

El presupuesto procesal de la conciliación en Colombia, en el medio de control de reparación directa: Un análisis desde el principio de tutela judicial efectiva

The procedural budget of the conciliation in Colombia, in the means of direct repair control: an analysis from the beginning of effective judicial protection

Cindy Correa¹
Luisa Fernanda Fernández Uribe²

Recibido: 08/01/2020 - Aceptado: 26/05/2020 – Publicado:

Cómo citar este artículo: Correa, C. y Fernández Uribe L. F. (2020). El presupuesto procesal de la conciliación en Colombia, en el medio de control de reparación directa: Un análisis desde el principio de tutela judicial efectiva. *Nuevo Derecho*; 16(26): 1-16

Resumen

El presupuesto procesal de la conciliación nace para dar cumplimiento a algunos fines estatales. No obstante, como toda institución jurídica, es importante analizar su impacto social, su interacción con otras normatividades y su interrelación en el universo jurídico con derechos y garantías constitucionales, en este caso, en litigios que se tramitan a través del medio de control de reparación directa. Por consiguiente, se iniciará enunciando los motivos que dieron lugar al origen de este requisito procesal, se analizarán los conflictos que atiende la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se llevará a cabo una aproximación conceptual a la conciliación extrajudicial, al principio de tutela judicial efectiva, derecho de acción y medio de control (con énfasis en el de reparación directa). Lo anterior, teniendo en cuenta que son estas instituciones las que concurren e interactúan al momento en que los ciudadanos acuden a reclamar una reparación (indemnización) ante la jurisdicción por el daño antijurídico presuntamente padecido por omisión o a manos del Estado.

Palabras clave: tutela judicial efectiva, presupuesto procesal, conciliación extrajudicial, responsabilidad estatal, medio de control, reparación directa.

Abstract

The procedural budget of conciliation is born to fulfill some state purposes. However, like any legal institution, it is important to analyze its social impact, its interaction with

¹ Abogada por la Institución Universitaria de Envigado, Ant, Colombia. Correo Electrónico: cindycorrea.u@gmail.com. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-1655-3104>.

² Estudiante de pregrado en derecho por la Institución Universitaria de Envigado, Ant, Colombia. Correo Electrónico: luisafer98@gmail.com.

other regulations and its interrelationship in the legal universe with constitutional rights and guarantees, in this case, in litigations that are processed through the direct repair control medium. Therefore, it will then begin to state the reasons that gave rise to the origin of this procedural requirement, we will analyze the conflicts served by the jurisdiction of the administrative dispute, a conceptual approximation will be made to the extrajudicial conciliation, at the beginning of the effective judicial writ for the protection of constitutional rights and the right of action, means of control (with emphasis on the means of control for direct restitution). The above said keeping in mind that it is these institutions that attend and interact at the time when citizens come to claim restitution (compensation) before the jurisdiction for the anti-legal damage allegedly suffered at the hands of the State.

Keywords: Effective judicial writ for protection of constitutional rights, judicial budget, extrajudicial conciliation, damage, state responsibility, means of control, direct restitution.

1. Introducción

La conciliación extrajudicial como presupuesto procesal para acudir a la jurisdicción se instauró a partir de la Ley 23 de 1991,³ y desde entonces ha sido regulada por medio de las siguientes leyes: 80 de 1993; 446 de 1998 ; 640 de 2001, 1285 de 2009, 1395 de 2010, 1437 de 2011, 1564 de 2012, 1563 de 2012; decretos: 2651 de 1991, 2511 de 1998, 1214 de 2000, 1716 de 2009 y 1069 de 2015; y la Sentencia C-893 de 2001 de la Corte Constitucional; y ha sido modificada y corregida en diferentes aspectos.⁴

Estas modificaciones han pretendido, entre otras cosas, perfeccionar el método de tal forma que permita alcanzar los fines propuestos en sus inicios como descongestionar la administración de justicia: “por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los Despachos Judiciales” (Congreso de la República, 1991, Ley 23). A pesar de esto y como resultado de la confrontación de esta institución con otras de igual o mayor relevancia jurídica como la tutela judicial efectiva, se hace necesario evaluar la manera en que se materializa este método alternativo de resolución de conflicto como presupuesto procesal en materia de lo contencioso administrativo, específicamente en el medio de control de reparación directa.

De esta manera, se pretende ponderar si lo alcanzado en descongestión judicial y beneficio fiscal es de tal magnitud que justifique la continuidad de este requisito considerando el límite que supone al ejercicio del derecho de acceso a la administración de justicia. Es importante resaltar que a través de este medio de control se reclama la indemnización ocasionada por el daño antijurídico que eventualmente genere el Estado

³ Desde entonces, y actualmente, se dispuso la conciliación como presupuesto procesal para las acciones o medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales, artículos 85, 86, 87 de la entonces vigente Ley 01 de 1984 respectivamente.

⁴ Estas leyes, decretos-Ley y sentencias han modificado este requisito procesal de manera sustancial en temas que van desde quien tiene la función como conciliador, quien está facultado dentro de la entidad para disponer del derecho en audiencia, representación y delegación para conciliar y de manera procesal aspectos como la suspensión de la caducidad de la acción y requisitos de la solicitud de conciliación.

y, que en no pocas ocasiones, este daño es ocasionado a bienes jurídicos constitucionalmente denominados derechos fundamentales y convencionalmente derechos humanos.

2. La noción de conflicto relevante para el derecho administrativo

Con el propósito de determinar el alcance de la noción de *conflicto*, señalamos algunas acepciones que del término hace la Real Academia Española (2019): “Apuro, situación desgraciada y de difícil salida. Problema, cuestión, materia de discusión”. Desde la perspectiva filosófica es importante resaltar que, como se esbozó en la visión aristotélica, el ser humano es un *Zoom Politikom*,⁵ como lo expresa el filósofo en su obra *La Política*.

De lo dicho se deduce con evidencia que la *polis* existe en la naturaleza, y que el hombre por naturaleza es un animal político. Quien, pues, por su naturaleza —y no por accidente— [carece] de *polis* es o un loco, o un [ser] superior, o un individuo como [aquel] a quien condena Homero, [como alguien] *sin familia, sin ley y sin hogar* (Aristóteles, 2000, p. 39).

Y, cuando se hace referencia a que el ser humano es un animal político, se hace alusión a que el hombre está avocado a vivir en sociedad, ergo, al cumplir el rol de ciudadano, las relaciones interpersonales son necesarias e ineludibles y estas por tanto hacen que existan intereses y visiones disímiles entre los diferentes actores sociales, generando un conflicto que a mayor relación, mayor margen de litigiosidad.

Así las cosas, con la postura del estagirita sobre la naturaleza social del humano se puede deducir que, si bien el conflicto es consecuencia de las relaciones sociales, estas últimas son connaturales al antropo.

Ahora bien, de poco o nada sirve vivir en sociedad sin mecanismos o instituciones que permitan una forma de sociabilidad más grata; en el caso concreto del conflicto también deben existir unas formas de componer el mismo, deontológicamente hablando, lo ideal sería, una medida autocompositiva en la que haya alternativas heterocompositivas cuando las partes en entredicho no lo logran *motu proprio*, y que por lo menos desde el punto de vista legítimo le pongan fin al conflicto. Sin embargo, el derecho nace como respuesta a la necesidad de tramitar los conflictos a los cuales las partes no pueden, de manera sana, gestionar directamente.

Estos conflictos son elegidos por cada sociedad basados en su propia escala de valores. En este sentido, lo que se ha afirmado en párrafos precedentes es que no cualquier pugna intersubjetiva de intereses es relevante para un ordenamiento jurídico, deduciendo con facilidad que hay unos conflictos relevantes y otros que no lo son.

(i) Conflicto no relevante para el derecho: cada sociedad, de acuerdo con su cultura y su cosmología desde el punto de vista axiológico le otorga preponderancia en

⁵ Animal político.

distintos grados a determinadas construcciones conceptuales. Por ello, se podría decir que desde la dimensión jurídica, algunas prácticas no son objeto de estudio directo del derecho, debido a la escasa preeminencia que la sociedad le otorga para ser jurídicamente tutelado, por ejemplo, la discrepancia conceptual que se tiene con un tercero por su obrar legítimo, una ruptura amorosa o de amistad.

(ii) Conflicto relevante para el derecho: en este ordinal, al contrario del postulado anterior, se trata de conflictos que debido a su gran trascendencia social el sistema de fuentes del derecho los ha elevado a la categoría de bienes jurídicos mediante norma positiva o no, pero al fin y al cabo protegidos por la disciplina jurídica. Así pues, dichos valores, dejan de ser de importancia exclusiva en el trato social y adquieren protección mediante un fenómeno de coercibilidad que así los proteja.

Teniendo ya conceptualmente claro el conflicto relevante y no relevante para el derecho, por el alcance de este escrito se hace necesario determinar qué tipo de colisión es relevante dentro de la disciplina del derecho administrativo y para lograr concluir con éxito este interrogante, es importante desentrañar de la doctrina el concepto de derecho administrativo.

Como se puede observar en palabras del profesor Gamboa (2017):

[...] entendemos el derecho administrativo como el subsistema del ordenamiento jurídico que tiene por objeto el conocimiento y regulación jurídica de los órganos (públicos o particulares), sujetos (sujetos públicos o particulares) y funciones públicas administrativas de la administración pública (función administrativa por órganos y sujetos públicos y privados), y de sus relaciones con los asociados y la comunidad, bajo el contexto de propósitos, finalidades, principios y valores fundantes y sustentadores del Estado Constitucional (adecuado a parámetros y estándares convencionales), tendiente a la consolidación de la buena administración (p. 133).

De las palabras de Gamboa, se puede colegir que la administración se relaciona con sujetos de derecho público y privado por medio de (i) actos administrativos, (ii) hechos, (iii) omisiones, (iv) operaciones administrativas y (v) contratos administrativos, siempre tendiente al cumplimiento de los propósitos, finalidades, principios y valores, por ello cuando aparece un conflicto bajo las premisas inmediatamente anteriores, entendemos que se trata de una pugna intersubjetiva relevante para el derecho administrativo.

3. Aproximación a la conciliación extrajudicial

La conciliación, como figura de posible composición de los conflictos, puede presentarse en el curso del proceso o por fuera de este. Así las cosas, la legislación, la doctrina y la jurisprudencia lo clasifican la conciliación entre judicial o extrajudicial.

En este fenómeno jurídico-social la manera de solucionar los conflictos tiene unas características que se pueden abstraer de la norma o de un ejercicio lógico deductivo. Entonces puede decirse que dentro de los rasgos se encuentran:

- (i) Un conflicto real y relevante con posibles consecuencias jurídicas.
- (ii) La espontaneidad, como regla general, lo lógico en esta característica es que las partes acudan a esta institución auto-componedora, de manera libre, pudiendo de allí deducirse de manera primigenia el ánimo conciliatorio.
- (iii) La libre discusión, pues les es dable a las partes la negociación sobre materias que no sean de orden público (irrenunciables), con el propósito de arreglar la desavenencia, pues sería un dislate considerar la existencia de la conciliación sin esta característica.
- (iv) La coordinación y tercería, pues existe un conciliador —un tercero— que facilita —coordina— la audiencia.
- (vi) La no obligatoriedad de pacto, que se trae a colación en la medida que la finalidad de las partes es ponerle fin autónomamente a su desavenencia y no para que quienes se encuentran en desacuerdo se vean avocados de manera inexorable a llegar a un acuerdo.
- (vii) La informalidad, que hace que esta figura sea necesariamente práctica, pues de una parte, poco o nada aportaría a dos sujetos (extremos de controversia) que son contrapartes, que ya de por sí es engorroso exigirles formalismos que desincen-tiven el ánimo de arreglar y de otro lado, ni el conciliador es un juez, ni la audiencia de conciliación es un proceso judicial que requiera de la legalidad de unas formas, etapas y valoración probatoria.

4. Anatomía de la tutela judicial efectiva

Según la Constitución Política de 1991, en la arquitectura o diseño estatal, Colombia es un Estado de derecho (art. 1) , esto implica unos elementos o requisitos para su existencia.

(i) Principio de igualdad, que se ve reflejado en el principio de legalidad (igualdad formal y no material).

(ii) Sometimiento a la ley, esta en sentido formal, como circunstancia habilitante para actuar; fundamentalmente expresada en la carta constitucional: “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, art. 6).

(iii) División funcional y orgánica de poderes, que se materializan en ramas del único poder público y organizaciones pertenecientes al mismo,

Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento

de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines (Negrilla de los autores, Asamblea Nacional Constituyente, 1991, art. 113).

(iv) Controles recíprocos (sistema de pesos y contrapesos), esto quiere decir, que si bien el modelo colombiano es presidencialista, el poder del presidente no es absoluto; así como el de los jueces y legisladores, sin embargo, aun cuando exista una flexibilidad en sus relaciones, ordenada constitucionalmente en la colaboración armónica, una rama del poder público controla a la otra, a fin de, que no exista una ‘dictadura’ de una rama u órgano sobre el otro, por lo menos desde el diseño institucional.

(v) Independencia judicial, materializada en que los jueces en sus providencias (autos y sentencias) únicamente están sometidos funcionalmente a la Constitución y la Ley, lo que garantiza un verdadero control del ordenamiento jurídico por parte de los particulares y los servidores públicos.

(vi) Principio democrático, esto implica que al menos el órgano legislativo del poder público tenga representación popular. Está compuesta por representantes a la Cámara y senadores, es un congreso (legislativo) bicameral y su origen es absolutamente democrático, según la Constitución Política de Colombia de 1991 “Los senadores y los representantes serán elegidos para un período de cuatro años, que se inicia el 20 de julio siguiente a la elección” (art. 132).

(vii) Consagración o reivindicación de derechos fundamentales de libertad, conocidos como derechos de primera generación. (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, Título II, capítulo 1, art. 11-41).

Además de los requisitos atrás expresados, para la existencia del Estado de derecho, debe existir un derecho fundamental no solo fundante, sino transversal a varios de los requisitos: la *tutela judicial efectiva*. Se trata de una institución de naturaleza mixta, de alcance procesal en la medida que tiene una directa relación con todas las etapas del proceso: primero, es previa al proceso, pues está íntimamente relacionada con el derecho de acción, que es aquel derecho abstracto que le permite al sujeto de derechos acudir a la jurisdicción o sus equivalentes para ventilar una pretensión procesal, siempre y cuando medie de manera razonable y proporcional unas formalidades, la invocación de un derecho y la tutela jurídica a través de un juez o su equivalente; segundo, existe en el curso del proceso, puesto que tiene una íntima relación con el debido proceso y así lo estipuló el legislador:

ACCESO A LA JUSTICIA. Toda persona o grupo de personas tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva **para el ejercicio de sus derechos y la defensa de sus intereses, con sujeción a un debido proceso de duración razonable. Los términos procesales se observarán con diligencia** y su incumplimiento injustificado será sancionado (negrilla de los autores, Congreso de la República, 2012b, Ley 1564, art. 2).

Tercero, se encuentra en la etapa posterior al proceso, que inicia una vez se dé la firmeza de la sentencia o aquella providencia que ponga fin al proceso y está relacionada con la tutela judicial efectiva, porque, de poco o nada sirve un acceso a la justicia; un proceso efectivo y una sentencia como resultado, si aquella última no es efectiva.

4.1. La tutela judicial efectiva: concepto e implicaciones

La tutela judicial efectiva y su amplio espectro jurídico-político⁶ tiene varias dimensiones que impacta el acontecer nacional en sus individuos o colectivos. La Corte Constitucional (2002a) la ha definido así:

Se traduce en la posibilidad, reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos **previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes** (negrilla de los autores, Sentencia C-426).

A continuación, se presentan la tutela judicial efectiva desde diferentes conceptos del derecho.

(i) Como derecho fundamental, enmarcada en los artículos 29 y 229 de la Constitución Política, que la hace en derecho susceptible de acción de tutela (Corte Constitucional, 2002b, C-454).

(ii) Como expresión democrática, en la medida, se reitera, que se denomina expresión democrática-política- porque desarrolla la dogmática constitucional, concretamente desde el preámbulo hasta la forma y los fines estatales.⁷

(iii) Efectividad como preeminencia del orden sustancial sobre el formal. Entender la efectividad en este acápite, hace referencia necesaria a la eficiencia del derecho sustancial dentro de las ritualidades del derecho procesal, pues hay que darle prevalencia a la sustancialidad del asunto y no la estricta forma. No se puede perder de vista que, el rito de la norma instrumental siendo importante no es un fin en sí mismo, lo que se busca es el sentimiento procesal y sustancial de justicia.

El concepto de ‘efectividad’ que acompaña este derecho supone que el acceso a la justicia no se circunscribe a la existencia de mecanismos nominales para poner en marcha la admi-

⁶ Se dice que político, porque la tutela judicial efectiva apunta al cumplimiento de los fines esenciales del Estado (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 2).

⁷ Constituye un pilar fundamental de la estructura de nuestro actual Estado social de derecho, en cuanto contribuye decididamente a la realización material de sus fines esenciales e inmediatos como son, entre otros, los de garantizar un orden político, económico y social justo, promover la convivencia pacífica, velar por el respeto a la legalidad y a la dignidad humana y asegurar la protección de los asociados en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades públicas.

nistración de justicia, sino que exige un esfuerzo institucional para restablecer el orden jurídico y garantizar la prevalencia del derecho sustancial (Corte Constitucional, 2016, C-086).

(iv) Como núcleo esencial del debido proceso, el cual es de naturaleza bilateral, que no va encaminado únicamente al extremo activo de la litis, sino también al pasivo, por ello, todo el compendio de acciones, medios impugnativos e instancias procesales constituyen tutela jurisdiccional efectiva, así lo expresa la Corte Constitucional (2016): “la tutela judicial efectiva también hace parte del núcleo esencial del debido proceso (art. 29 CP) y desde esta perspectiva se proyecta como derecho fundamental de aplicación inmediata”.

(v) Configurabilidad o diseño de procedimientos procesales dentro del límite de la tutela judicial efectiva: materia de reserva legal o garantía constitucional, vedada al reglamento; pero el legislador desde la orbita de sus competencias y en el amplio margen de configuración legislativa es quién le otorga la constitución, puesto que tiene maniobrabilidad dentro de la razonabilidad y la proporcionalidad de confeccionar ritualidades instrumentales (procesales).

Es así como la definición concreta de las etapas, características, términos, recursos, medios de prueba, formalidades y demás aspectos propios de un proceso judicial, habrá de ser valorada y definida por el Legislador dentro de los límites generales antes mencionados, uno de los cuales es precisamente el derecho a la tutela judicial efectiva (Corte Constitucional, 2016, C-086).

4.2 La tutela judicial efectiva entre el referente dialéctico del ser y el deber ser

Como todo en el derecho, y por ondas connotaciones jurídicas que tiene la conciliación extrajudicial, no es difícil concluir que *debería ser* de una forma pero es de otra; en la práctica y en el devenir social se van dando visitudes que hacen imperativo una reforma, modulación e interpretación diferentes, como ahora se señala en este artículo, del medio de control de la reparación directa.

Para nadie es un secreto la congestión que afecta actualmente a los despachos judiciales; la ausencia de autocomposición y, en el caso del derecho público, el daño antijurídico. Por esta razón, el Congreso de la República, enmarcado primigeniamente en la Ley 1285 de 2009, buscaba de alguna manera remediar los aspectos antes enunciados, lo que apenas justificaba la implementación de dicha norma.

Al crear legislativamente un presupuesto procesal de tal raigambre. Pues que mejor para las partes: Estado y víctimas, que para el Estado no haya un significativo detrimento patrimonial con ocasión a un daño antijurídico y que la víctima sea reparada oportunamente sin la carga de un proceso judicial.

Por otro lado, se hace una simple mención al *ser*, pues en las conclusiones de este artículo se develarán algunos aspectos del mismo. En el caso de la reparación directa la víctima rara vez se ve beneficiada con esta institución pues la poca cultura conciliadora por parte del Estado ha hecho que los reclamantes se vean avocados a realizar todo el trámite del proceso, posicionándose dialécticamente, como se decía, en el *ser* con mayores gastos patrimoniales por parte del Estado y revictimizando al sujeto activo de la relación procesal, desdibujando la filosofía que da nacimiento a este fenómeno autocompositivo.

5. Aproximación a la acción y la conciliación extrajudicial como uno de sus presupuestos

Estudiar el derecho de acción desde cada uno de sus componentes —(i) acceso a la jurisdicción, (ii) derecho a que se adelante un debido proceso, (iii) derecho a la decisión de fondo o de mérito, y (iv) efectividad de la sentencia—, nos permite observar qué impacto tiene el presupuesto de la conciliación en cada uno de ellos.

Respecto a la conciliación extrajudicial como presupuesto procesal la Corte Constitucional (2001a, C-893) la ha definido como:

Un procedimiento por el cual un número determinado de **individuos**,⁸ trabados entre sí por causa de una controversia jurídica, se reúnen para componerla con la intervención de un tercero neutral —conciliador— quién, además de proponer fórmulas de acuerdo, da fe de la decisión de arreglo e **imparte su aprobación**.⁹ El convenio al que se llega como resultado del acuerdo es obligatorio y definitivo para las partes que concilian” (negrilla de los autores).

Mediante la Sentencia C-1195 (Corte Constitucional, 2001b), se señaló las características de la conciliación con miras a determinar su efectividad en cuanto a los fines propuestos por el legislador.

Por último, en múltiples sentencias emitidas por la Corte Constitucional (T-594 de 1992, C-037 de 1996,¹⁰ C-160 de 1999, C-893 de 2001, C-1195 de 2001, entre otras) se resume la importancia de los métodos alternativos de solución de conflictos de la siguiente manera:

- 1) Buscan hacer efectivo uno de los fines constitucionales como es el de la convivencia pacífica;

⁸ Se debe aclarar que en jurisdicción de lo contencioso administrativo uno de esos individuos es una entidad estatal, el Estado en cabeza de ella y que en litigios administrativos en los cuales ambas partes del conflicto son entidades estatales, la parte accionante no tiene que agotar el requisito procesal de la conciliación.

⁹ La aprobación en esta jurisdicción está a cargo del juez contencioso administrativo de acuerdo con el artículo noveno, numeral 5, del Decreto 1716 de 2009.

¹⁰ Revisión constitucional del proyecto de ley “Estatutaria de la Administración de Justicia”.

2) Permiten la participación directa de los interesados en la resolución de sus conflictos, como una manifestación del principio de participación democrática que es axial a nuestra organización estatal,

3) Son otra forma de hacer efectivo el derecho de acceso a la administración de justicia; y 4) Son un buen mecanismo para lograr la descongestión judicial, pero no se debe tener como su fin único o esencial. (Corte Constitucional, T-594, 1992).

Adicional a lo establecido por la Corte, encontramos algunas características propias de la conciliación en materia de lo contencioso administrativo.

Conciliador calificado: en materia de lo contencioso administrativo, las conciliaciones se llevarán a cabo ante los procuradores delegados para esta jurisdicción.

Derecho de postulación: una característica de la conciliación en general es la informalidad, en la jurisdicción contencioso administrativa sin embargo, se exige que el convocante acuda ante la procuraduría a solicitar la audiencia de conciliación por medio de apoderado judicial.

Eficacia del acuerdo: los efectos propios del acuerdo de conciliación logrados ante la procuraduría quedaran supeditados a la aprobación del juez contencioso, solo despues de dicho trámite, el acuerdo prestará mérito ejecutivo y hará tránsito a cosa juzgada.

Suspende el término de caducidad de la acción: de acuerdo con lo establecido en el Decreto 1716, la presentación de la solicitud, suspende el término de caducidad hasta por 3 meses.

Requisitos formales de la solicitud: la solicitud que debe presentar el convocante por medio de su apoderado judicial ante el procurador delegado para asuntos de lo contencioso administrativo, se asemeja notablemente a escrito de demanda, en cuanto a los requisitos exigidos por el legislador.

La aprobación judicial: como se ha explicado, el acuerdo logrado habrá de remitirse al juez administrativo para que haga control tanto fiscal como de derechos no susceptibles de conciliar (López, 2012, p. 50).

6. Medio de control en el derecho procesal administrativo

Con anterioridad a la Ley 1437 de 2011, los llamados ahora *medios de control* tenían la denominación de acciones, este cambio tuvo su origen en el análisis de la palabra *acción*, “como derecho abstracto que tiene toda persona de acudir a los jueces, independiente de lo que solicite” (Hincapié, 2013, p. 267), ajustándose de una forma más exacta y en sentido técnico a lo que se busca, *medio de control* no es más que:

[...] someter al conocimiento del juez la discusión de la legalidad de los actos de la administración y el juzgamiento de los hechos producidos por ésta, para hacer desaparecer del ordenamiento jurídico aquellos que lo vulneren, con el restablecimiento del derecho particular que se haya conculcado y también para la obtención de la indemnización cuando se haya causado un daño particular” (Hincapié, 2013, p. 267).

Todo esto tiene origen en dos principios que desarrollan las garantías de los administrados en nuestro Estado; el principio de legalidad y el de responsabilidad. El principio de legalidad hace referencia a que la administración debe someterse a lo estipulado por la ley en cada una de sus actuaciones.¹¹ Por su parte, el principio de responsabilidad se refiere a que en caso de que la administración actúe y omita la ley, esta será sometida al reproche y en consecuencia obtendrá una sanción.

Esta postura, en aras del buen funcionamiento de la administración, admite instituciones que protegen los pronunciamientos y acciones de la administración. Estas son las presunciones de legalidad (el acto se presume legal mientras este no haya sido anulado o suspendido por la jurisdicción) y de certeza (que son ciertas las razones que dieron como resultado ese acto). Ambas presunciones protegen las decisiones de la administración con el fin antedicho de celeridad y buen funcionamiento de la administración, pero en favor de los administrados se estipula una última presunción que supone la responsabilidad de la administración cuando con en el despliegue de sus funciones o en omisión de ellas se produce un daño antijurídico.

La forma establecida tanto para desvirtuar las dos primeras presunciones como para reclamar la indemnización por el daño antijurídico ante la administración son los medios de control. Para Jaramillo (2013) , estos se dividen en dos grupos según su objeto:

Los de impugnación: en los cuales se cuestiona siempre la legalidad de un acto administrativo o su revisión, como serían las de nulidad, nulidad y restablecimiento, electorales, cartas de naturaleza y las contractuales que giren en torno a los actos contractuales. Además, pueden incluirse en esta clase la de nulidad por inconstitucionalidad contemplada en el artículo 135 e, incluso, la prevista en su artículo 136 control inmediato de legalidad.

Los de reclamación: en las cuales el interesado acudirá directamente al juez para el reconocimiento de sus pretensiones, por no existir una administración administrativa previa cuya legalidad deba cuestionar, como serían las de reparación directa y la mayoría de las contractuales. Todas las constitucionales caben también en esta clasificación, como las de tutela, cumplimiento, desinvestidura, populares y de grupo, etc. (Negrilla de los autores, p. 54).

¹¹ En palabras de la Corte Constitucional (2001c, C-710): “El principio constitucional de la legalidad tiene una doble condición de un lado es el principio rector del ejercicio del poder y del otro, es el principio rector del derecho sancionador. Como principio rector del ejercicio del poder se entiende que no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley. Este principio exige que todos los funcionarios del Estado actúen siempre sujetándose al ordenamiento jurídico que establece la Constitución y lo desarrollan las demás reglas jurídicas”.

Esta clasificación es relevante en la medida que aclara la importancia de elegir el medio de control a utilizar sea para corregir un acto emitido administrativo, esto es, atacar las presunciones citadas, o para solicitar la indemnización por el daño antijurídico que como vimos se presume del Estado.

Ahora nos adentraremos entonces al medio de control de reparación directa que se ubica entre los medios de control de reclamación “para increpar la reparación del daño antijurídico (art. 90 superior), producido por los hechos, omisiones, operaciones administrativas, ocupación temporal o permanentes de inmuebles por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa” (Muñoz, 2014, p. 8).

Es de vital importancia aclarar los presupuestos necesarios para que se configure la responsabilidad patrimonial del Estado. La Corte Constitucional en Sentencia C-644 de 2011 señala que

La responsabilidad patrimonial del Estado, en nuestro sistema jurídico, encuentra fundamento en el principio de la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, y se configura cuando concurren tres presupuestos fácticos a saber: **un daño antijurídico o lesión**, definido como el menoscabo o perjuicio que sufre la víctima en su patrimonio o en sus derechos personalísimos, sin tener el deber jurídico de soportarlo; **una acción u omisión imputable al Estado**, que se presenta cuando la administración pública no satisface las obligaciones a su cargo dentro de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en el que han sido fijadas; **y una relación de causalidad**, para que el daño antijurídico atribuido al Estado sea indemnizable, que exige que este sea consecuencia del incumplimiento de las obligaciones de la Administración, esto es, desde una perspectiva negativa, que el daño sufrido por la víctima no se derive de un fenómeno de fuerza mayor o sea atribuible a su conducta negligente (negrilla de los autores).

Por otra parte, el concepto de *reparación* inicia en la Convención de la Haya en reconocimiento de las víctimas de violación de derecho internacional humanitario,¹² además se desarrolla en la Declaración Universal de los Derechos Humanos,¹³ y, después de esto podemos encontrar tal concepto en múltiples convenciones internacionales como la Convención interamericana sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y la Convención sobre los derechos del niño, entre otras de igual importancia. Es innegable que, mediante la reparación directa se reclaman mayormente indemnizaciones por violaciones a derechos humanos, esto es, derechos de primera categoría con mayor relevancia nacional e internacional, por esto, esta herramienta merece ser analizada de manera minuciosa, y protegida, toda vez que muchas de las veces este medio de control es utilizado por personas en situación de vulnerabilidad manifiesta que han sufrido abusos a sus derechos fundamentales, hechos en los cuales el respon-

¹² Art. 3. La parte beligerante que viole las disposiciones de dicho Reglamento estará obligada a indemnización, si fuere el caso, y será responsable de todos los actos cometidos por las personas que hagan parte de su fuerza armada. (Convención de la Haya, 1907, convención IV)

¹³ Artículo 8 Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948).

sable es el Estado a través de sus servidores y en otros resultados de omisiones del mismo que derivan en hechos lamentables que no solo afectan a la víctima directa e indirecta sino que sus efectos dañan a la humanidad.

7. Conclusiones

Queda a modo de conclusión entonces el concepto y naturaleza de la tutela judicial efectiva como derecho fundamental y como pilar de lo que se entiende como Estado social de derecho; su lugar en el universo jurídico como referente dialéctico, esto es, su desenvolvimiento entre el deber ser y el ser, importante esto en cuanto se encuentra que no existe una debida ponderación entre este derecho de raigambre constitucional y la conciliación como presupuesto procesal en ciertos medios de control, concretamente el de reparación directa. Y nos referimos a ponderación porque se ha entendido como que el derecho administrativo es el control al poder y la reparación directa, por excelencia controla abusos en los hechos, omisiones, operaciones y actos de la administración y por lo tanto tendría que tener algunas consideraciones especiales respecto de su procedimiento.

En la jurisdicción de lo contencioso administrativo se institucionaliza la conciliación como requisito procesal mediante Ley 1285 de 2009, (aunque antes de esto ya se hubiese definido como tal mediante directiva presidencial 2 de 28 de febrero de 2003 y el convenio interinstitucional celebrado el 1° de marzo de 2005 entre la Procuraduría General de la Nación y el Ministerio del Interior y de Justicia, con el propósito de la protección del patrimonio público) así, su artículo 13 ordena:

que a partir de la vigencia de esta Ley, cuando los asuntos sean conciliables, siempre constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan, el adelantamiento de la conciliación extrajudicial (Congreso de la República, 2009, Ley 1285, art. 13).

Los fines que dieron origen a esta decisión como se explican anteriormente se resumen de la siguiente manera: (i) facilitar el acceso a la administración de servicio de forma rápida y a menor costo, (ii) promover la participación de los ciudadanos en la solución de controversias dando cumplimiento a lo mandado por el artículo 2 de la Constitución Nacional, (iii) contribuir con la consecución de la convivencia pacífica y evitar que los conflictos se agudicen como consecuencia del proceso litigioso (iv) favorecer la realización del debido proceso porque esta herramienta reduce las dilaciones injustificadas en la resolución del conflicto y (v) repercutir en la efectividad de la administración de justicia, al contribuir a la descongestión de los despachos judiciales.

Este tema se puede agotar resaltando la paradoja que se desprende de lo antedicho, en tanto, la manera errada de ponderación entre una y otra institución, como se pudo ver conceptualmente la tutela judicial efectiva es la regla general y resulta llamativo que el establecimiento de un requisito que pone límite a este derecho sea defendido como

un facilitador para el disfrute del mismo. Por otra parte, al ser este requisito aplicado al medio de control de reparación directa se desvirtúan el fin de la concepción de la *convivencia pacífica* entre los ciudadanos, toda vez que, es una de las partes el Estado mismo, quien, al imponer un límite a la otra parte (el ciudadano) para reclamar de él una indemnización por el daño antijurídico, envía un mensaje contradictorio y agudiza la desventaja de este ante una parte litigiosa poderosa como lo es el Estado.

En cuanto a la reducción de dilaciones, es claro que en los casos en los cuales el ciudadano reclama una reparación por parte del Estado como consecuencia de una condena ya en firme a este en la jurisdicción penal, civil o ambas, exigir este requisito supone una *dilación injustificada*, precisamente aquello que buscaba evitarse. Por último, en cuanto al fin de descongestión de depachos judiciales, puede ser un fin legítimo, pero debemos preguntarnos si es acertado limitar un derecho fundamental en búsqueda de descongestionar la administración de justicia y si es por lo menos apropiado poner esta responsabilidad en detrimento de los derechos de una víctima del Estado.

En resumen, se encuentra una carencia en el alcance de la conciliación en el medio de control de reparación directa, vistos estos procesos solo como indemnizatorios y que van en detrimento del herario público se pierde la oportunidad de aplicarlo de modo que sea un vehículo por medio del cual se repare de forma integral a los ciudadanos que sufrieron por parte del Estado llamado a protegerlos de un “daño antijurídico”. Podríamos de manera aventurada y para efectos académicos, y en casos concretos, por ejemplo, cuando el Estado en la jurisdicción penal ha sido condenado por crímenes contra la sociedad civil, podría pensarse en aplicar una carga dinámica en el presupuesto procesal de la conciliación, pues no tiene sentido que quien ya venció en proceso penal tenga la carga de proponer inicialmente la conciliación para acceder a reclamar la reparación, sino más bien en la contestación de la demanda para ser oído en proceso, la entidad infractora deba aportar una propuesta de conciliación.

Se nota una ausencia de acciones positivas por parte del Estado en materia legislativa, judicial y administrativa; pues, en virtud del artículo 13 de la Constitución Nacional, debe ser el Estado quien ‘promueva’ las acciones para que la igualdad sea real y efectiva y esto se refiere a que si bien al ciudadano se le impone esta carga, al Estado en virtud del inciso 2° del artículo 613 del Código General del Proceso, se encuentra eximido de agotar este requisito de procedibilidad en los mismos procesos para los cuales al ciudadano le es exigible.

7. Referencias

- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. París: ONU.
- Aristóteles. (2000). *La política*. Bogotá: Panamericana Editorial.
- Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá: Gaceta Constitucional No. 127 de 10 de octubre de 1991.

- Colombia. Congreso de la República. (1991). Ley 23 de 1991. Bogotá: Diario oficial 39752 de 21 de marzo de 1991.
- Colombia. Congreso de la República. (1993). Ley 80. Bogotá: Diario oficial 41094 de 28 de octubre de 1993.
- Colombia. Congreso de la República. (1998). Ley 446. Bogotá: Diario oficial 43.335 de 8 de julio de 1998.
- Colombia. Congreso de la República. (2001). Ley 640. Bogotá: Diario oficial 44.303 de 24 de enero de 2001.
- Colombia. Congreso de la República. (2009). Ley 1285. Bogotá: Diario oficial 47.240 de 22 de enero de 2009.
- Colombia. Congreso de la República. (2010). Ley 1395. Bogotá: Diario oficial 47.768 de 12 de julio de 2010.
- Colombia. Congreso de la República. (2011). Ley 1437. Bogotá: Diario oficial 47.956 de 18 de enero de 2011.
- Colombia. Congreso de la República. (2012a). Ley 1563. Bogotá: Diario oficial 48489 de 12 de julio de 2012.
- Colombia. Congreso de la República. (2012b). Ley 1564. Bogotá: Diario oficial 48489 de 12 de julio de 2012.
- Colombia. Corte Constitucional. (1992). Sentencia T-594. Magistrado Ponente: Jose Gregorio Hernandez Galindo. Bogotá: Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (1996). Sentencia C-037. Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara. Bogotá: Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (1999). Sentencia C-160. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell. Bogotá: Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (2001a). Sentencia C-893. Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá: Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (2001b). Sentencia C-1195. Magistrado Ponente: Dr. Manuel Jose Cepeda Espinosa. Bogotá: Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (2001c). Sentencia C-710. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Bogotá: Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (2002a). Sentencia C-426. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Bogotá: Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (2002b). Sentencia C-454. Magistrado Ponente: Alfredo Beltran Sierra. Bogotá: Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (2011). Sentencia C-644. Magistrado Ponente: Jorge Ivan Palacio Palacio. Bogotá: Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (2016). Sentencia C-086. Magistrado Ponente: Jorge Ivan Palacio Palacio. Bogotá: Corte Constitucional.

- Colombia. Presidencia de la República de Colombia. (1991). Decreto 2651. Bogotá: Diario oficial 40177 de 25 de noviembre de 1991.
- Colombia. Presidencia de la República de Colombia. (1998). Decreto 2511. Bogotá: Diario oficial 43451 de 15 de diciembre de 1998.
- Colombia. Presidencia de la República de Colombia. (2000). Decreto 1214. Bogotá: Diario oficial 44069 de 5 de julio de 2000.
- Colombia. Presidencia de la República de Colombia. (2009). Decreto 1716. Bogotá: Diario oficial 47349 de 14 de mayo de 2009.
- Colombia. Presidencia de la República de Colombia. (2015). Decreto 1069. Bogotá: Diario oficial 49523 de 26 de mayo de 2015.
- Comité Internacional de la Cruz Roja. (1907). *Convencion de la Haya IV: Relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre*. Países Bajos. Recuperado de <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/treaty-1907-hague-convention-4-5tdm34.htm>
- Gamboa, J. O. (2017). *Compendio de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hincapié, J. A. (2013). *Derecho procesal administrativo*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R.
- Jaramillo, C. B. (2013). *Derecho procesal administrativo*. Medellín: Señal Editora.
- López, J. G. (2012). *Los presupuestos procesales en el Derecho procesal Administrativo*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R.
- Muñoz, C. E. (2014). *El procedimiento del medio de control de reparacion directa*. Ediciones doctrina y ley.
- Real Academia Espanola. (2019). Conflicto. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado de <https://dle.rae.es/conflicto?m=form>