?* (2009).

particular, el artículo se enfoca en el problema de la ineficacia de la conciliación cuando esta puede implicar consecuencias que podrían llevar a que un acuerdo conciliatorio fuera improbadado, anulado o ni siquiera suscrito. Así, la tesis de este proyecto es que algunas de las circunstancias que rodean actualmente esta figura pueden causar un desincentivo a las partes que, en condiciones distintas, habrían accedido a una conciliación, causando así *de facto* la ineficacia de la conciliación como MASC.

De acuerdo con tal objetivo, este texto se divide en seis secciones. La Sección II se ocupa de presentar brevemente el estado de la conciliación en Colombia, mostrando un contexto general de su regulación, el objetivo de descongestión judicial que esta persigue, algunos de sus factores característicos y su funcionamiento en el caso puntual de la jurisdicción contencioso-administrativa. La Sección III trata de los aportes que ha hecho la jurisprudencia a la adecuada comprensión de este MASC en el caso de conciliaciones adelantadas por entidades públicas, resaltando la importancia que se le ha dado a los mecanismos de control judicial de los acuerdos conciliatorios y los criterios que se han establecido para analizar si estos serían o no procedentes. Esta sección también se refiere a los retos que surgen de la ambigüedad en estas regulaciones.

Posteriormente, la Sección IV se refiere a algunos retos adicionales que tiene la conciliación en el contexto de las controversias ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, resaltando el rol de los entes de control en la evaluación que hacen las entidades de derecho público sobre la pertinencia o no de suscribir un acuerdo conciliatorio. A partir de este contexto, se destacan las tensiones que causa la figura entre las partes involucradas en estos acuerdos y los desincentivos del sistema para acudir a este MASC. A partir de esto, la investigación ilustra la ineficacia de la conciliación administrativa en el estado de cosas actual. Además, en esta sección se desarrollan estudios de caso que ilustran algunas de las preocupaciones destacadas, mientras que la Sección VI concluye recopilando

las consideraciones de este artículo y ofreciendo algunas reflexiones sobre el futuro de la conciliación administrativa.

II. Conciliación administrativa en Colombia

II.1. Regulación de la conciliación en sentido general

El MASC de la conciliación ha estado en el sistema jurídico colombiano al menos desde 1825, cuando la Ley 13 establecía que “ningún proceso se adelantaría *sin intentar la conciliación* ante los alcaldes municipales o parroquiales” (énfasis propio). Desde entonces, esta figura se ha desarrollado cada vez más en Colombia a través de normatividad consecutiva. Así, en 1920, con la Ley 120, se incorporaron disposiciones sobre conciliación en materia laboral, mientras que, en 1934, a través de la Ley 14, se hizo referencia a la posibilidad de transigir materias civiles, injurias y casos de divorcio ante los jueces de paz. Más adelante, en 1948, el Decreto 2158 se refirió nuevamente al ámbito del derecho laboral, aportando una regulación más específica de la conciliación en estos contextos. De esta forma, la historia de la legislación muestra que la conciliación era un asunto sobre el que se discutía incluso desde antes de la nueva Constitución.

Ahora bien, con la Constitución Política de 1991, junto a la cual aparece más adelante el Decreto 2651, se establece un nuevo marco ideológico en torno a los MASC en sentido general y a la conciliación en específico. En particular, la norma mencionada es expedida con el objetivo de tomar medidas para descongestionar los despachos judiciales y esta regulación hace referencia a la conciliación en todo su primer capítulo. Esto muestra la importancia que cobró la figura a partir de la reforma constitucional. Es así como, en el mismo año, también surgió la Ley 23 de 1991 que reguló específicamente las normas

sobre conciliación en materia contencioso-administrativa. Posteriormente, el Decreto 173 de 1993 se refiere particularmente la conciliación prejudicial y la Ley 446 de 1998, nuevamente con miras a objetivos como la “descongestión, eficiencia y acceso a la justicia,” incluye novedades regulatorias sobre este MASC.

Finalmente, con la Ley 640 de 2001, se hace un recuento exhaustivo de la figura y se dictan disposiciones sobre diversos asuntos como sus calidades principales, el acuerdo conciliatorio y las materias conciliables. Además, de acuerdo con el artículo 116 de la Constitución Política, la conciliación es uno de los MASC mediante los cuales “[l]os particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia [...]”. Esto muestra que, desde la entrada en vigencia de la nueva Constitución, se le dio a la conciliación, junto con otros MASC, un estatus privilegiado en el sistema jurídico que muestra cómo, desde el nuevo orden jurídico, el Estado les da una prevalencia a estas alternativas porque considera que sirven a un propósito del que se benefician a su vez la sociedad civil y el sistema judicial.¹²

II.2. La descongestión judicial como derrotero

Del recuento regulatorio anterior, es evidente que la descongestión judicial ha sido siempre un objetivo clave de la conciliación, ya que permite resolver las controversias por acuerdo directo de las partes, ahorrándose las dilaciones del trámite judicial. Esta es una visión que también se refleja en la doctrina especializada. Como lo señalan Tejada y Vargas,¹³ la búsqueda de mayor interés de las partes en la conciliación también surge como resultado de la congestión

de los despachos judiciales en el país, con lo que se buscaba un procedimiento rápido y eficaz para dar fin a las controversias. En ese sentido, es pertinente señalar que el problema de demoras y falta de garantías en el sistema de administración de justicia que justifica este nuevo normativo constituye una de las bases de la crisis de los sistemas judiciales en distintas partes del mundo.¹⁴

Además de ser un mecanismo que cobra protagonismo en un nuevo universo constitucional desde 1991, en los años subsiguientes la conciliación se convierte en un asunto fundamental para la política pública y el diseño institucional. De esta forma, la conciliación es adoptada como un contenido programático de la política de Estado con la creación de la Dirección de MASC, una dependencia adscrita al Ministerio de Justicia y con funciones extensas de promoción de conocimiento y uso activo de mecanismos como la conciliación en todo el país. Así, como lo resaltó en su momento la Corte Constitucional, el Estado Social de Derecho supone ver a la conciliación como “(...) un instrumento que busca lograr la descongestión de los despachos judiciales, asegurando la mayor eficiencia y eficacia de la administración de justicia (...)”¹⁵

Esto muestra que la conciliación, como es el caso de los MASC en sentido general, conlleva la protección de garantías fundamentales para las partes directamente involucradas y para la comunidad entendida de forma amplia.¹⁶ En línea con lo anterior, es muy importante resaltar que, aparte de la descongestión misma del sistema judicial, la conciliación les ofrece a las partes involucradas en ella muchas otras ventajas, entre las cuales se cuentan “(...) 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*”

12 Emiliano Carretero Morales & Cristina Ruiz López, *Mediación y resolución de conflictos* (2018).

13 Mario Cesar Tejada González & Lizeth Vargas Sánchez, *La conciliación obligatoria dirigida a entidades públicas como requisito para acceder a la segunda instancia judicial*, 23 *Prolegómenos* 151–164 (2020).

14 Michele Taruffo & Mónica Bustamante, *Proceso judicial y cultura: una mirada global* (2013).

15 C.C., 17 de marzo de 1999, Sentencia C-160/99, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

16 Fernando Díaz, *Conflicto, mediación y conciliación desde una mirada restaurativa y psicojurídica* (2013).

(énfasis propio).¹⁷ Así, para la Corte Constitucional, la conciliación debe buscar “(...) evitar litigios de larga duración y mejorar las relaciones entre las partes, en la medida en que el procedimiento garantice imparcialidad, rapidez, confiabilidad y reconocimiento del acuerdo logrado.”¹⁸

II.3. Factores característicos de la conciliación

En este punto, es crítico resaltar tres factores primordiales de la conciliación en Colombia, los cuales han sido reconocidos por la ley y recopilados también por las altas cortes, como la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.¹⁹ El *primero* es que la conciliación es solemne, lo que quiere decir que se exige una formalidad para que los acuerdos alcanzados produzcan efectos jurídicos.²⁰ En el caso de la conciliación este requisito formal es el de la suscripción de un acta de conciliación por las partes que hayan conciliado.²¹ Adicionalmente, el acta respectiva debe contener obligaciones claras, expresas y exigibles, es decir, siguiendo al Consejo de Estado, que estas deben (i) aparecer determinadas en el título correspondiente; (ii) ser fácilmente inteligibles y entenderse en un solo sentido; y (iii) poder demandarse para su cumplimiento por no estar pendiente un plazo o condición que las suspenda.²²

El *segundo* de estos factores es que la conciliación implica que los acuerdos plasmados por las partes en el acta de conciliación hacen

tránsito a cosa juzgada y prestan mérito ejecutivo. Esto significa que lo conciliado no debe ser sometido a ninguna autoridad para efectos de tener plena validez, ya que los acuerdos conciliatorios tienen carácter definitivo.²³ Dicho de otra forma, como lo ha aclarado la Corte Suprema de Justicia, una vez avalado el acuerdo por parte del conciliador, la controversia queda resuelta de fondo y es posible proceder con su ejecución.²⁴ En ese sentido, la conciliación se diferencia de otros MASC como la transacción, esta última inspirada en las normas que regulan el derecho privado y reflejada por tanto en el Código Civil, por cuanto, aunque el acuerdo resultante en ambas hace tránsito a cosa juzgada, sólo en la conciliación este tiene los mismos efectos de una sentencia judicial, pues presta mérito ejecutivo.²⁵

El *tercer* factor, como se había anticipado, es que existen ciertos asuntos que son conciliables, de manera que la conciliación no puede versar sobre cualquier tema. Estos temas susceptibles de conciliación son los que puedan ser resueltos a través de (i) transacción; (ii) desistimiento; o (iii) los que expresamente determine la ley.²⁶ A su vez, como lo ha reiterado el Consejo de Estado en su propia jurisprudencia, no son conciliables (i) los derechos ciertos e indiscutibles; (ii) los conflictos de carácter tributario; y (iii) las controversias en las que haya ocurrido la caducidad de la acción.²⁷ Como lo señala Arias,²⁸ la razón detrás de esta lista de temas “no conciliables” es que se trata de asuntos de naturaleza eminentemente pública o que tienen un alto interés para la comunidad. Sobre este punto, hay autores que consideran

17 C.C., 17 de marzo de 1999, Sentencia C-160/99, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

18 C.C., 17 de septiembre de 2008, Sentencia C-902/08, M.P. Nelson Pinilla.

19 C. Edo., Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección Cuarta, 7 de septiembre de 2015, 54001-23-31-000-2008-00381-01(48894), C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

20 *Id.*

21 Ley 640 de 2001, art. 1.

22 C. Edo., Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - 31 de enero de 2008, 44401-23-31-000-2007-00067-01 (34201), C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

23 C.S.J., Sala Penal, 18 de noviembre de 2020, SP-45142020 (55345), M.P. Eugenio Fernández Carlier.

24 *Id.*

25 C.S.J., Sala Plena, 12 de diciembre de 1991, 2326, M.P. Pedro Escobar Trujillo y Pablo Cáceres Corrales.

26 Ley 640 de 2001, art. 19.

27 C. Edo., Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta - 12 de diciembre de 2014, 05001-23-33-000-2013-00472-02 (20184), C.P. Hugo Fernando Bastidas Barcenás.

28 Melba Arias, *La Conciliación en derecho de familia* 113-114 (2003).

que, de hecho, la mayoría de las cuestiones del tráfico jurídico se pueden conciliar.²⁹

II.4. Conciliación contencioso-administrativa

Similar a lo que ocurrió con la figura en la jurisdicción ordinaria, en el caso de lo contencioso-administrativo y como resultado de la congestión judicial existente cuando se dio el desarrollo de los MASC después de la Constitución de 1991, la conciliación apareció como una alternativa más eficiente que la justicia formal. Ahora bien, en este ámbito, las regulaciones han tratado con especial precaución la conciliación administrativa, planteando criterios estrictos respecto de esta. A manera de ejemplo, aunque la Ley 640 de 2001 establecía en su artículo 23 que este tipo de conciliación la podía adelantar ante “los Agentes del Ministerio Público” o “los conciliadores de los centros de conciliación,” la Corte Constitucional decidió declarar inexecutable este último apartado porque la facultad de administrar justicia otorgada a los particulares bajo el artículo 116 de la Constitución debía ser otorgada de forma “excepcional.”³⁰

Como lo ha resaltado el Consejo de Estado, la conciliación contencioso-administrativa es *prima facie* un gran logro del sistema jurídico colombiano, ya que “[c]uando en los procesos contencioso administrativos el Estado acude a ella, *está cumpliendo su función originaria de paz y pluralismo y convoca a la sociedad a seguir su ejemplo*” (énfasis propio).³¹ Ahora bien, en materia de lo contencioso administrativo, un aspecto diferencial de la conciliación es que esta es un requisito de procedibilidad para darle continuidad a una controversia.³² En particular, la doctrina ha

hecho énfasis en la conciliación obligatoria como mecanismo para la eficiencia procesal.³³ Los autores a favor de este mecanismo han destacado situaciones como los casos con suficiente precedente jurisprudencial como para decidir la cuestión por las partes y de manera expedita.³⁴ Además, Ballén³⁵ apunta que esto resultó en la efectiva descongestión del sistema judicial en el ámbito contencioso-administrativo.

En línea con lo anterior, como lo muestra Dussán,³⁶ la conciliación en asuntos de lo contencioso-administrativo podría ser vista como una herramienta muy efectiva en la realidad. Al respecto, las cifras de la Procuraduría Primera Delegada ante el Consejo de Estado reflejan que, de 10.886 audiencias de conciliación celebradas ante agentes del Ministerio Público en 2004, 3.840 de estas resultaron en un acuerdo conciliatorio, lo que implica alrededor de un 35% de los casos.³⁷ Esto generó un ahorro patrimonial para el Estado de COP \$545.450.329.915, según la diferencia entre la cuantía pretendida y la cuantía acordada.³⁸ Lo anterior refleja que la conciliación contencioso-administrativa sería *prima facie* un mecanismo efectivo para la solución de controversias que, en el evento de la inoperatividad de esta figura, serían sometidas ante esta jurisdicción.

Es así como varios autores han reconocido que la conciliación es uno de los MASC más utilizados y eficaces con los que cuenta el ordenamiento

29 Jorge Hernán Gil, *La conciliación extrajudicial y la amigable composición* 69 (1ª ed., 2003).

30 C.C., 22 de agosto de 2001, C-893/01, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

31 C. Edo., Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – 30 de septiembre de 1999, Auto Rad. 16251, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

32 C.P.A.C.A., art. 161.

33 Jaime Andrés Devia, *La conciliación como requisito de procedibilidad en el derecho administrativo colombiano: ¿una forma eficaz para la solución de conflictos?* (2020).

34 Bruno Toscano & César Mauricio Ortiz, *La eficacia de la audiencia del artículo 70 de la ley 1395 de 2010* (2012) (tesis de la Especialización en Derecho Administrativo, Universidad Militar Nueva Granada) 17.

35 Rafael Ballén, *Causas de la congestión en la jurisdicción contenciosa administrativa.*, 9 Prolegómenos, Derechos y Valores 33–57 (2006), 1.

36 Omar Dussán, *La conciliación en la jurisdicción contenciosa administrativa*, 12 Prolegómenos, Derechos y Valores 229–238 (2009), 235.

37 Id.

38 Id.

jurídico colombiano.³⁹ Ahora bien, para que proceda la conciliación contencioso-administrativa, la ley establece algunas consideraciones relevantes, que han sido replicadas por la jurisprudencia.⁴⁰ Dada la extensión del tema y el foco de este artículo, la presente investigación no tratará cada uno de ellos de manera extensa, aunque sí se mencionan de forma sumaria. Cabe precisar que, siendo un negocio jurídico, la conciliación exige las características de validez que deben predicarse de estos: (i) la capacidad legal de las partes; (ii) el consentimiento de estas exentos de vicios, (iii) el objeto lícito; y (iv) la causa lícita.⁴¹ De esta forma, no será válida aquella conciliación que carezca de alguno de estos elementos, ya que estaría viciado el acto jurídico mismo.

Sumado a lo anterior, en términos del objeto de la conciliación *ratione materiae*, se ha determinado que, desde el marco de la jurisdicción contencioso-administrativa, son conciliables los “conflictos de carácter particular y contenido económico” que correspondan a medios de control de (i) nulidad y restablecimiento del derecho; (ii) reparación directa y (iii) controversias contractuales.⁴² Así, para sintetizar estas exigencias, cabe decir que, para que proceda la conciliación administrativa, deberán concurrir los siguientes elementos:⁴³ (i) acuerdo conciliatorio soportado con pruebas; (ii) justificación de las obligaciones establecidas; (iii) que sea acorde con la ley; (iv) que no lesione el patrimonio público; (v) que se cuente con la representación debida de las partes que decidan conciliar; (vi) que el conciliador tenga la capacidad jurídica para realizar el acuerdo; y (vii) que la acción respectiva no haya caducado.

39 Jaime Camilo Bermejo, *La conciliación prejudicial contenciosa administrativa*, 11 *Jurídicas CUC* 107-134 (2015).

40 C. de Edo., Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección C, 7 de septiembre de 2015, 54001-23-31-000-2008-00381-01(48894), C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

41 Cód. Civ., art. 1502.

42 Min. Interior y Justicia, Decreto 1716 de 2009, art. 2.

43 Mady Juliana Montaña, *La conciliación extrajudicial en materia contencioso-administrativa: aplicación en la reparación directa*, 5 *Global Iure* 195-210 (2017).

Adicionalmente, la conciliación administrativa cuenta con dos características adicionales que serán gran parte de las discusiones que siguen en este escrito. Estos factores se refieren, sobre todo, al funcionamiento de la conciliación administrativa en la práctica y responden a dos preguntas sobre los aspectos clave de estas conciliaciones. De un lado, la pregunta sobre *¿quiénes deciden la pertinencia o no de que una entidad pública lleve a cabo una conciliación?* En este punto, se introduce el concepto de los comités de conciliación. En el artículo 75 de la Ley 446 de 1998, modificado por el Decreto 1716 de 2009 y la Directiva Presidencial 5 de 2009, se crea esta figura. Según Montaña⁴⁴, la principal función de estos comités es “(...) el estudio, análisis y formulación de políticas públicas sobre la prevención del daño antijurídico y la defensa de los intereses de la entidad (...)”. Entre otras cosas, los comités de conciliación deben decidir sobre la procedencia o no de conciliaciones entre las entidades y sus respectivas contrapartes, lo que implica realizar los respectivos análisis detrás de estas medidas.

De otro lado, la pregunta sobre *¿quién tiene la última palabra respecto de estos acuerdos y cómo llega a la decisión sobre su aprobación o rechazo?* Al respecto, el artículo 73 de la Ley 446 de 1998 establece que el juez administrativo no puede homologar el acuerdo conciliatorio cuando “no se hayan presentado las pruebas necesarias para ello, sea violatorio de la ley o resulte lesivo para el patrimonio público.” Esto quiere decir que la conciliación administrativa no se agota con el acuerdo de las partes ni con la supervisión de los agentes del Ministerio Público, sino que exige la homologación de la autoridad judicial.

A su vez, la autoridad deberá fundamentar su decisión, lo que implica la aparición de un estándar para evaluar la procedencia o no del respectivo acuerdo. En sentido general, la ley exige que el acuerdo conciliatorio esté suficientemente soportado y no sea contrario a la ley o al erario. Aunque se trata de conceptos que parecen sencillos a simple vista, las secciones subsiguientes mostrarán que se trata de términos altamente ambiguos que resultan poniendo a las partes de la

44 *Id.*, en 203.

conciliación administrativa, y en últimas a la figura misma, contra las cuerdas.

III. Vaguedad y ambigüedad de la jurisprudencia

A partir de los criterios establecidos en la sección anterior, la jurisprudencia ha desarrollado criterios adicionales para la procedencia de la conciliación contencioso-administrativa que son de gran importancia. Ahora bien, esta sección no se enfocará en hacer un recuento exhaustivo de la jurisprudencia, sino de plantear algunos de los puntos clave del desarrollo jurisprudencial y sus respectivos retos. En primer lugar, un punto fundamental para las conciliaciones con entidades públicas es que aquello que sea conciliado no resulte en detrimento de las partes, particularmente del patrimonio público.⁴⁵ Como ya se indicó, este requisito es crítico en la medida que está acompañado de mecanismos de protección como el hecho de que los acuerdos conciliatorios negociados por entidades públicas están sujetos a un control de legalidad que llevará a cabo el juez de lo contencioso administrativo.⁴⁶ El alcance de esta revisión lo ha aclarado el Consejo de Estado en su jurisprudencia, que establece sobre el particular lo siguiente:

La validez y eficacia de ese negocio jurídico en asuntos administrativos, está condicionada a la homologación por parte del juez quien debe ejercer un control previo de la conciliación con miras a verificar que se hayan presentado las pruebas que justifiquen la misma, que no sea violatoria de la ley o que no resulte lesiva para el patrimonio público en la medida en que la ley establece como requisito de validez y eficacia de la conciliación en asuntos administrativos la previa aprobación u homologación por parte del juez, hasta tanto no se produzca esa aprobación la conciliación no produce ningún efecto y por consiguiente

las partes pueden desistir o retractarse del acuerdo logrado, no pudiendo por tanto el juez que la controla impartirle aprobación u homologarla cuando media manifestación expresa o tácita de las partes o una ellas en sentido contrario.⁴⁷

Se destaca de esta definición entonces que la conciliación debe estar soportada por pruebas suficientes. Esto implica para las partes la carga de ofrecer argumentos de fondo que respalden las alegaciones de la cuantía que pretenden, pero sobre todo que cuenten con el respaldo fáctico de estas consideraciones. En palabras del Consejo de Estado, esto se conoce como el principio según el cual "(...) el Estado no puede reconocer por vía de conciliación liberalidades."⁴⁸ Así, en la misma decisión, dice la corporación que, en materia contencioso administrativa, la conciliación debe estar precedida de "(...) un estudio jurídico comprensivo de las normas jurídicas y de la doctrina y jurisprudencia aplicables al caso."⁴⁹

Aunque este es un primer paso importante para la comprensión de los requisitos de la conciliación administrativa, ya que permite saber que esta exige el cumplimiento de unos aspectos "materiales," el lenguaje del Consejo de Estado no es suficientemente claro como para saber particularmente qué es lo que se espera de las partes involucradas en la conciliación. En otras palabras, *¿qué son pruebas suficientes?* De tal manera, de esta y otra jurisprudencia concordante, sólo es posible concluir que el objetivo de la conciliación no es meramente legalizar los acuerdos de las partes.⁵⁰

En apariencia, otras decisiones de la misma corporación podrían resultar de utilidad para

45 Ley 446 de 1998, art. 73.

46 Ley 640 de 2001, art. 14.

47 C. Edo., Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera -, 1 de julio de 1999, 15721; C. Edo., Sala de lo Contencioso Administrativo, 3 de marzo de 2010, 26675.

48 C. Edo., Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera -, 30 de septiembre de 1999. Número de radicado 49 *Id.*

50 C. Edo. Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera -, 1 de marzo de 1996, 11485, C.P. Daniel Suárez Hernández.

aclarar esta cuestión. Por ejemplo, si en la jurisprudencia pudieran encontrarse referencias adicionales no sólo a lo que deben contener estos acuerdos conciliatorios desde un punto de vista formal, sino a las cualidades específicas que se esperan de dichos soportes, podría resolverse este problema de vaguedad en el lenguaje. Así, según el Consejo de Estado, para que proceda el acuerdo conciliatorio, debe existir “una *adecuada y razonable demostración de los hechos* que, en determinado momento, permitan deducir una *alta probabilidad* de que el ente público comprometido pudiera ser sujeto pasivo de una condena⁵¹ (...)” (énfasis propio).

Estos términos parecerían dar mayores indicaciones respecto de las expectativas que se tienen de un acuerdo conciliatorio válido, ya que estos ofrecen mayor contexto sobre las características de la información que respalda el acuerdo. Sin embargo, al revisar estas formulaciones, surgen otras incógnitas. De una parte, ¿a qué se refiere la corporación con una “adecuada y razonable demostración de los hechos”? De otra parte, ¿qué quiere decir una “alta probabilidad” de condena? Esos puntos no son del todo claros tampoco.

El carácter “adecuado y razonable” de los argumentos de las partes es una variable que dependerá del juez de cada instancia y se trata de un asunto que será decidido *ex post*, una vez las partes ya hayan llegado a un acuerdo que consideren justo. Adicionalmente, la “alta probabilidad” de condena es una métrica extremadamente ambigua, pues estará al criterio de los comités de conciliación determinar si, al pasar esto a una matriz de riesgos legales, esto se refiere a un valor por encima del 50% o en un rango mayor, por ejemplo, entre el 75 y el 100%. De acuerdo con esta investigación, estas dificultades interpretativas sólo se refuerzan a medida que el Consejo de Estado agrega consideraciones adicionales al estándar de evaluación de los acuerdos conciliatorios, lo que hace la labor de

las entidades públicas extremadamente compleja. En línea con este argumento, cabe destacar que la misma corporación dice sobre estos acuerdos que

(...) deben presentarse sobre *diferencias debidamente acreditadas*, con elementos probatorios que *fácilmente* le permitan al juzgador establecer la *realidad del conflicto y la bondad de la conciliación, los costos económicos del mismo y cuál sería su proyección frente a los intereses tanto del ente público, como de la misma comunidad* (énfasis propio).⁵²

Nuevamente, no es claro cuándo las diferencias del acuerdo conciliatorio quedan “debidamente acreditadas.” Esto muestra nuevamente que la falta de claridad del estándar se mantiene. Sin embargo, es el lenguaje adicional de la decisión el que resulta más interesante. De una parte, según la corporación, las pruebas que soportan la conciliación deben permitirle al juez establecer una cantidad significativa de asuntos. Entre estos están, por una parte, la “realidad del conflicto”, la “bondad de la conciliación” y “los costos económicos del mismo”. Estas cuestiones parecen ser razonables, ya que se refieren *in limine* a los asuntos que están dentro de la esfera de análisis de los comités de conciliación. De esta forma, parece que el Consejo de Estado se refiere a una descripción del caso y un análisis de costo-beneficio, que incluirá, por supuesto, una revisión del impacto económico de la potencial controversia. Ahora bien, sobre este punto, sólo cabe preguntarse hasta qué punto estos comités están en condiciones de elaborar análisis “suficientes” teniendo en cuenta la naturaleza técnica de la disputa o cuando se trata de reclamaciones o de asuntos financieros complejos.

Por otra parte, esta providencia parece ir todavía más allá y referirse a otros temas. Con respecto a las cualidades del material probatorio, se dice que este debe permitirle entender al juez la fundamentación del acuerdo conciliatorio “fácilmente.” En la medida que el significado de este término no es autoevidente, cabe la pregunta sobre si, por ejemplo, se exige

51 C. Edo., Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera -, 9 de marzo de 2000, Auto Rad. 16758, C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

52 *Id.*

implícitamente un estándar de “materialidad” de las pruebas. En palabras de teoría procesal, esto sería el “estándar de la prueba” del acuerdo conciliatorio, es decir, si la justificación de la conciliación administrativa, además de existir y demostrar que las partes realizaron un esfuerzo genuino y trazable de determinar las causas y fundamentos de la conciliación, debe tener una calidad específica.⁵³ En Colombia, no se suelen hacer estas distinciones, ya que, como lo explica Cuello,⁵⁴ se entiende que el estándar de la prueba por defecto es el de generar la convicción del juez a partir de un sistema de valoración de la prueba basado en la sana crítica.

Sin embargo, en ciertos ámbitos del derecho hay estándares de prueba diferentes, como la evidencia “clara y suficiente” o una demostración “más allá de toda duda razonable”.⁵⁵ En ese orden de ideas, parecería que, cuando el Consejo de Estado habla de evidencia que pueda llevar a conclusiones “con facilidad”, está en uno de estos estándares más altos o exigentes. ¿Es entonces este el caso de la conciliación contencioso-administrativa? Si a las entidades públicas se les exige un mayor grado de prueba en estos casos no es claro, además que no está previsto en la ley, de manera que pareciera tratarse de un criterio extraño, que no corresponde a lo que está establecido en la norma. De tal manera, es clave tener presente que este tipo de estándar de la prueba se ha reiterado en la jurisprudencia que ha desarrollado la idea de que el acuerdo conciliatorio no debe resultar lesivo para el patrimonio público. En continuidad de este estándar, el Consejo de Estado ha indicado en decisiones posteriores que:

El sólo acuerdo de voluntades de las partes o el reconocimiento libre y espontáneo que alguna de ellas manifieste en torno de las razones de hecho y de derecho que contra ella se presenten, si bien es necesario no resulta suficiente para que la conciliación

sea aprobada en materia Contencioso Administrativa, puesto exige el legislador que, al estar de por medio los intereses y el patrimonio público, el acuerdo conciliatorio deba estar soportado de tal forma que en el momento en el cual se aborde su estudio, al juez *no le quepan dudas* acerca de la procedencia, la legalidad y el beneficio –respecto del patrimonio público– del mencionado acuerdo conciliatorio. Así las cosas, cualquier afirmación –por más estructurada y detallada que este sea– por medio de la cual se reconozca un derecho como parte del objeto del acuerdo conciliatorio y que genere la afectación del patrimonio público, debe estar debidamente acreditada mediante el material probatorio idóneo que produzca en el juez la convicción de que hay lugar a tal reconocimiento (énfasis propio).⁵⁶

En clara distinción respecto de lo que ocurre en Colombia con estos criterios, la doctrina española señala la forma en que opera la conciliación en este país, mostrando un funcionamiento completamente opuesto. Puntualmente, al describir la operatividad de la figura de acuerdo con el artículo 77 de la Ley 29 de 1998, Parada⁵⁷ indica que “[s]i las partes llegan a un acuerdo que implique la desaparición de la controversia, el juez o el Tribunal dictará auto declarando terminado el procedimiento, siempre que lo acordado no fuera manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público o de terceros” (énfasis propio).

A diferencia de lo que ocurre con la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano, en este la conciliación administrativa se tiene por el objetivo primario de la administración de justicia y se respeta por regla general, siendo la excepción cuando esta resulte abiertamente contraria a derecho. En Colombia, las decisiones emitidas a la fecha no sólo son vagas y ambiguas, sino que parecen sugerir que la evidencia del acuerdo conciliatorio debe cumplir con unos criterios de “materialidad” que no están establecidos en la ley.

53 Jordi Ferrer Beltrán, La valoración racional de la prueba (2018).

54 Gustavo Cuello Iriarte & Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas, La sana crítica, sistema de valoración de la prueba judicial (2007).

55 Carmen García, Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica (2013).

56 C. Edo., Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera -, 3 de marzo de 2010, Auto Rad. 37644.

57 Ramón Parada, Derecho Administrativo I 660-661 (2012).

Por supuesto, en línea con esta investigación, debería establecerse una diferencia entre la “mera liberalidad” y la “materialidad.” Según Aguilar,⁵⁸ existe una distinción entre la facultad que tienen las entidades públicas de transigir disputas y la “mera liberalidad” de estas, ya que “(...) en la primera no hay un ejercicio de libertad del agente, sino un espacio más amplio de decisión, limitado siempre por expresos mandatos normativos”. Como lo pone García,⁵⁹ “(...) el derecho condiciona y determina, de manera positiva, la acción administrativa,” es decir, para las entidades públicas “(...) no hay un espacio ‘franco o libre de Ley’, en el que la Administración pueda actuar con un poder ajurídico y libre.”

Lo anterior quiere decir que tener la facultad de conciliar una controversia no es equivalente a un derecho irrestricto de hacerlo. Pero ¿quiere esto decir que debe acreditarse cierto grado de “materialidad” de la prueba para que proceda el acuerdo? Parecería que esto es lo que exige tácitamente la jurisprudencia del Consejo de Estado, lo que promueve la ineficacia de la conciliación administrativa. Como lo reseña Holguín,⁶⁰ es por este tipo de realidades que se ha propuesto que el control de legalidad se remueva de los poderes del juez administrativo y se traslade al Ministerio Público, quien suele ser más respetuoso de los acuerdos de las partes.

IV. Otros retos de la figura

IV.1. El rol de los entes de control

Según Restrepo,⁶¹ además de los objetivos de descongestión judicial, la conciliación contencioso-administrativa busca fomentar

una cultura que favorezca actitudes favorables a la solución pacífica de disputas. De acuerdo con los artículos 267 y 277 de la Constitución, la Contraloría y la Procuraduría tienen a su cargo actividades de control y vigilancia de las actuaciones de los funcionarios públicos. Como parte de estas funciones, las entidades de control deben supervisar asuntos como las conciliaciones suscritas por parte de las entidades públicas, ya que deberán adelantar investigaciones por el mal uso de los recursos públicos o conductas sancionables disciplinariamente si identifican irregularidades en estos acuerdos.

De igual forma, la Ley 2220 de 2022, mediante la cual se expidió el Estatuto de Conciliación, incorporó competencias específicas a la Contraloría en materia de conciliación administrativa. Esta ley, por lo demás, hace referencia a principios relevantes, como el que las conciliaciones administrativas tienen como finalidad la salvaguarda del interés y el patrimonio público.⁶² Asimismo, en esta ley, se dispone que las entidades administrativas envueltas en un trámite de conciliación deben notificar de esto a la Contraloría, para que la entidad decida si participa o no del trámite correspondiente.⁶³ Asimismo, el Decreto Ley 403 de 2020 establece en sus artículos 57 y 66 que la Contraloría podrá ejercer control concomitante y preventivo sobre el uso de los recursos públicos a través de la asistencia, con voz, a las audiencias de conciliación ante la Procuraduría.

Ciertamente, es necesaria la improbación en casos donde el acuerdo conciliatorio carece de soportes suficientes o cuando no cumpla con otros requisitos de ley. En ese sentido, como lo reconoce la doctrina, la creación de entidades fiscalizadoras como la Contraloría y el Ministerio Público son una demostración de la protección del interés público en la normatividad.⁶⁴ Sin embargo, como destaca Montaña,⁶⁵ otras razones por las

58 Juan Pablo Aguilar, *Derecho administrativo y transigibilidad*, REVISTA ECUATORIANA DE ARBITRAJE 249–269 (2014), 256

59 Eduardo García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo* 440 (2001).

60 Carlos Holguín, *Guía Institucional de Conciliación en Administrativo* 67 (2007).

61 Beltrán de Jesús Restrepo, *La conciliación como solución de conflictos*, 58 ESTUDIOS DE DERECHO 164–180 (2017).

62 Ley 2220 de 2022, art. 3.

63 *Id.*, arts. 106.9.

64 Jorge Correa, *Algunas consideraciones sobre el interés público en la política y el derecho*, REVISTA ESPAÑOLA DE CONTROL EXTERNO 135–161 (2006).

65 *Op. cit.* Montaña (2017), 207-208.

que no prosperan estos acuerdos conciliatorios son el hecho de que “la cultura de litigio está muy arraigada y los miembros de los comités temen seguir siendo investigados por las decisiones que adoptan.” A continuación, se discute un estudio de caso que ejemplifica la intervención de la Contraloría en una conciliación que llevó a su invalidación.

Sin duda, el rol de los entes de control para proteger el erario y la legalidad en las actuaciones de las entidades públicas es de gran importancia. De hecho, en el caso que se va a discutir, se logró identificar una conciliación viciada por corrupción. Sin embargo, las entidades de control no pueden operar de manera irrestricta en su capacidad para revisar los acuerdos conciliatorios. Para determinar el grado de intervención en estos asuntos ya existen criterios en la ley. Según el artículo 90 de la Constitución, los agentes del Estado deben responder ante este por las condenas que reciba por daños “(...) consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo (...)”. Esta regla es el fundamento de la llamada acción de repetición, la cual se puede activar contra servidores públicos que, por su negligencia, han causado responsabilidad al Estado.

Como se puede apreciar, este tipo de acción exige un estándar de prueba extremadamente alto, pues se trata de “culpa grave” o “dolo.” De esta forma, para castigar a funcionarios públicos por acuerdos conciliatorios, las entidades de control deberían evitar la intervención cuando las entidades públicas, de buena fe y en ejercicio de su buen juicio, realizan una labor diligente para llevar a cabo una conciliación, aunque se considere que este acuerdo no era el más favorable.

*Caso Dragacol y Ministerio de Transporte*⁶⁶

En julio de 1998, la sociedad Dragados y Construcciones de Colombia y del Caribe S.A. (Dragacol) presentó una solicitud de iniciación

de arbitraje ante la Cámara de Comercio de Bogotá (CCB) en contra del Ministerio de Transporte. La compañía solicitaba el pago de COP \$2.377.183.758, adicionales a la indemnización de perjuicios respectiva. Aunque la CCB citó a las partes a la audiencia de conciliación extrajudicial y no se llegó a un acuerdo, las partes decidieron desistir del proceso en noviembre de 1998 debido a que sus representantes habían presentado ante el Centro de Arbitraje y Conciliación (CAC) de la CCB una solicitud de conciliación extrajudicial.

En el acuerdo conciliatorio, el Ministerio de Transporte le reconoció a Dragacol la suma de COP \$26.000.000.000 por concepto del restablecimiento del equilibrio financiero del contrato y la indemnización resultante de un incumplimiento de los contratos. Por su parte, Dragacol desistiría del arbitraje y dos procesos ejecutivos adelantados contra la entidad. Como resultado de este acuerdo, el Ministerio de Transporte alcanzó a desembolsarle a Dragacol la suma de COP 17.600.000.000.

Posteriormente, la Contraloría interpuso en contra de Dragacol y el Ministerio de Transporte una acción popular encaminada a que se determinara la invalidez del acuerdo conciliatorio. De acuerdo con el ente de control, el acuerdo conciliatorio de la referencia había ido en contra de los derechos de defensa del patrimonio público y la moralidad administrativa. La Contraloría les solicitó a los jueces del caso que declararan que el acuerdo conciliatorio carecía de efectos jurídicos. En septiembre de 2001, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca rechazó la totalidad de las pretensiones de la Contraloría en primera instancia. Sin embargo, en mayo de 2002, se interpuso un recurso de apelación del que conoció la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Esta última se pronunció el 31 de mayo del mismo año y decidió conceder el recurso de las accionantes, considerando que se habían desconocido el principio de moralidad administrativa y el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público. Entre otras consideraciones, esta corporación determinó

66 Para este caso, refiérase a C. Edo., Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta -, 10 de julio de 2002, 25000-23-24-000-1999-9001-01, C.P. Ligia López Díaz.

que las pretensiones de Dragacol en el acuerdo conciliatorio “(...) carecían del debido sustento (...)” y eran más bien “(...) aspiraciones desmedidas y sin respaldo legal (...)” que habían dado lugar a investigaciones adicionales de responsabilidad penal, así como procesos disciplinarios y penales. Para el Consejo de Estado, no se contaba con el respaldo de la responsabilidad del Ministerio Público y los consecuentes derechos de Dragacol a ser indemnizada.

De esta decisión, cabe además resaltar que, según el Consejo de Estado, (i) hubo conceptos materia de conciliación que eran inexistentes; (ii) no se probaron los perjuicios que se le habían reconocido a Dragacol; y (iii), como resultado de lo anterior, las sumas conciliadas excedían su justo valor. Como resultado de la decisión, se dejó sin efectos la conciliación extrajudicial y se le ordenó al Ministerio de Transporte restituir las sumas que le había pagado a Dragacol como consecuencia del acuerdo conciliatorio.

IV.2. Tensión entre autonomía y control

En la medida que se trata de un MASC autocompositivo, un aspecto fundamental de la conciliación es la autonomía de la voluntad de las partes. Así lo ha reconocido, por ejemplo, el Consejo de Estado al establecer que, por este medio, las partes dan solución al conflicto mediante la determinación del alcance de la conciliación misma.⁶⁷ Al respecto, es relevante mencionar que, tal es la libertad de disposición de las partes, que la conciliación puede hacerse sobre todo o parte de las materias en disputa entre las partes.⁶⁸ En igual sentido, la Corte Constitucional ha establecido que la conciliación es un proceso mediante el cual las partes de una controversia, en ejercicio de su libertad dispositiva, deciden si llegan o no a un acuerdo, conservando siempre la posibilidad de acudir ante la jurisdicción para que sea esta la sede en la que se resuelva el respectivo

conflicto.⁶⁹ De tal manera, el lenguaje de las altas cortes sobre la conciliación siempre ha resaltado la autonomía de la voluntad de las partes en estos procesos.

A pesar de lo anterior, la conciliación administrativa está en extremo regulada y eso hace que se genere una tensión, en el núcleo mismo de la figura, sobre el grado de acción de las entidades públicas. A pesar de estar basada en la autonomía de las partes, como se mostró antes, la conciliación administrativa está reglada y exige homologación posterior. Como lo pone Dussán,⁷⁰ esta aprobación del acuerdo conciliatorio supone “menor disposición de la autonomía de la voluntad en entidades públicas”. De esta forma, una investigación realizada en esta materia por el Ministerio de Justicia muestra que las entidades públicas no se sienten cómodas aproximándose a una conciliación, ya que “[e]n la mentalidad de muchos servidores públicos existe la creencia según la cual es mejor esperar una sentencia judicial que conciliar, para así no comprometer el erario a su cargo y disposición ni correr riesgos políticos.”⁷¹

Por otra parte, la norma que regula las funciones de los comités de conciliación dispone que estos organismos deberán determinar la procedencia o improcedencia de la conciliación.⁷² Adicionalmente, la norma impone la carga a los miembros de estos comités de tener en consideración las “pautas jurisprudenciales consolidadas, de manera que se cocilie en aquellos casos donde exista identidad de supuestos con la jurisprudencia reiterada”.⁷³ Esto quiere decir que, si bien en la dimensión sociológica de la conciliación administrativa parece claro que los comités de conciliación carecer de incentivos para conciliar, una problemática distinta surge de la revisión de la dimensión normativa y funcional de su rol, pues no solo pueden conciliar, sino que la norma indica que deben hacerlo cuando estén dadas las circunstancias adecuadas.

67 C. Edo. Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera -, 3 de marzo de 2005, 23875, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

68 *Id.*

69 C.C, 10 de agosto de 2011, Sentencia C-598/11, M.P. Jorge Ignacio Pretelt.

70 *Op. Cit.* Dussán (2009).

71 La Conciliación en el Derecho Administrativo 11 (1998).

72 Decreto 1069 de 2015, art. 2.2.4.3.1.2.5, num. 5.

73 *Id.*

Este es un aspecto que no solo aparece en la ley, sino que hace parte también de la práctica de las cortes y entes de control que están encargados de supervisar este tipo de decisiones. A manera de ejemplo, en la Circular 004 emitida por el Procurador General de la Nación, se exhorta a los miembros de los comités de conciliación a incidir positivamente en la descongestión judicial a través de mecanismos como la conciliación administrativa. En un tono menos amigable, la misma Circular dispone que

El Ministerio Público estará atento y aplicará los correctivos disciplinarios y ordenará la compulsación de copias para las investigaciones penales y fiscales que resulten pertinentes, cada vez que se encuentre que los comités de conciliación o los representantes legales de las entidades públicas se abstienen de dar viabilidad a acuerdos conciliatorios que resulten beneficiosos para el patrimonio público y sean respetuosos del ordenamiento jurídico, apoyados en razones ajenas al interés general, por ejemplo cuando busquen evitar que se inicien acciones de repetición o investigaciones disciplinarias contra los jefes, directores, representantes legales o superiores jerárquicos de las respectivas entidades, o cuando pretendan impedir que se afecten rubros presupuestales de la administración de turno, sin consideración a la existencia real de la obligación indemnizatoria.⁷⁴

En ese sentido, los entes de control y la jurisprudencia les anuncian también a los funcionarios públicos que, cuando deban suscribir una conciliación y no lo hagan, también estarán sujetos a sanciones. Como lo muestra Segura,⁷⁵ una de las causales por las que los miembros de los comités de conciliación pueden incurrir en una responsabilidad disciplinaria es por “[n]egarse a conciliar cuando exista amplia probabilidad de condena para la entidad pública, la existencia de acervo probatorio que fundamenta el por qué debe conciliarse y de una jurisprudencia reiterada de

las altas cortes aplicable al caso.” En términos de Henao,⁷⁶ “(...) si jurídicamente la entidad observa que asiste razón a su contraparte, y que dicha razón es avalada por el ordenamiento jurídico y por la jurisprudencia, *no tiene sentido provocar un proceso o insistir en él*” (énfasis propio). Ante esta disonancia, las entidades públicas quedan enfrentadas, sin herramientas, a un dilema en el que sus miembros pueden ser sancionados o investigados por acción o por omisión, lo que causa una tensión fuerte entre la autonomía y el control en la conciliación administrativa.

Según esta investigación, dicha tensión debe ser resuelta de una manera que les permita a las entidades públicas “reconciliarse” con el uso de la conciliación administrativa como un mecanismo al que pueden aproximarse sin temor de por medio. En particular, la autonomía de las partes de estos acuerdos se debería interpretar con mayor fuerza vinculante a partir de indicios como el cambio legislativo que supuso la Ley 446 de 1998. Particularmente, antes de su entrada en vigencia, no podían conciliarse los asuntos que eran resueltos por vía de acciones de nulidad y restablecimiento del derecho. Al respecto, el Consejo de Estado explicó en su momento que esto era porque, al tenor del Decreto-Ley 2651 de 1991, el margen de acción de las entidades era restringido y no podía versar sobre acciones que tenían “(...) como fundamento la infracción de normas de derecho público (...)”.⁷⁷ Por lo tanto, estas estaban limitadas a acciones de controversias contractuales “que son aspectos directa y exclusivamente relacionados con un contrato administrativo o privado con cláusula de caducidad”.⁷⁸

En esta línea, Vargas⁷⁹ afirma que, aunque la descongestión del sistema judicial es una causa del crecimiento de los MASC en los últimos años, se trata

74 Procuraduría General de la Nación, Circular 004 de 2009.

75 Sandra Liliana Segura, La conciliación extrajudicial contenciosa administrativa: su efectividad en las entidades del Estado 39 (2019).

76 Juan Carlos Henao, La Conciliación en el Derecho Administrativo (1996).

77 C. Edo., Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera -, 25 de mayo de 2000, Auto Rad. 17078, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

78 *Id.*

79 Héctor Vargas, *Participación De Los Ciudadanos En Gestión De Conflictos*, Revista Derecho del Estado 297-346 (2013), 5.

de una tendencia más grande que hace “(...) que hoy aun los bienes jurídicos más tutelados por el derecho público sean susceptibles de la intervención de ciudadanos para su gestión”. En ese sentido, es ilustrativo también lo que dijo la Corte Constitucional en decisión que declaró la inexecutable de una parte del artículo 65 de la Ley 270 de 1996 por considerar que no puede equipararse la conciliación a una condena contra el Estado.⁸⁰ Particularmente, la corporación resaltó que esto es así porque, a diferencia de una condena, “(...) la conciliación es una de las formas alternativas de terminar con un proceso que se presenta antes de que el juez dicte la respectiva sentencia”.⁸¹ Por lo tanto, en la medida que ni siquiera las investigaciones contra funcionarios públicos que actúan con dolo o culpa grave son equiparables con la conciliación, las entidades de control y jueces administrativos deberían considerar acercarse a estos acuerdos con mayor deferencia.

El caso de las sentencias de unificación del Consejo de Estado es un aspecto a considerar como punto de partida de casos en los que la norma parece incentivar la conciliación en lugar de frenarla. La citada norma del Decreto 1069 de 2015 es un reflejo de otras reglas jurídicas incorporadas en el entramado legal colombiano, como es el caso de los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, que apuntan a la seguridad jurídica y la uniformidad legal. El artículo 10 de la mencionada ley, por ejemplo, dispone la importancia de que las autoridades apliquen de manera uniforme las disposiciones legales cuando los supuestos jurídicos y fácticos sean los mismos. Por otra parte, el artículo 102 se refiere expresamente a la extensión de jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades, cuando se acrediten las mismas circunstancias.

A manera de ejemplo, el Consejo de estado ha establecido algunos parámetros que deben tener en consideración quienes revisan la legalidad de estas conciliaciones. Entre otras consideraciones, esta corporación expresó que tal análisis no puede consistir en “la aprobación judicial mecánica de

80 C.C., 5 de febrero de 1996, Sentencia S-037/96, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

81 *Id.*

las conciliaciones de las partes, sin parar mientes en la indebida utilización que se pueda hacer de esta institución y en las defraudaciones que, por su aplicación, se puedan producir al tesoro público”.⁸² De igual manera, la jurisprudencia de esta misma entidad dispone que las autoridades deben improbar las conciliaciones administrativas “cuando la fórmula de arreglo sea evidentemente lesiva, desequilibrada, desproporcionada o abusiva en contra del particular, afectado por la actuación u omisión del Estado”.⁸³ Ahora bien, cabe decir que, si bien estos parámetros dan cierta orientación general sobre la forma en que deben proceder los funcionarios al suscribir o aprobar estos acuerdos, no agotan la totalidad de las complejidades fácticas y jurídicas a las que se enfrentan estos funcionarios en la práctica.

IV.3. Temores y desincentivos a las partes

Como lo resalta Benalcazar,⁸⁴ “(...) la conciliación es posible en el derecho administrativo (...) porque existen elementos que no son estrictamente reglados y, por tanto, son susceptibles de discusión en su aplicación práctica”. Esto quiere decir que, en los asuntos que se someten a conciliación, cierto grado de indeterminación sobre las reclamaciones sometidas a arreglo es inevitable. En el caso de las entidades públicas y sus funcionarios, no hay que perder de vista de nuevo que la celebración de este tipo de acuerdos puede detonar investigaciones de responsabilidad fiscal en su contra por la administración de recursos públicos.⁸⁵ Por lo tanto, las entidades de control y jueces a cargo de homologar los acuerdos conciliatorios no deberían aproximarse a estos con un estándar de perfección o incluso con el estándar de materialidad que, como se mostró

82 C. Edo., Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera -, 13 de octubre de 1993, Auto Rad. 7891, C.P. Juan de Dios Montes Hernández.

83 C. Edo., Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera -, 28 de abril de 2014, Auto Rad. 41834, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

84 Juan Carlos Benalcazar, El proceso contencioso administrativo en el Código Orgánico General del Proceso (COGEP), Revista de Derecho Ius Humani 273-290 (2016).

85 *Op. Cit.* Segura (2019).

atrás en la Sección III, ha establecido *de facto* el Consejo de Estado.

Sobre este punto, es necesario aclarar que, si bien la sola existencia de estos controles e incluso el que efectivamente se adelanten investigaciones resultantes de estos hechos no limita *prima facie* la capacidad de las entidades públicas de suscribir acuerdos conciliatorios, el efecto práctico de estas medidas sí puede ser una prevención que *de facto* evita que estos acuerdos lleguen a realizarse. Como lo resalta también Agudelo,⁸⁶ los funcionarios públicos son reticentes a la conciliación por la “(...) concepción de que el acuerdo conciliatorio puede generar responsabilidad de tipo administrativa y fiscal, prefiriendo que sea el juez quien decida sobre el conflicto en el curso de un proceso judicial (...)” De esta forma, las “segundas instancias” encargadas de supervisar estas conciliaciones deberían evitar caer en el ya conocido “sesgo retrospectivo,” según el cual se juzgan inadecuadamente desde el futuro conductas del pasado, esperando que, como ya se conoce el desenlace, los actores involucrados hubieran elegido la “mejor opción.”⁸⁷

Al final, estas diferencias irreconciliables entre la posición de quienes deben tomar las decisiones, como es el caso de los miembros de los comités de conciliación, y los que juzgan estas acciones, como ocurre con los entes de control y jueces administrativos, sólo crean desincentivos para que las partes acudan a la conciliación administrativa. Esto no tiene otro resultado que reducir a este mecanismo a la ineficacia práctica, ya que tanto entidades públicas como sus contrapartes no tendrán buenas expectativas de lo que pueda suceder con la conciliación que puedan acordar. En términos de Guerra y Lozano⁸⁸, una consecuencia de la falta de autonomía y fuerza normativa de la conciliación lleva a que esta sea percibida por las partes como intrascendente,

pues las partes llegan a considerar que “(...) haya o no acuerdo, el juez tiene la última palabra, y lo de la conciliación extrajudicial es una injustificada pérdida de tiempo”. A continuación, se discute otro caso en el que se echó para atrás el acuerdo de las partes.

*Caso Commsa e INVIAS*⁸⁹

El Concesionario del Magdalena Medio (“Commsa”) y el Instituto Nacional de Vías (“INVIAS”) suscribieron el contrato de concesión No. 0388 en virtud del cual Commsa debía llevar a cabo los diseños definitivos, obras de construcción, operación y mantenimiento de cierto proyecto vial, que pasaba por alrededor de cinco departamentos del país y que tenía una extensión de más de 500 kilómetros. En junio del 2000, mediante la Resolución 002282, el INVIAS declaró la caducidad del contrato por un incumplimiento grave de Commsa. El concesionario interpuso un recurso de reposición, el cual fue resuelto en Resolución No. 004260 de octubre del 2000, confirmando en su mayoría la decisión anterior, que incluía una cláusula penal por US \$137,100,000.

Luego de estos hechos, las partes suscribieron una serie de acuerdos sobre distintos aspectos financieros, jurídicos y contractuales asociados con el respectivo contrato, a partir de los cuales lograron llegar a un acuerdo conciliatorio respecto de sus diferencias previas en el proyecto. En mayo de 2004, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, quien era el encargado de conceder en primera instancia la homologación de la conciliación administrativa, aprobó el acuerdo conciliatorio suscrito entre las partes. No obstante, en diciembre de 2004, el Consejo de Estado revocó la aprobación del acuerdo entre las partes. Sobre el acuerdo conciliatorio, la corporación precisó que

86 Juan Felipe Agudelo, Eficacia de los fines de la conciliación en el ámbito de lo contencioso administrativo: ¿realidad o utopía? (2020).

87 Ulrich Hoffrage & Rudiger Pohl, Hindsight bias (2003).

88 Oswaldo Guerra & César Lozano, Ineficacia de la conciliación en lo contencioso administrativo 25 (2014).

89 Para este caso, refiérase a C. Edo., Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera -, 9 de diciembre de 2004, 25000-32-26-000-2002-1216-01 (27921), C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

Ni las razones de conveniencia ni las razones de equidad, constituyen elemento suficiente para conciliar los efectos patrimoniales de una decisión de la administración, pues, para que proceda la conciliación debe superarse el test de legalidad, y superado este, el juzgador velará porque el acuerdo no resulte lesivo para el patrimonio público; verificará que existan las pruebas necesarias que lo respalden (...) Estas dos condiciones esenciales, muestran en todo caso que la conciliación frente a actos administrativos además de ser conveniente debe ser fundamentalmente legal, porque, no por razón diferente, la ley exige la eficacia probatoria para proteger el patrimonio público (...) De esta manera, someter al riesgo de pérdida un patrimonio con el argumento de que la negociación representa eventuales ventajas futuras es una decisión perfectamente lícita en el tráfico privado de las finanzas pero inaceptable e ilegal en el marco de las actividades públicas (énfasis propio).⁹⁰

Como lo indica Gamboa,⁹¹ cuando la conciliación no es implementada correctamente, puede convertirse en un procedimiento de mero trámite, entorpeciendo la administración de justicia y aumentando los costos de las partes. Entre otras causas, la doctrina ha identificado que uno de los grandes obstáculos de la conciliación es que la comunidad no cuenta con una cultura en negociación de conflictos, pero sobre todo que los conciliadores “(...) no han desarrollado las plenas habilidades de conciliar, generando una desconfianza frente a la real potencialidad de esta institución” (énfasis propio).⁹² Así, en la sentencia C-1195 de 2001, la Corte Constitucional⁹³ aclaró que la justicia formal no siempre resulta en la solución efectiva de controversias jurídicas. En particular, la corporación resaltó las circunstancias en las que las condiciones establecidas por el legislador pueden resultar en una restricción de

la capacidad del sistema de administración de justicia de ofrecerle a las partes el goce efectivo de sus derechos.⁹⁴

De acuerdo con las cifras históricas de la Procuraduría entre 2009 y 2014, de un total de 282.160 solicitudes de conciliación tramitadas ante estas entidades, 237.642 resultaron sin acuerdo de las partes, lo que corresponde a alrededor de un 84% de los casos sin llegar a la solución efectiva de la controversia.⁹⁵ En contraste con la inoperancia de la figura, autores como González⁹⁶ muestran que la conciliación en materia contencioso administrativa está marcada por “(...) una dramática congestión de la jurisdicción contenciosa, un elevado número de litigios y unas escandalosas cifras en lo que respecta a las demandas y a las condenas contra el Estado.” En tal medida, la información estadística disponible también muestra que, por una parte, aunque la conciliación administrativa puede representar ciertos ahorros al Estado como se analizó en la Sección II, es significativa la cantidad de conciliaciones que fracasan; y, por otra parte, el desuso de la figura es más común a media que avanza el tiempo, con lo que parece que cada vez las entidades públicas y sus contrapartes ven una menor utilidad en esta.

V. Conclusiones

No existe una pauta clara a partir de la cual las entidades públicas puedan analizar con confianza la procedencia o no de un acuerdo conciliatorio. En particular, los estándares establecidos en las decisiones de las altas cortes, aunque establecen alguna orientación sobre prácticas que deben ser evitadas y señales de alarma, también tiene un importante nivel de ambigüedad. A manera de ejemplo, si bien las entidades pueden estar al tanto de que deben prevenir escenarios de ausencia de

90 *Id.*

91 César Leonidas Gamboa, *Las virtudes y los vicios de la conciliación extrajudicial: dualidad discursiva de la justicia moderna* (2005).

92 Humberto Martínez Neira, *Retos de la Justicia* 204 (1996).

93 C.C., 15 de noviembre de 2001, Sentencia C-1195/01, M.P. Manuel José Cepeda, Marco Gerardo Monroy.

94 *Id.*

95 *Op. Cit.* Guerra y Lozano (2014), 22.

96 Sergio González, *Conciliación extrajudicial en asuntos contencioso-administrativos: hacia un nuevo paradigma*, *Revista Digital de Derecho Administrativo* 57-76 (2010).

soporte probatorio o justificaciones basadas en una conveniencia hipotética de la conciliación, carecen de herramientas claras para determinar cuándo el acuerdo en cuestión podría resultar lesivo para el patrimonio público. Siguiendo esta línea de pensamiento, puede pensarse que, hasta tanto no exista claridad sobre este punto, nunca sería conveniente para una entidad pública arriesgarse a suscribir este tipo de acuerdos.

Actualmente, es positivo el control de legalidad de los jueces administrativos y los entes de control por cuanto permite evitar esquemas abusivos como el de *Dragacol* y, en esta medida, se convierte en una herramienta importante de prevención de la corrupción y otras prácticas que puedan conllevar una afectación del patrimonio público. Sin embargo, estos controles no deben ser tan estrictos que asfixien la motivación de las partes ni su capacidad de actuar de manera independiente y de resolver las controversias a través de la negociación, ahorrándose el desgaste administrativo y financiero de un escenario contencioso. Sobre todo, en proyectos de infraestructura, en los que garantizar la continuidad del servicio o la pronta terminación de las obras es esencial, ya que estas involucran intereses públicos como el acceso de las comunidades a estas obras.

Para el desarrollo de mejores prácticas, un buen punto es contar con el soporte de expertos para elaborar la fórmula de arreglo correspondiente que va a quedar en el acuerdo conciliatorio. En ese sentido, puede buscarse el apoyo de profesionales en la parte técnica para estudiar las disputas entre las partes, la viabilidad de que estas prosperen y, sobre todo, en la parte financiera, para tener un visto bueno, desde una opinión neutral, de que la conciliación es viable y corresponde a la realidad económica de las partes. Por supuesto, esto puede llevar a cuestionamientos por parte de las entidades de control y la rama judicial. En parte porque las autoridades podrían tratar de contradecir los acuerdos conciliatorios con dictámenes independientes de los comisionados por las partes. Dado que es muy viable que expertos diferentes lleguen a conclusiones distintas, esta interferencia de las autoridades puede una vez más llevar a erosionar la utilidad de la conciliación.

Otro punto que debería tenerse en cuenta es si las entidades de control ya han emitido decisiones en el pasado relacionadas directa o indirectamente con la controversia que una entidad está considerando conciliar. Al respecto, cabe precisar que, en estos casos, es probable que existan procesos paralelos a la controversia sobre asuntos económicos o contractuales, como procesos de responsabilidad fiscal o disciplinaria contra contratistas o funcionarios de las entidades públicas. En ese sentido, los pronunciamientos previos pueden servir como guía para que la entidad comprenda el punto de vista de los entes de control y tenga una mejor opinión de la viabilidad o no de un acuerdo conciliatorio. De esta forma, es notorio que, si el acuerdo desconoce o contraría los hallazgos de los entes de control, no resultaría conveniente para la entidad pública en cuestión seguir adelante con este. Sobre este punto, la tensión entre el acuerdo y las decisiones de los entes de control no sólo pueden resultar inconvenientes para la entidad pública, sino que resultarían en actuaciones contradictorias del Estado.

En últimas, la conciliación en Colombia abre la puerta a que las partes logren llegar a acuerdos consensuados en los que, idealmente, se establezcan pautas equitativas que permitan el mejor acuerdo posible incurriendo en menos costos y tiempo, así como permite disminuir la congestión del sistema judicial. Ahora bien, las reflexiones presentadas anteriormente también dejan clara la encrucijada en la que las entidades públicas se encuentran, pues aún a pesar de los beneficios expuestos en términos de costos, tiempo y posibilidad de ganancia de pleitos con baja viabilidad jurídica, los criterios legales desarrollados en la jurisprudencia aún son ambiguos y pueden ser una camisa de fuerza que supone múltiples riesgos legales y disciplinarios para las entidades y funcionarios que buscan llegar a un acuerdo conciliado de buena fe.