CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C

Consejero Ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de noviembre de dos mil catorce (2014)

Radicación: 07001233100020080009001(37.747)
Demandante: Bernabé Cuadros Contreras y otros
Demandado: Nación –Fiscalía General de la Nación
Referencia: Acción de Reparación Directa

Decide la Sala Plena de la Sección Tercera por **importancia jurídica** y con el fin de **unificar la jurisprudencia** en relación con los siguientes tópicos: i) inexistencia de porcentajes vinculantes en los acuerdos conciliatorios y prevalencia de la autonomía de la voluntad, ii) la capacidad de las partes para conciliar, y iii) el ejercicio de la patria potestad en el trámite de la conciliación y; iv) la posibilidad que tiene el juez de aprobar parcialmente un acuerdo conciliatorio. Lo anterior en razón del estudio de la homologación o aprobación del acuerdo conciliatorio celebrado entre las partes el 31 de octubre de 2013 ante esta Corporación, en el que se convino lo siguiente:

“1. Que la Fiscalía General de la Nación, pagará el 70% de la condena impuesta en la providencia de primera instancia a favor de la parte demandante, debidamente indexada al momento de ejecutoria del auto aprobatorio del acuerdo, y calculada con base en el salario mínimo legal vigente para ese mismo instante, excluyendo dentro del concepto de perjuicios materiales, el 25% que la víctima directa destinaba para sus propios gastos o manutención del total de sus ingresos mensuales.

“2. Que la Fiscalía General de la Nación, efectuará el pago dentro de los dieciocho (18) meses siguientes a la ejecutoria de la providencia que

apruebe la conciliación, previa presentación de la cuenta de cobro ante la entidad.

“3. Que la Fiscalía General de la Nación, reconocerá los intereses de que tratan los artículo 176 y 177 del C.C.A.”. (folio 738 cdno. ppal.)

I. ANTECEDENTES

1. La Demanda

El acuerdo se realizó con ocasión de la demanda presentada el 28 de septiembre de 2007, por los señores: Bernabé Cuadros Contreras, que estuvo privado de la libertad y Duver Mary Castro Castrillón, compañera permanente de la víctima, quienes actúan en nombre propio y en representación de sus hijos menores: Haffrey Skilachy Cuadros Castro, Hafson Stiven Cuadros Castro, Leidy Melani Cuadros Castro, Sujeidy Julibeth Cuadros Castro y Eddy Santiago Cuadros Camejo. Además de los señores Bernardino Cuadros y Carlos Armando Cuadro Contreras padre y hermano de la víctima.

Los demandantes, mediante apoderado judicial, en ejercicio de la acción de reparación directa, solicitaron que se declarara patrimonialmente responsable a la Nación –Fiscalía General de la Nación y Rama Judicial– de la totalidad de los daños y perjuicios que les fueron ocasionados, con motivo de la privación injusta de la libertad, del señor Bernabé Cuadros Contreras, que se produjo en razón del proceso adelantado en su contra por la presunta comisión de los delitos de homicidio con fines terroristas y rebelión agravada, durante el periodo comprendido entre el 6 de septiembre de 2003 y el 23 de marzo de 2007.

En consecuencia, solicitaron que se condenara a la parte demandada a pagar: i) por concepto de perjuicios morales, 100 salarios mínimos legales mensuales a favor de cada uno de los demandantes, ii) por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, la suma de \$36.200.090, que corresponde a lo dejado de percibir por la pérdida de su empleo de promotor de salud rural del Hospital de Puerto Rondón, donde devengaba un salario mensual de \$825.230, más todas aquellas prestaciones que normalmente hubiera recibido estando en el cargo.

2. La sentencia de Primera Instancia

Mediante sentencia del 27 de agosto de 2009, el Tribunal Administrativo de Arauca, condenó a la Fiscalía General de la Nación, toda vez que se encontró acreditado la existencia de un daño antijurídico, consistente en la privación injusta de la libertad del señor Bernabé Cuadros Contreras, a la que fue sometido durante 3 años, 6 meses y 24 días, por la falla del servicio en que incurrió la entidad demandada.

Por lo anterior, el *a quo* condenó al pago de lo siguiente:

"SEGUNDO: CONDENAR a la **NACION – FISCALIA GENERAL DE LA NACION** a pagar por concepto de perjuicios morales, las siguientes cantidades:

"Para **BERNABE CUADROS CONTRERAS** en su calidad de víctima, la suma equivalente a SESENTA (60) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento del pago.

"Para la compañera permanente del actor DUVER MARY CASTRILLÓN y sus hijos HAFREY SKILACHI, HAFSON STIVEN CUADROS CASTRO, SUJEIDI YULIETH y LEYDY MELANY CUADROS CASTRO y EDDY SANTIAGO CUADROS CAMEJO, la suma de treinta salarios (30) salarios (sic) mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno de ellos

"TERCERO: CONDENAR a la **NACION – FISCALIA GENERAL DE LA NACION** a pagar por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante al señor **BERNABE CUADROS CONTRERAS** la suma de CINCUENTA Y OCHO MILLONES OCHOCIENTOS VEINTIUN MIL SETECIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS (\$58.821.735.00)

"CUARTO: CONDENAR a la **NACION – FISCALIA GENERAL DE LA NACION** a pagar por concepto daño a la vida en relación al señor **BERNABE CUADROS CONTRERAS** en su calidad de víctima, la suma equivalente a cincuenta (60) (sic) salarios mínimos mensuales vigentes al momento del pago." (Fl. 610 cdno. ppal.)

3. Recurso de apelación

La parte demandante interpuso recurso de apelación con fundamento en que el Tribunal no concedió perjuicios morales al padre de Bernabé Cuadros Contreras porque no encontró probado el parentesco; el recurrente no comparte la decisión pues asegura

que el registro civil de nacimiento del señor Bernabé, el cual obra a folio 399 del cuaderno 1, es prueba suficiente para acreditar la calidad padre-hijo. Además, solicita corregir el yerro aritmético cometido en el ordinal cuarto de la parte resolutive de la sentencia, pues la cifra en letras es inferior a la cifra en números, y acude al principio de que las dudas se deben definir favorablemente a favor de las víctimas, para que se conceda el valor superior.

De otro lado, la Fiscalía General de la Nación apeló la decisión del *a quo* respecto a la imputación de responsabilidad, argumentando que no hay lugar a la misma, por cuanto la privación de la libertad del demandante no se puede tildar de "injusta" pues estuvo fundamentada en serios elementos probatorios allegados al proceso penal. Además, plantea que el sindicado tenía el deber jurídico de soportar la acción de la justicia, en tanto ésta se enmarcó dentro de la legalidad.

Ambos recursos fueron concedidos en proveído del 01 de octubre de 2009 y admitidos en auto del 12 de enero de 2010.

4. La audiencia de conciliación

El 25 de septiembre de 2014, se celebró audiencia de conciliación donde se acordó que la entidad condenada pagaría el 70% de las sumas impuestas en su contra en la sentencia de primera instancia, debidamente indexada al momento de ejecutoria del auto que apruebe la conciliación y calculada con base en el salario mínimo legal mensual vigente para ese mismo instante, excluyendo dentro del concepto de perjuicios materiales el 25% que la víctima directa destinaba para sus propios gastos o manutención. Es decir, una suma global del 70% de la condena de primera instancia por todo perjuicio reconocido, menos el 25% de gastos propios de la víctima, lo que significa que se trata de un acuerdo que es inferior al referido 70%. De igual forma, se acordó que la Fiscalía General de la Nación efectuará el pago dentro de los 18 meses siguientes a la ejecutoria del auto que apruebe la conciliación, y reconocerá los intereses de que tratan los artículos 176 y 177 del CCA (fl. 738 cdno. Ppal).

5. Intervención del Ministerio Público

El señor Procurador Primero Delegado ante esta Corporación, representante del Ministerio Público, en la audiencia de conciliación manifestó su oposición al acuerdo en tanto considera que: i) se presenta carencia de capacidad jurídica para conciliar pues, quienes para la fecha de presentación de la demanda eran menores de edad y, por lo tanto, actuaron representados por sus padres, al momento de celebración de la audiencia ya son mayores, por lo que debieron otorgar nuevamente poder a nombre propio y con la facultad expresa para conciliar; ii) como los hijos que en la fecha de la conciliación aún son menores de edad, se encuentran sometidos a la patria potestad, y el ejercicio de ésta está limitada por las mismas normas de los tutores y curadores, es necesaria previa autorización del juez para transigir los derechos de los incapaces, so pena de que el acuerdo esté viciado de nulidad absoluta, y iii) no está de acuerdo en que se reconozca indemnización por daño a la vida en relación, pues este no se solicitó en la demanda si no que fue declarado de oficio por el juez de primera instancia, constituyéndose así un fallo extrapetita, además de que en el expediente no obra prueba que acredite ese perjuicio.

II. CONSIDERACIONES

En proveído de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del 28 de abril de 2014, Exp. 41.834, se unificó la jurisprudencia en el sentido de establecer unas condiciones, además de las legales, sin las cuales no es posible aprobar los acuerdos fruto de las conciliaciones judiciales y prejudiciales ante esta jurisdicción, en los siguientes términos:

“Ahora bien, sin que de manera alguna implique una regla inmodificable que deba aplicarse en todos los casos, puesto que se insiste en la necesidad de que en cada proceso se valoren las circunstancias particulares que emergen del respectivo expediente, a manera de sugerencia y como criterio que pueda orientar a las partes, la Sala formula los siguientes parámetros para que sirvan de guía en las negociaciones que se realicen tratándose de conciliaciones

extrajudiciales o judiciales y en especial en aquellos eventos en los cuales la entidad pública, en ejercicio de una posición de dominio pueda, en un momento determinado, imponer las condiciones del acuerdo que corresponda:

“i) Cuando exista sentencia condenatoria de primera instancia y el acuerdo tenga como objeto un porcentaje de esa indemnización, la conciliación podrá convenirse entre el 70% y el 100% de esa condena.

“ii) Cuando la sentencia de primera instancia no hubiere sido estimatoria de las pretensiones o ésta aún no se hubiere proferido, el monto del acuerdo conciliatorio podría acordarse entre el 70% y el 100% de las sumas que esta Corporación, también de forma indicativa, ha señalado como plausibles para el reconocimiento de las indemnizaciones a que puede haber lugar según el perjuicio de que se trate en razón de la situación fáctica y la intensidad y prolongación del daño –entre otros factores-, según corresponda.

“(…)”¹

Los fundamentos que dieron lugar a esta tesis se sustentan, principalmente, en el surgimiento de una modalidad de contratación basada en las economías de escala y en la producción en masa, lo que generó la necesidad de establecer unas cláusulas generales a las que los adherentes se adaptaban o no, pero se cerraba de plano la posibilidad de negociación.

La característica propia de esta modalidad de contratación es que el proponente ostenta una posición privilegiada que conlleva una prevalencia o superioridad contractual en consideración a la parte débil de la relación jurídica. Así lo expresó la Sala en el proveído anteriormente citado:

“El abuso de la posición de dominio, el excesivo poder de negociación, la posibilidad de predisponer, en muchas ocasiones de forma abusiva, las condiciones del acuerdo y, más importante, el evidente desequilibrio existente tanto entre las partes como en los términos del propio contrato en perjuicio de las razonables expectativas de la parte débil, ha generado la necesidad de emprender, desarrollar y aplicar medidas legislativas, administrativas y judiciales tendientes a garantizar y restablecer un equilibrio mínimo en las prestaciones, a través del cual, sin negar la autonomía de la voluntad, se dignifique su ejercicio, con el fin de lograr una verdadera justicia conmutativa en las relaciones negociales.”

¹ M.P. Mauricio Fajardo Gómez

Esta predominancia justifica la intervención del aparato estatal para que ya sea mediante leyes, la actividad administrativa o jurisprudencial, se ejerza un control efectivo de las prerrogativas a las que la parte dominante se hace en ejercicio de la negociación comercial, en aras de conservar el equilibrio mínimo que debe existir entre las prestaciones derivadas del contrato.

Así, el equilibrio aludido en el párrafo anterior, se pone de presente también en el ámbito de la conciliación:

“Si bien las anteriores consideraciones en relación con las cláusulas abusivas, el abuso de la posición dominante, la búsqueda de un equilibrio mínimo y proporcional en los acuerdos negociales, la aplicación del principio de la buena fe objetiva, encuentran su origen, desarrollo y, en principio, encuentran aplicación en los acuerdos de origen contractual de derecho privado, en especial aquellos contratos denominados de adhesión, lo cierto es que tales razonamientos también están llamados a tener aplicación en el terreno de la contratación estatal (artículo 13² de la Ley 80 de 1993) y a juicio de la Sala dichos criterios encuentran campo fértil para su aplicación en todos los terrenos en los cuales están llamadas a generar efectos jurídicos las manifestaciones de voluntad, comoquiera que tanto en el ámbito eminentemente contractual como en todos aquellos en que el ordenamiento vigente autoriza y tutela el ejercicio de la autonomía de la voluntad, el fundamento es idéntico, esto es la búsqueda del equilibrio y evitar cualquier comportamiento abusivo en las negociaciones.

“En este punto resulta preciso aludir al sustrato eminentemente contractual que inspira la figura de la conciliación, en cuanto ambas instituciones –el contrato y la conciliación– comportan como elemento esencial el acuerdo de voluntades o consentimiento con el objeto de crear, regular o extinguir obligaciones, vinculante para las partes, razón por la cual es posible sostener, sin temor a equivocarse, que respecto de una y otra figura jurídica deben predicarse iguales presupuestos para su existencia, validez y eficacia, con la diferencia, ya señalada, de que en la conciliación se requiere de la intervención de un tercero calificado, amén de la aprobación judicial igualmente exigida por la ley para aquellos eventos en los cuales interviene como parte una entidad de naturaleza estatal o pública.”

En consecuencia, al trasladar las características del abuso de la posición dominante y de

² **Artículo 13º.-** *De la Normatividad Aplicable a los Contratos Estatales.* Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley.

su injerencia en la negociación –contratación adhesiva- al ámbito de la conciliación, concluyó que la entidad demandada, por el hecho de ser una entidad estatal y estar respaldada por toda la institucionalidad y el poder que esto implica, ostenta una posición de dominio ante la contraparte procesal –víctima-, quien se ve influenciada por el temor reverencial y la necesidad de la pronta administración de justicia, lo que conlleva a que se vea restringida su libertad de negociación y termine aceptando un acuerdo económico que posiblemente sea inferior a la condena que se obtendría en el fallo de segunda instancia.

El argumento anterior, sumado al hecho de que el Estado está llamado a garantizar los derechos de sus asociados, y que si se está en un proceso contencioso administrativo es porque el mismo no solo no cumplió el deber de proteger los derechos si no que fue el artífice de su vulneración, llevaron a la Sala a concluir que era necesario fijar unos parámetros adicionales para que el juez procediera a aprobar el acuerdo económico que se logre en la conciliación, buscando que el Estado no abuse de su posición de dominio para obtener un acuerdo favorable, sino que, por el contrario, cumpla con su deber constitucional de reparar los daños que causó de manera integral, y así el acuerdo que se logre no sea lesivo a los intereses del Estado pero tampoco sea injusto para la contraparte, para que no se produzca una segunda victimización.

En consecuencia de lo anterior, la Sala decidió regular de manera directa la actividad negocial propia de la conciliación y establecer un tope mínimo sobre el cual se puede transigir, estableciéndola en el setenta (70) por ciento de: i) la condena de primera instancia –si la providencia fue condenatoria– o ii) de los parámetros jurisprudenciales fijados por esta Corporación en casos similares –si el fallo de primera instancia fue absolutorio–.

Es preciso señalar que la Sala reitera, en esta ocasión, la importancia de que el juez del acuerdo conciliatorio en materia contencioso administrativa, es decir, el encargado de homologar la conciliación –prejudicial o judicial– ejerza un control estricto sobre aquél que no sólo se refleje en la verificación de una serie de requisitos legales y administrativos, sino que, de otra parte, como juez de constitucionalidad y convencionalidad determine si el acuerdo es lesivo no sólo para el Estado sino, en general, para cualquiera de las partes.

En otros términos, el juez no puede limitarse a ser la boca de la ley –en los términos de Montesquieu– sino que es necesario, dentro del Estado Social de Derecho resaltar el papel preponderante que enseña la importancia de que con independencia a la jurisdicción a la que pertenezca, todo juez sea un garante de los derechos constitucionales.

De modo que, bajo esa lógica, no puede desconocerse que el juez de lo contencioso administrativo –unipersonal o colegiado– tiene la importante tarea de promover la conciliación pero, de igual forma, de garantizar que al momento de su aprobación no se advierta la lesión a los intereses de ninguna de las partes, sino que, por el contrario el acuerdo sea producto del ejercicio libre de la autonomía de la voluntad.

No obstante lo anterior, la Sala precisará su jurisprudencia en relación con los montos fijados en la decisión del 28 de abril de 2014, por cuanto los mismos pueden convertirse en un obstáculo para el desarrollo de fórmulas conciliatorias en las que las partes –en ejercicio libre y voluntario de la autonomía de la voluntad– y sin que se advierta una lesión a garantías fundamentales, deciden de manera independiente llegar a un acuerdo por debajo de los porcentajes, límites o baremos allí señalados.

En consecuencia, la Sala reitera su posición respecto a la necesidad de que el juez verifique con sumo detalle las implicaciones jurídicas y sociales del acuerdo, sin necesidad de que exista un determinado o específico porcentaje conciliatorio como límite al importante mecanismo alternativo de solución de controversias.

1. Inexistencia de porcentajes vinculantes en los acuerdos conciliatorios y prevalencia de la autonomía de la voluntad

Una vez sopesada y valorada esta hermenéutica, la Sala encuentra que es necesario precisarla con el fin de reivindicar la capacidad y autonomía de las partes al interior del instrumento autocompositivo de la conciliación, sin que pueda asimilarse o reducirse este tipo de mecanismo alternativo de solución de conflictos (MASC) desde una óptica contractualista –por adhesión– que limita de manera significativa la posibilidad con que

cuentan las partes para solucionar, por sí mismas, los conflictos o litigios actuales o futuros.

De modo que, es necesario replantear la posición antes desarrollada, con apoyo en las razones y argumentos que se desarrollan a continuación:

i) La autonomía de la voluntad:

El principio de la autonomía de la voluntad privada cuenta con fundamento constitucional, consagrado en los artículos 13 y 16 de la Carta Política, a saber:

“ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. (Subrayas fuera de texto)

“El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

“El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

“ARTICULO 16. Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.” (Subrayas fuera de texto)

Así, al consagrarse la libertad y el libre desarrollo de la personalidad como derechos inalienables de todas las personas, se solidifican las bases para que tanto la doctrina del derecho civil, como las demás ramas del derecho, reconozcan como pilar de las relaciones jurídicas el ejercicio de la autonomía de la voluntad, la cual ha sido entendida por la Corte Constitucional como: “el poder de las personas, reconocido por el ordenamiento positivo para disponer con efecto vinculante de los intereses y derechos de los que son titulares y por ende crear derechos y obligaciones, siempre que respete el orden público y las buenas costumbres”.³

³ Sentencia C-1194/08

Lo anterior significa que el ordenamiento jurídico, consciente de su limitación de regular todas las relaciones interpersonales, faculta a los ciudadanos de la capacidad de crear, modificar y extinguir efectos jurídicos interpartes, y como vehículo para realizarlo, reviste de validez jurídica la manifestación de voluntad, siempre y cuando esta no esté viciada por error, fuerza o dolo. Ahora bien, el alcance de la voluntad privada comprende una serie de decisiones en el contexto de la negociación jurídica, que se pueden resumir en determinar si contratar o no y, posteriormente, definir cómo, cuándo, dónde y con quien hacerlo, lo cual constituye el ejercicio de la libertad contractual.

Esta delegación de la potestad de crear normas jurídicas, se ha entendido también como: "el poder atribuido a entes no soberanos para expedir normas jurídicas equiparadas a las normas del ente soberano"⁴, en consecuencia, dotar de efectos jurídicos las manifestaciones de las personas, significa compartir el monopolio de la creación de las normas jurídicas, pues si bien, las normas creadas por el Estado tienen efectos erga omnes y las creadas por los ciudadanos interpartes, ambas, igualmente, conforman el conjunto denominado ordenamiento jurídico y ambas, de acuerdo al caso concreto, tienen igual fuerza vinculante para las partes y deben ser observadas por los jueces.

Ahora bien, la fuerza normativa de la manifestación de voluntad se sustenta en el hecho de que es inherente a la naturaleza humana la búsqueda constante del bienestar y la preservación, el interés por obtener beneficios y por mejorar las condiciones de vida. Son excepcionales los casos en que las personas, ya sea por altruismo o por un caso extremo de instinto de autodestrucción, tomen decisiones que vayan en contravía de sus intereses. Es por esto que es apenas lógico que en el ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, las personas manifiesten su consentimiento en aras de obtener su propio bienestar y alcanzar los fines que tienen propuestos.

Siendo así, está casi totalmente garantizado que las normas jurídicas creadas por y para las personas que conforman un negocio específico, están revestidas de la justicia suficiente para que las mismas hayan decidido vincularse jurídicamente, pues, si el efecto fuera adverso a las partes, no lo hubieran hecho. Por lo tanto, el ejercicio de la

⁴ BETTI, Emilio. Teoría General del Negocio Jurídico, trad. A. Martín Pérez, Madrid 1959, pág. 47.

autonomía de la voluntad lleva implícito el precepto de justicia que busca cada persona al someterse a una relación jurídica.

Ahora, a pesar de que la autonomía de la voluntad privada suele materializarse en el derecho civil y, específicamente, en el contractual, lo cierto es que este principio rige en todas las actividades humanas donde estén en juego la transacción de bienes o derechos, ya sea de contenido económico o no, por lo tanto, los mecanismos alternativos de solución de conflictos, a excepción del arbitraje, tienen como base para su desarrollo el ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Tanto los mecanismos alternativos de solución de conflictos autocompositivos como heterocompositivos –exceptuando, como ya se dijo, el arbitraje-, consisten en la manifestación y acuerdo de voluntades para solucionar los mismos y así, sustituir la necesidad de acudir a la jurisdicción. Por lo tanto, la voluntad privada, tiene fuerza normativa, pues a través de ella, las partes del conflicto alcanzan una solución al mismo, mediante una transacción que tiene efectos de cosa juzgada.

El caso específico de la conciliación como mecanismo alternativo al judicial, que es el objeto de estudio del presente proveído, consiste en la manifestación de voluntades en la cual interviene un tercero, que si bien, propone fórmulas de arreglo, no tiene la capacidad de imponer una decisión, sino que corresponde a las partes ponerse de acuerdo y consentir o no en la solución propuesta. Entonces, en aplicación del alcance de la autonomía de la voluntad, y la naturaleza de la conciliación, se tiene que la primera manifestación consiste en conciliar o no –ánimo conciliatorio-, posteriormente en definir el contenido del acuerdo, haciendo uso de las capacidades y técnicas de negociación y, por último, aceptar o no la resolución del litigio a la que se llegó.

En conclusión, la naturaleza misma de la conciliación exige el ejercicio pleno de la autonomía de la voluntad y si se logra llegar a un acuerdo, éste tendrá la misma fuerza que una decisión judicial, lo cual vislumbra, una vez más, la fuerza jurídica que tiene la voluntad exenta de vicios para producir efectos jurídicos, siempre que respete el orden público y las buenas costumbres, en los términos señalados por la Constitución Política.

Ahora bien, la capacidad que tiene la autonomía de la voluntad para producir efectos jurídicos bajo las condiciones y alcances que los particulares definan es perfectamente posible en un contexto privado o comercial, en el que están en juego únicamente intereses particulares de carácter económico o personal, y que no tienen incidencia directa en el devenir de la sociedad.

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, como en todos los casos de responsabilidad extracontractual del Estado que se adelantan ante esta jurisdicción, la autonomía de la voluntad se encuentra sometida a límites constitucionales, pues si bien los derechos que se pretenden conciliar son, en su mayoría, de carácter económico, tienen también un trasfondo social, en tanto son el desarrollo de los postulados constitucionales del deber del Estado de indemnizar por los daños que cause, de la reparación integral de las víctimas, y versan, generalmente, sobre derechos fundamentales.

En este entendimiento, la Carta Política consagra en su artículo primero:

“Artículo 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.”
(Subrayas fuera de texto)

Hablar de un Estado Social de Derecho supone entonces superar el culto a la norma que se pregonaba en el Estado de Derecho, para abrirle paso a la búsqueda de la justicia material incluso sobrepasando las normas en caso de que sea necesario, justificando lo anterior en el hecho de que la realidad supera al legislador, y que si bien la norma jurídica sigue siendo fuente vinculante en el ordenamiento jurídico colombiano, no es la única manifestación de derecho, y no es poseedora de la verdad absoluta. Es decir, “El sistema jurídico creado por el Estado liberal tenía su centro de gravedad en el concepto de ley, de código. La norma legal, en consecuencia, tenía una enorme importancia formal y material, como principal referente de la validez y como depositaria de la justicia y de la legitimidad del sistema. En el Estado intervencionista se

desvanece buena parte de la importancia formal (validez) y de la importancia material (justicia) de la ley.”⁵

De otro lado, se pasa de un Estado ajeno a la realidad social, que se encargaba estrictamente del respeto a los derechos y las libertades sin entrometerse en la esfera privada de los gobernados, a un Estado benefactor o intervencionista, el cual toma un papel de garante frente a los derechos que su carta política pregona, y que, mediante la implementación de derechos sociales y colectivos, y de un papel activo de intervención en la realidad social, se compromete con sus asociados a brindar las condiciones de vida mínimas necesarias para cualquier ser humano, en búsqueda de la realización de la justicia material.

En consecuencia, la consagración del Estado colombiano como Social de Derecho, trae consigo una serie de responsabilidades de las cuales se impregna todo el aparato estatal y todos los ciudadanos, en el entendimiento de que en adelante, las actuaciones que ambos desplieguen, deben tener como fin último y como límite el interés general y el bien común. Y para lograr lo anterior, se reviste a las ramas del poder de deberes y prerrogativas para que durante su ejercicio, propendan por la materialización de los postulados del Estado Social de Derecho. Así lo consagró la Carta Política en el artículo segundo, a saber:

“Artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

“Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”
(Subrayas fuera de texto)

⁵ Sentencia T-406 de 1992

Concretamente, respecto a las potestades del juez –tema que ocupa a la Sala en este caso concreto-, la Corte Constitucional se pronunció en sentencia T-406 de 1992: “En el sistema jurídico del Estado social de derecho se acentúa de manera dramática el problema -planteado ya por Aristóteles- de la necesidad de adaptar, corregir, acondicionar la aplicación de la norma por medio de la intervención del juez. Pero esta intervención no se manifiesta sólo como el mecanismo necesario para solucionar una disfunción, sino también, y sobre todo, como un elemento indispensable para mejorar las condiciones de comunicación entre el derecho y la sociedad, es decir, para favorecer el logro del valor justicia (de la comunicación entre derecho y realidad), así ello conlleve un detrimento de la seguridad jurídica.”

En este sentido, todos los jueces de la República, independientemente de su competencia, están investidos del deber constitucional de buscar que todas las actuaciones que se desarrollen dentro de su órbita, se dirijan al fin último de hacer cumplir la Constitución en su integridad, lo que conlleva necesariamente a que se le dé un valor superior a los derechos colectivos, al bien común, el interés general y las buenas costumbres, incluso en los escenarios que tienen como base el ejercicio de la autonomía de la voluntad privada.

El contexto específico de la responsabilidad extracontractual del Estado, tiene sustento constitucional en los siguientes términos:

“Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

“En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.” (Subrayas fuera de texto)

El cual fue desarrollado por la Ley 446 de 1998, así:

“Artículo 16. Valoración de daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados

a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.”
(Subrayas fuera de texto)

La Sala, en sentencia del 20 de febrero de 2008, radicado 16.996, delimitó el contenido de este principio, en los siguientes términos:

“En cuanto a las modalidades de reparación en el sistema interamericano, como se mencionó antes, las mismas pueden ser pecuniarias y no pecuniarias e incluyen:

a) La restitución o *restitutio in integrum*, es el restablecimiento de las cosas a su estado normal o anterior a la violación, producto del ilícito internacional, es la forma perfecta de reparación, y que sólo en la medida en que dicha restitución no resulte accesible procede acordar otras medidas reparatorias⁶.

b) La indemnización por los perjuicios materiales sufridos por las víctimas de un caso en particular, comprende el daño material (daño emergente, lucro cesante) y el daño inmaterial⁷.

c) Rehabilitación, comprende la financiación de la atención médica y psicológica o siquiátrica o de los servicios sociales, jurídicos o de otra índole⁸.

d) Satisfacción, son medidas morales de carácter simbólico y colectivo, que comprende los perjuicios no materiales, como por ejemplo, el reconocimiento público del Estado de su responsabilidad, actos conmemorativos, bautizos de vías públicas, monumentos, etc⁹.

e) Garantías de no repetición, son aquellas medidas idóneas, de carácter administrativo legislativo o judicial, tendientes a que las víctimas no vuelvan a ser objeto de violaciones a su dignidad, entre las cuales cabe mencionar aquellas encaminadas a disolver los grupos armados al margen de la ley, y la derogación de leyes, entre otras¹⁰.”

⁶ Corte Interamericana. Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez en la sentencia de reparaciones del Caso Bámaca Velásquez. Sentencia de 22 de febrero de 2002.

⁷ Corte Interamericana. Caso Aloeboetoe y otros, Sentencia de Reparaciones, párr. 50.

⁸ Corte Interamericana. Caso masacre de pueblo Bello. Párr. 273.

⁹ Corte Interamericana. Caso Las Palmeras. Vs. Colombia. Sentencia del 6 de diciembre de 2001. párr 68.

¹⁰ Ibidem.

Es decir, el derecho a la reparación integral de las víctimas y a la obligación que tiene el estado de indemnizar los daños causados, en armonía con los postulados de un Estado Social de Derecho y su influencia en la actividad jurisdiccional, significan que el juez, dentro de su ejercicio –en el caso específico de los procesos de responsabilidad extracontractual del Estado-, tiene el deber de garantizar que todas las actuaciones procesales o sustanciales que estén dentro de su órbita de vigilancia, se realicen en aras de alcanzar el fin último de materializar los postulados constitucionales sobre la responsabilidad del Estado.

Ahora bien, al ser la aprobación del acuerdo conciliatorio procesal o extraprocesal una labor otorgada al juez contencioso administrativo, cuando éste realiza el estudio respectivo, además de valorar los requisitos que vienen dados por ley – que se hayan presentado las pruebas necesarias, que no sea violatorio de la ley y que no resulte lesivo para el patrimonio público¹¹-, es su deber verificar que con el acuerdo se estén cumpliendo los postulados constitucionales tendientes a la reparación integral del daño, pues de lo contrario, solo será procedente su improbación, en concordancia con la finalidad de la actividad judicial en un Estado Social de Derecho, como se viene de explicar.

En conclusión, realizar el estudio de aprobación de un acuerdo conciliatorio supone, por parte del juez, la integración de dos dimensiones jurídico-sociales: la autonomía de la voluntad privada dentro de los límites que se viene de indicar, con la fuerza normativa que la reviste en el ejercicio de autorregularse, y los fines del Estado Social de Derecho basados en el bien común y el interés general, para que solo pueda ser aprobado si se

¹¹ Artículo 73 Ley 446 de 1998: Competencia. La Ley 23 de 1991 tendrá un artículo nuevo, así:

"Artículo 65A. El auto que apruebe o impruebe el acuerdo conciliatorio corresponde a la Sala, Sección o Subsección de que forme parte el Magistrado que actúe como sustanciador; contra dicho auto procede recurso de apelación en los asuntos de doble instancia y de reposición en los de única.

El Ministerio Público podrá interponer el recurso de apelación para ante el Tribunal, contra el auto que profiera el Juez Administrativo aprobando o improbando una conciliación. Las partes podrán apelarlos, sólo si el auto imprueba el acuerdo.

La autoridad judicial improbará 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.

Parágrafo. Lograda la conciliación prejudicial, el acta que la contenga será suscrita por las partes y, por el agente del Ministerio Público y se remitirá, a más tardar, al día siguiente, al Juez o Corporación que fuere competente para conocer de la acción judicial respectiva, a efecto de que imparta su aprobación o improbación. El auto aprobatorio no será consultable." (Subrayas fuera de texto)

respetar a cabalidad el núcleo de ambas dimensiones, ponderando en cada caso concreto el nivel de aplicabilidad de cada una de ellas.

ii) Naturaleza jurídica de los contratos de adhesión y de la conciliación

Uno de los argumentos más fuertes que llevó a la Sala a adoptar la tesis que se recoge, fue la equiparación de las condiciones del contrato de adhesión con la conciliación. Sin embargo, ambas figuras cuentan con características propias irreconciliables, de lo que se sigue que la autonomía de la voluntad, en cada una, se ejerce de manera diferente.

De un lado, la conciliación tanto judicial como extrajudicial, implica “dejar de pensar que la solución a los conflictos siempre ha de darla el Estado. Esta resolución, un tanto utópica, ha de ser remplazada, en lo posible, por la conciliación, en la cual el hombre regresa sobre sí, razona con inteligencia y busca dar solución a través del dialogo a las diferencias que tiene con sus congéneres (...) para lo cual está investido, en principio, de plena capacidad jurídica, como resultado de la facultad que tiene toda persona de autorregular sus intereses de orden privado patrimonial...”¹²

La finalidad de la conciliación consiste en sustituir el proceso judicial para que, mediante el acuerdo de voluntad de los interesados, se dirima un conflicto existente entre dos o más ciudadanos. De ahí que, si bien, la solución conlleva a la producción de efectos jurídicos, éstos existen en razón a la necesidad de resolver un conflicto generado por una situación de hecho o de derecho previa al ejercicio de la conciliación por medio del acuerdo de la voluntad privada de los intervinientes.

Por el contrario, el contrato en general, está definido por el Código Civil como sinónimo de convención, así:

“Artículo 1495. Definición de contrato o convención. Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas.”

¹² ROMERO DÍAZ, Héctor J. La Conciliación Judicial y Extrajudicial. Primera edición. Ed. Legis. Pág. 7.

Sin embargo, la definición del Código Civil no es precisa, pues equipara los conceptos de contrato y convención, cuando en realidad la convención es el género y el contrato es la especie, en tanto la convención es un acuerdo de voluntades que busca crear, modificar o extinguir efectos jurídicos, mientras que el contrato es el acuerdo que busca exclusivamente crearlos. De modo que, la relación que existe entre la primera y el segundo es de género y especie, por consiguiente, el contrato es el acto jurídico encaminado a la creación de obligaciones.

En este entendimiento, la conciliación también es un acuerdo jurídico que cabe dentro de la naturaleza de la convención, pero no se puede circunscribirse o identificarse con el contrato, pues la misma puede concluir en la creación de efectos jurídicos –y en este sentido se asimilaría a este último- o en la extinción de los mismos, por lo tanto adquiriría la denominación de pacto. En consecuencia, la conciliación se debe entender como una convención cuya finalidad es la autocomposición de uno o varios litigios actuales o futuros, con la intervención de un tercero que se denomina conciliador, cuyo objetivo es proponer fórmulas de arreglo entre las partes.

En este sentido, la finalidad de los contratos en general es crear obligaciones de dar, hacer o no hacer, las cuales son exigibles a las partes del mismo en virtud a la fuerza vinculante del acuerdo de voluntades.

Así, si bien, tanto la conciliación como el contrato tienen en común la necesidad de la autonomía de la voluntad y el acuerdo de las voluntades para que se produzcan efectos jurídicos, respecto a su finalidad se hace evidente la primera diferencia, pues el contrato busca generar obligaciones recíprocas en cabeza de los contratantes mientras que la conciliación busca dirimir conflictos preexistentes o futuros entre las partes, prescindiendo de la necesidad de acudir a un tercero que imponga su voluntad sobre la de los interesados.

En segundo lugar, se tiene que la conciliación es un instrumento o mecanismo completamente reglado, en la que deben intervenir terceros autorizados por el Estado y se tienen que cumplir etapas procedimentales estrictas, lo anterior con el fin de garantizar el correcto ejercicio de la capacidad de transacción con que cuentan los particulares, y evitar que la autonomía de la voluntad se vea alterada por factores

externos o internos que puedan viciar la adecuada solución del conflicto. Así, existe un control del contenido del acuerdo, el cual no busca imponer la voluntad de un tercero si no por el contrario, velar por que el contenido al que llegaron las partes sea válido dentro de los postulados generales del ordenamiento jurídico colombiano. Así lo entendió la Corte Constitucional en sentencia T-890/2011:

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

De allí que, la actividad contractual es por regla general consensual, y si bien en algunos casos específicos se exigen formalidades para su existencia, éstas no consisten en un control legal o administrativo (homologación) para verificar el contenido del mismo, si no que obedece a simples solemnidades con finalidades probatorias o en interés de publicidad general. Sin embargo, la voluntad de las partes nunca será vigilada por un tercero, ni existirá la presencia de alguien que vele por el correcto contenido del clausulado.

Ahora bien, respecto a la actividad negocial indispensable en ambos escenarios, y que es el aspecto clave de la posición que asumía la Sala, existe una falacia en la interpretación al igualarlos, pues se dan grandes diferencias entre la negociación de un contrato de adhesión y la de una audiencia de conciliación.

El contrato de adhesión, específicamente, es una modalidad de contrato en la cual una de las partes redacta el clausulado en su totalidad, y la otra parte decide someterse a la misma o no, pero no hay lugar a la negociación de su contenido. Son “los acuerdos de voluntades referentes a la propuesta de obligaciones y derechos inflexibles, por el oferente al ofertado, para que éste los acepte o rechace sin distinción”¹³.

¹³ www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/22/dtr/dtr4.pdf

Las manifestaciones más comunes de los contratos por adhesión se presentan en los contratos bancarios, la prestación de servicios públicos, la compra-venta en almacenes de cadena, etc. Pues la característica que los une es la imposibilidad que tiene el ofertado de negociar el contenido del mismo. En este escenario, el ejercicio de la autonomía de la voluntad se reduce a la decisión que tiene el ofertado de contratar o no, "se considera que el consentimiento de una de las partes se manifiesta por adhesión al esquema contractual impuesto por la otra"¹⁴.

Ahora bien, es común encontrar que en estos casos, el oferente ostenta una posición privilegiada y, por lo tanto, ante la necesidad que tiene el ofertado de celebrar el contrato, y la posición de dominio que detenta el oferente, se presenta abuso de ese poder, que se materializa en la inclusión de cláusulas abusivas en detrimento de los intereses del adherido. Sin embargo, esta no es una condición necesaria para que se configuren los contratos de adhesión, es perfectamente posible que dos personas naturales, en igualdad de condiciones, celebren este tipo de contratos, si uno de ellos presenta una oferta al otro negando de plano la posibilidad de su modificación. De otro lado, es posible que en un caso en que exista una parte con posición dominante –por ejemplo un almacén de cadena- no se presente un clausulado desfavorable al ofertado, y que la celebración del contrato se deba a la dificultad fáctica de negociar y no al interés de abusar de la posición dominante.

En conclusión, el aspecto más relevante sobre los contratos de adhesión, en el tema que nos ocupa, es la limitación al ejercicio de la autonomía de la voluntad privada evidenciada en la imposibilidad de negociar el contenido del contrato, y la cual solo conserva su alcance respecto a la decisión que tiene el adherente de aceptar o no. Esta característica distingue por completo la institución del contrato de adhesión con la de la conciliación, pues en la última el ejercicio de la voluntad privada solo se ve limitada por el respeto al orden público y a las buenas costumbres.

La naturaleza de la conciliación, es el ejercicio del mecanismo de autocomposición, es decir, "una forma mediante la cual los mismos interesados o partes resuelven sus

¹⁴ Narváez G. José Ignacio. "Obligaciones y contratos mercantiles", Editorial Temis, 1990, pág. 43.

conflictos, haciendo uso de su autonomía privada”¹⁵, sin que un tercero imponga su voluntad sobre las partes –como es el caso de los procesos judiciales-. “La nota característica de este mecanismo de resolución de conflictos es la voluntariedad de las partes para llegar a la solución de su controversia, pues son ellas, ayudadas por el conciliador que no tiene una facultad decisoria, quienes presentan las fórmulas de acuerdo con las que se espera poner fin a sus divergencias. Es, entonces, un mecanismo de autocomposición porque son las partes en conflicto y no un tercero, llámese juez o árbitro, quienes acuerdan o componen sus diferencias”¹⁶

Es decir, la actividad de conciliar contiene dos aplicaciones de la autonomía de la voluntad: i) negociar el contenido del acuerdo y, posteriormente, ii) decidir si se concilia o no. Respecto a la primera dimensión, existe una gran diferencia con el contrato de adhesión pues, como se explicó, en éste no es posible negociar el contenido de las cláusulas, mientras que en la conciliación, la negociación del acuerdo es el objeto mismo de la audiencia. En la segunda dimensión, si bien coinciden en que es libre la voluntad de aceptar o no, en el contrato de adhesión se tiene que ésta es únicamente respecto al ofertado, mientras que en la conciliación ambas partes conservan esta facultad.

Esta es entonces la principal diferencia que hace necesario reformular la interpretación previamente acogida por la Sala, pues equiparar el ejercicio de la autonomía de la voluntad en la contratación por adhesión con la conciliación, supone equiparar dos instituciones jurídicas disímiles, así como el papel que juegan respecto del ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Ahora bien, queda por resolver el argumento según el cual la entidad estatal demandada ostenta una posición dominante en el trámite de conciliación, y que por lo anterior se genera una restricción a la libre manifestación de voluntad de la contraparte.

Si bien, es cierto que la existencia de una entidad estatal en el trámite conciliatorio podría significar un desequilibrio en comparación con un ciudadano común, víctima de

¹⁵ ROMERO DIAZ, Héctor J. La Conciliación Judicial y Extrajudicial, su aplicación en el derecho colombiano. Primera edición. Ed. Legis. Pág. 27.

¹⁶ Sentencia C-598/2011

una actuación previa del Estado –en tanto se encuentra en un proceso contencioso-, el legislador ha diferenciado la regulación de la conciliación administrativa de la conciliación en las demás ramas del derecho, interviniendo con más minucia en su ejercicio, en aras de establecer garantías en el ejercicio de la negociación, tanto en pro de la administración como de la contraparte, transportándolas a un plano de igualdad procesal. Así, se traen a colación algunas figuras que garantizan el libre desarrollo de la autonomía de la voluntad:

En principio, el artículo 5 del Decreto 1716 de 2009, mediante el cual se regula la conciliación extrajudicial en asuntos de lo contencioso administrativo, consagra:

Artículo 5°. Derecho de postulación. Los interesados, trátase de personas de derecho público, de particulares o de personas jurídicas de derecho privado, actuarán en la conciliación extrajudicial por medio de apoderado, quien deberá ser abogado inscrito y tener facultad expresa para conciliar. (Subrayas fuera de texto)

A diferencia de la conciliación extrajudicial en otras ramas del derecho como la civil, laboral o de familia, para adelantar una conciliación administrativa es requisito indispensable que ambas partes se encuentren debidamente representadas en el trámite de la misma. Ahora, como es apenas lógico, en la conciliación judicial se presenta la misma situación, pues actuar por intermedio de apoderado es requisito indispensable desde que comienza el proceso contencioso.

El derecho de postulación se explica en aras de garantizar una defensa técnica (artículo 29 de la Constitución Política), en el entendido de que no todos los ciudadanos conocen el ordenamiento jurídico con tal minucia que les permita defender adecuadamente sus intereses. Lo mismo se busca con la presencia de los abogados en el trámite de la conciliación –judicial o extrajudicial-, pues el hecho de que el ciudadano actúe por intermedio de una persona conocedora del derecho, garantiza que sus intereses no se vean violentados por la presencia del apoderado de la entidad estatal.

Con este requisito se marca una diferencia con la conciliación en materia civil, pues en ésta la decisión de acudir con apoderado es potestativa, ya que las partes se entienden como iguales. Sin embargo, ante la posición de dominio de la entidad estatal, respaldada por toda la institucionalidad del ordenamiento, el legislador ofrece una

protección reforzada al ciudadano, pues, una vez la facultad de negociación es transferida al abogado, se equipara la negociación con su homólogo que defiende los intereses estatales.

Una segunda garantía se ofrece mediante la cualificación del sujeto conciliador, en materia de la conciliación extrajudicial¹⁷ y de su presencia obligatoria en las conciliaciones procesales.

La calidad de conciliador en cabeza del Ministerio Público en las audiencias de conciliación extrajudicial cumple varias finalidades; i) asegurar la gratuidad del ejercicio de la conciliación, así lo expresó la Corte Constitucional en sentencia C-893 de 2001: “no deja de preocupar a la Corte que la función asignada a los conciliadores de los centros de conciliación y a los notarios además de tener vocación de permanencia en el tiempo -hecho que por sí solo la hace inconstitucional-, sea onerosa en términos económicos para quienes deseen hacer uso de ella, pues en este sentido se estaría desconociendo la igualdad de oportunidades para acceder libremente a la administración de justicia”, por lo que declaró inexecutable que la conciliación administrativa se pudiera adelantar en centros de conciliación y se consagró una competencia única a cargo del Ministerio Público para realizar las conciliaciones extrajudiciales y del juez contencioso –con presencia del procurador delegado- cuando la conciliación sea judicial; ii) otorgarle mayores facultades al conciliador, no para que imponga su voluntad, si no para que tenga un papel más activo en la formulación de propuestas y en el control de legalidad: “La conciliación administrativa sólo puede ser adelantada ante los agentes del Ministerio Público asignados a la jurisdicción contencioso administrativa. Ello implica una intervención mayor del conciliador con el fin de proteger el interés general, la legalidad del proceso y los derechos fundamentales. Además, el conciliador puede solicitar pruebas adicionales a las presentadas por las partes para la sustentación del acuerdo conciliatorio y si tales pruebas no son aportadas, puede decidir que no se logró el acuerdo.”¹⁸

¹⁷ Artículo 23 Ley 640 de 2001. Conciliación extrajudicial en materia de lo contencioso administrativo. Las conciliaciones extrajudiciales en materia de lo contencioso administrativo sólo podrán ser adelantadas ante los agentes del Ministerio Público asignados a esta jurisdicción.

¹⁸ Sentencia C-1195 de 2001.

De otro lado, la presencia obligatoria de un agente del Ministerio Público en las conciliaciones judiciales, tiene razón de ser en el artículo 277.7 constitucional, que consagra:

Artículo 277. El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones:

(...)

7. Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales.

En desarrollo de lo anterior, el Decreto 01 de 1984 estableció en el inciso 1 del artículo 127, las finalidades de la actuación del Ministerio Público, así:

Artículo 127. Ministerio Público es parte y podrá intervenir en todos los procesos e incidentes que se adelanten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y en las conciliaciones extrajudiciales ante los centros de conciliación e intervendrá en éstos en defensa del orden jurídico, del patrimonio público y de los derechos y garantías fundamentales. Por consiguiente se le notificará personalmente el auto admisorio de la demanda, el que fije fecha para audiencia de conciliación, la sentencia proferida en primera instancia y el primer auto dictado en segunda instancia. (Subrayas fuera de texto)

Como consecuencia, la Procuraduría General de la Nación construye su misión en los siguientes términos:

“Vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos; promover y proteger los derechos humanos; defender el interés público y vigilar la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas; objetivos estos que se logran a través de actuaciones preventivas, de intervención judicial y administrativa y procesos disciplinarios; siendo referentes de eficiencia, eficacia y valoración ética en el ejercicio de la función pública”

En la labor de interpretación normativa y creación jurisprudencial, esta Corporación entendió que la actuación del Ministerio Público dentro de los procesos judiciales y administrativos –incluida la conciliación– tiene una finalidad específica que se reduce a la defensa del ordenamiento jurídico, el patrimonio público y los derechos fundamentales. Y es por lo anterior que su intervención no quebranta la igualdad de las partes dentro del proceso pues su interés no es obtener un fallo que lo beneficie

respecto al litigio –el cual es el interés de las partes- si no propender por que en cada proceso se respeten las tres órbitas que tiene bajo su vigilancia.

Es decir, “las tres misiones referidas del Ministerio Público al interior de toda actuación judicial, no propenden por el rompimiento del equilibrio o la igualdad que garantiza todo proceso, sino que tienen u ostentan un alcance superior. Su fundamentación reside en que, con independencia de las partes que se vinculan a los procesos judiciales, exista un tercero independiente y autónomo, a cuyo cargo se encuentra una función de control jurídico y moral que propende porque no se lesione el patrimonio público (verificación de la prevalencia del interés general sobre el particular), no se adopten decisiones que representen una vulneración o trasgresión al orden jurídico (garante de legalidad en sentido material), y las garantías esenciales de los individuos sean una materialidad a lo largo del juicio (labores de garantía y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales).”¹⁹

Ahora bien, el auto que se viene de citar versa sobre la capacidad que tienen los agentes del Ministerio Público para interponer recursos dentro del proceso contencioso, en tanto se presentaba la discusión de que con este ejercicio se pudiera desplazar a la parte en sus cargas procesales e intereses y, por lo tanto, beneficiarla dentro del litigio, alterando la igualdad de armas que rige en el proceso. Por lo anterior, la Sala Plena de la Sección Tercera concluyó que “existe una carga argumentativa en cabeza del Ministerio Público que consiste en señalar de manera expresa cuáles son las circunstancias, razones o motivos en virtud de las cuales ejerce los medios de oposición a las providencias, así como identificar el apoyo constitucional de su postura. En otros términos, es preciso que el Procurador General de la Nación o sus delegados determinen el escenario constitucional que sirve de fundamento para la impugnación (v.gr. la defensa del orden jurídico, el patrimonio público o las garantías fundamentales) y las razones expresas por las cuales el respectivo recurso se orienta a la protección de alguno de esos fines, varios de ellos o todos.”

Esta carga argumentativa se explica en tanto el ejercicio de los recursos exige un interés para recurrir, es decir, está facultado para interponer el recurso la parte a la que

¹⁹ Auto Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, 17 de septiembre de 2014. Exp. 44.541, MP: Enrique Gil Botero.

le haya sido desfavorable la providencia impugnada. Por ende, como no es posible que la providencia sea desfavorable al Ministerio Público en tanto este no es parte material del litigio, es necesario que acredite, en cada caso concreto, su interés para recurrir, el cual se debe circunscribir únicamente en la protección del ordenamiento jurídico, del patrimonio público y de los derechos fundamentales.

Esta carga argumentativa, sin embargo, no se traslada al escenario de la conciliación, en tanto la legitimación para actuar dentro de la audiencia viene dada por ley –Art. 127 inciso 1-²⁰, lo cual no significa que no deba ceñirse su actuación a la búsqueda de la realización efectiva de los derechos fundamentales de las partes y a la protección del ordenamiento jurídico y del patrimonio público.

En conclusión, la presencia del Ministerio Público en los procesos judiciales ya sea en calidad de parte o de "sujeto procesal especial"²¹ tiene un objeto específico y es velar por el cumplimiento del ordenamiento jurídico, la protección del patrimonio público y la garantía de los derechos fundamentales, por lo tanto, toda actuación que despliegue debe estar encaminada a dicho fin y no a sustituir a las partes. Ahora bien, cuando se trata de la interposición de recursos, en virtud de la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera, corresponde al delegado del Ministerio Público fundamentar su interposición en aras acreditar su interés para recurrir, sin embargo, esta carga no es necesaria cuando actúa en medio de una audiencia de conciliación, sin que esto signifique que pueda hacerlo desconociendo la finalidad establecida para su intervención.

La tercera garantía, se encuentra consagrada en el artículo 12 del Decreto 1716 de 2009 y el artículo 43 de la Ley 640 de 2001, respectivamente:

Artículo 12. Aprobación judicial. El agente del Ministerio Público remitirá, dentro de los tres (3) días siguientes a la celebración de la

²⁰ Artículo 127. El Ministerio Público es parte y podrá intervenir en todos los procesos e incidentes que se adelanten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y en las conciliaciones extrajudiciales ante los centros de conciliación e intervendrá en éstos en defensa del orden jurídico, del patrimonio público y de los derechos y garantías fundamentales. Por consiguiente se le notificará personalmente el auto admisorio de la demanda, el que fije fecha para audiencia de conciliación, la sentencia proferida en primera instancia y el primer auto dictado en segunda instancia.(Subrayas fuera de texto)

²¹ Terminología utilizada en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el artículo 303 inciso 1.

correspondiente audiencia, el acta de conciliación, junto con el respectivo expediente al juez o corporación competente para su aprobación. (Subrayas fuera de texto)

Artículo 43. Oportunidad para la audiencia de conciliación judicial. Las partes, de común acuerdo, podrán solicitar que se realice audiencia de conciliación en cualquier etapa de los procesos. Con todo, el juez, de oficio, podrá citar a audiencia.

En la audiencia el juez instará a las partes para que concilien sus diferencias; si no lo hicieren, deberá proponer la fórmula que estime justa sin que ello signifique prejuzgamiento. El incumplimiento de este deber constituirá falta sancionable de conformidad con el régimen disciplinario. Si las partes llegan a un acuerdo el juez lo aprobará, si lo encuentra conforme a la ley, mediante su suscripción en el acta de conciliación. (Subrayas fuera de texto)

Si la conciliación recae sobre la totalidad del litigio, el juez dictará un auto declarando terminado el proceso, en caso contrario, el proceso continuará respecto de lo no conciliado.

En este sentido, además de las garantías que ofrece la ley durante el trámite de la audiencia de conciliación, se consagra un control posterior de parte del juez contencioso, quien debe hacer un examen de legalidad pero también del contenido del acuerdo, vigilando que se ajuste a los postulados legales y constitucionales, así como a las buenas costumbres y el orden público, y velando por los intereses de ambas partes.

Para proceder con la aprobación de un acuerdo, el juez debe verificar, en principio, que cuente con las pruebas necesarias respecto a la posible responsabilidad de la entidad y el monto de los perjuicios, que no sea violatorio de la ley y no resulte lesivo para el patrimonio público.

Entonces, como de la aprobación del acuerdo por parte del juez, se desprenden los efectos jurídicos del mismo, su tránsito a cosa juzgada y el hecho de que preste mérito ejecutivo, por contraposición, si el acuerdo no cumple con los postulados legales y constitucionales para que se encuentre en pro de los intereses de ambas partes, el juez no lo aprobará y, por ende, no producirá efectos jurídicos.

En consecuencia, la regulación propia de la conciliación administrativa tanto judicial como extrajudicial, que difiere abiertamente de la regulación de la conciliación en materia civil, se explica en aras de la protección de derechos e intereses de las partes, de un lado teniendo en cuenta que las condenas contra el Estado afectan leve o gravemente el patrimonio público. Por lo tanto se buscó equiparar a las partes para que negocien en un plano de igualdad –con la intervención obligada de apoderados judiciales- y bajo la vigilancia constante del Ministerio Público, quien actúa como mediador imparcial, en tanto le corresponde velar por los intereses del ciudadano y por los del Estado.

De esta manera, la restricción que hizo la Sala, de aprobar los acuerdos sólo si se concilia entre el 70 y el 100% de la condena de primera instancia, afecta la autonomía de la voluntad privada y la capacidad negocial de las partes. Pues, si ambos interesados se ponen de acuerdo en una cifra inferior, como se viene de explicar, esta decisión obedecerá a la voluntad libre y espontánea del ciudadano y de la entidad estatal, quienes –por lógica- habrán actuado de acuerdo a la persecución de sus intereses y su bienestar, teniendo en cuenta que si lo aprobaron, es porque previamente existió negociación en el sentido de definir el monto de la obligación, la forma de pago, el plazo, etc. Y que ambas partes conservaron hasta el final la facultad de conciliar o no.

En consecuencia, procede la Sala a modificar y unificar la jurisprudencia en este sentido, en tanto excede sus facultades fijar límites objetivos o raseros a los acuerdos conciliatorios, y en aras de respetar y hacer prevalecer la autonomía de la voluntad privada, suprimirá los topes previamente establecidos como requisito para aprobar la conciliación.

2. La capacidad de las partes para conciliar

El Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado, manifestó su oposición al acuerdo con base en el argumento de que quien concurre como apoderado de la parte actora no tiene capacidad jurídica para actuar en nombre de quienes iniciaron el proceso contencioso siendo menores de edad y que para la fecha de la audiencia de conciliación ya cumplieron la mayoría de edad. Por consiguiente, sostiene que, como ya se agotó la patria potestad que ejercía su padre cuando otorgó poder el abogado en su

nombre y representación, el apoderado que los representa en la audiencia requeriría de un nuevo poder con la facultad expresa para conciliar.

Para fijar una posición respecto a este problema jurídico es necesario, en principio, aclarar la naturaleza del contrato de mandato, de la representación y del acto de apoderamiento. El Código Civil, en su artículo 2142, define el mandato como: "un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera". Es indispensable que el negocio que se confía esté encaminado a crear, modificar o extinguir efectos jurídicos, y esto será lo que determine el objeto del contrato.

Ahora bien, el contrato de mandato puede desarrollarse de dos maneras: con o sin representación. La representación es una "legitimación excepcional (...) que le permite a un sujeto (representante) sustituir a otra persona (representado) en la celebración de un negocio jurídico o contrato"²². En consecuencia, los efectos jurídicos del negocio celebrado recaen en cabeza del mandante y no del mandatario, siempre y cuando este último manifieste que actúa en nombre de otra persona y que su gestión no exceda los límites establecidos por ella, so pena de obligarse personalmente.

Para lograr el efecto jurídico de la representación, es necesario que previamente exista un acto de empoderamiento, mediante el cual el mandante unilateralmente, confiere poder al mandatario. Este título autoriza la injerencia del mandatario en la esfera jurídica del mandante, y a partir de ese momento opera la representación.

Es decir, en el supuesto mencionado, nos encontramos ante tres negocios jurídicos individualizados: i) el contrato de mandato -negocio jurídico bilateral- ii) el acto de apoderamiento -acto jurídico unilateral- y iii) el poder -constituye una mera facultad-. Así lo entendió esta Corporación en aplicación al caso concreto estudiado en la sentencia del 26 de julio de 2012, Exp. 22.581, MP: Danilo Rojas Betancourth:

"Si bien es cierto que, conforme ya se explicó, al demandante no se le confirió poder para presentar la solicitud de revocatoria directa, también lo es que este hecho no es suficiente para concluir, como lo hizo la Corte

²² HINESTROSA, Fernando. La Representación. Primera edición. Universidad Externado de Colombia. Pág. 109

Suprema de Justicia, que aquel carecía de mandato para adelantar tal gestión. No debe perderse de vista que el poder es apenas uno de los requisitos que deben cumplirse para que se produzca la representación, pero no es un elemento necesario para la formación del mandato, pues éste es de carácter consensual y se reputa perfecto por la simple aceptación del mandatario" (Subrayas fuera de texto)

En desarrollo de lo anterior, es importante dejar claridad en el hecho de que no todo acto de apoderamiento supone un contrato de mandato previo, pues es posible que subyazca otro motivo o fuente que dé lugar al mismo. Y también es posible que exista contrato de mandato sin representación, por lo tanto sin acto de apoderamiento, en el cual los efectos jurídicos del negocio se radiquen en cabeza del mandatario y este los transfiera posteriormente al mandante, en virtud al mandato previamente celebrado.

Ahora bien, en el caso de la representación judicial se tiene que el requisito de la representación y del acto de apoderamiento es *conditio sine qua non* para que el abogado pueda realizar su gestión, independientemente de que la relación jurídica que subyazca entre poderdante y apoderado sea un contrato de mandato, de prestación de servicios profesionales, entre otros. Por lo tanto, la normativa aplicable no será la del negocio que dio lugar al poder, si no la que consagra el Código de Procedimiento Civil o, actualmente, el Código General del Proceso respecto al derecho de postulación.

Al respecto, consagra el Código General del Proceso:

"Artículo 73. Derecho de postulación.

"Las personas que hayan de comparecer al proceso deberán hacerlo por conducto de abogado legalmente autorizado, excepto en los casos en que la ley permita su intervención directa."

Y posterior a la regulación que se hace respecto a sus formalidades y ejercicio, se regulan las hipótesis de terminación del poder, así:

"Artículo 76. Terminación del poder.

"El poder termina con la radicación en secretaría del escrito en virtud del cual se revoque o se designe otro apoderado, a menos que el nuevo poder se hubiese otorgado para recursos o gestiones determinadas dentro del proceso.

“El auto que admite la revocación no tendrá recursos. Dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de dicha providencia, el apoderado a quien se le haya revocado el poder podrá pedir al juez que se regulen sus honorarios mediante incidente que se tramitará con independencia del proceso o de la actuación posterior. Para la determinación del monto de los honorarios el juez tendrá como base el respectivo contrato y los criterios señalados en este código para la fijación de las agencias en derecho. Vencido el término indicado, la regulación de los honorarios podrá demandarse ante el juez laboral.

“Igual derecho tienen los herederos y el cónyuge sobreviviente del apoderado fallecido.

“La renuncia no pone término al poder sino cinco (5) días después de presentado el memorial de renuncia en el juzgado, acompañado de la comunicación enviada al poderdante en tal sentido.

“La muerte del mandante o la extinción de las personas jurídicas no ponen fin al mandato judicial si ya se ha presentado la demanda, pero el poder podrá ser revocado por los herederos o sucesores.

“Tampoco termina el poder por la cesación de las funciones de quien lo confirió como representante de una persona natural o jurídica, mientras no sea revocado por quien corresponda.”

En este sentido, se tiene que la terminación del poder sólo se produce por la revocatoria por parte del poderdante o la renuncia por parte del mandatario, y únicamente produce efectos previa notificación al juez y al poderdante o apoderado –dependiendo si es revocatoria o renuncia-, es decir, la terminación del mismo está revestido de formalidades que son propias únicamente de la representación judicial mas no de la representación en otros contextos jurídicos.

De la lectura del artículo se desprende, además, que el acto de apoderamiento es *intuito personae* respecto al apoderado, por lo cual su muerte desencadena en la terminación del mismo. Pero no se puede predicar la misma condición respecto al mandante, pues si éste muere o se extingue –personas jurídicas-, no se sigue necesariamente la terminación del mandato, ya que éste continúa vigente en tanto los herederos o sucesores no ejerzan la facultad de revocarlo.

En relación con lo anterior, con especial *sindéresis* el profesor Devis Echandía concluyó:

“Por consiguiente el poder que el padre o madre hayan dado a un abogado,

en proceso del hijo o contra éste, sigue vigente al llegar el segundo a la mayor edad, mientras no lo revoque.”²³

En consecuencia, la tesis de que con la terminación de la patria potestad y la emancipación del hijo, la representación judicial que fue otorgado en su nombre pierde validez, obedecería únicamente a la naturaleza jurídica de una condición resolutoria (artículo 1546 del Código Civil), que por ende, tendría que haber sido pactada por las partes desde el momento en que se perfeccionó el contrato que dio lugar al poder y, por lo tanto, solo produciría efectos en el poder judicial si se materializa mediante la renuncia o la revocatoria, pero no podría el juez aplicar el clausulado del contrato que subyace, desconociendo las normas propias del poder judicial.

En consecuencia, si prosperara la hermenéutica prohiada por el señor Agente del Ministerio Público, se llegaría al ilógico de viciar de nulidad un gran porcentaje de procesos que se adelantan ante esta jurisdicción, pues bien es sabido que la realidad de la administración de justicia colombiana es que los procesos toman varios años en resolverse, y como el poder se otorga desde el inicio del proceso en primera instancia – por regla general– es bastante alta la probabilidad de que quienes eran menores al momento de presentar la demanda, cumplan la mayoría de edad en el curso del litigio. En consecuencia, se generaría una nueva carga a los jueces, consistente en analizar cada proceso para identificar y determinar el preciso momento en que cada demandante cumplirá 18 años para posteriormente requerirlo en aras de que otorgue un nuevo poder, so pena de que todas las actuaciones en adelante se encuentren viciadas de nulidad por ausencia de acto de representación judicial, es decir, por ausencia de defensa técnica en los términos del artículo 29 de la Constitución Política.

Claramente, imponer vía jurisprudencial, un requisito tan gravoso para el efectivo funcionamiento de la administración de justicia –conformada por el proceso judicial y los mecanismos alternativos de solución de justicia– sería un dislate y una contradicción a los principios que conforman el debido proceso, en especial a la celeridad, la economía procesal y el derecho obtener un fallo de fondo. Lo anterior, en tanto el derecho

²³ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General del Proceso, Tomo I. Sexta edición. Editorial ABC. Pág. 347

procesal no puede ser un obstáculo si no un vehículo para la efectiva materialización del derecho sustancial.

Ahora bien, lo anterior sin perjuicio de la autonomía con que cuenta cada demandante que cumple la mayoría de edad para disponer con total autonomía y libertad de la facultad de revocar el poder y otorgar uno nuevo, pues es un derecho que le asiste a todo mandante y supone una de las causales de terminación del contrato.

Por consiguiente, si el demandante que cumplió la mayoría de edad ha guardado silencio al respecto, se entiende como una ratificación implícita del contrato, pues el silencio no se puede interpretar como una revocatoria tácita, ya que así no se encuentra contemplado en la ley, e interpretarlo de esa manera, iría en contra de los intereses de las partes y de la administración de justicia.

3. El ejercicio de la patria potestad en el trámite de la conciliación

Por otra parte, el Procurador Primero Delegado ante esta Corporación se opone a la aprobación del acuerdo toda vez que, en su criterio, los hijos menores se encuentran sometidos a la patria potestad, y como a la misma se le hace extensivas las normas aplicables a tutores y curadores (Guarda), entonces para que se pudiera disponer de los derechos de los menores al interior de una conciliación prejudicial o judicial sería necesaria autorización previa del juez de familia; toda vez que en el caso concreto no se cuenta con dicha autorización, según el Ministerio Público, no debería producir efectos jurídicos.

Respecto al ejercicio de la patria potestad, el Código Civil consagra:

ARTICULO 304. LIMITACIONES A LOS PADRES EN LA ADMINISTRACION: No podrán los padres hacer donación de ninguna parte de los bienes del hijo, ni darlos en arriendo por largo tiempo, ni aceptar o repudiar una herencia deferida al hijo, sino en la forma y con las limitaciones impuestas a los tutores y curadores.

Así, es necesario acudir a las disposiciones de la Ley 1306 de 2009, que en su artículo 93 contempla:

“ARTÍCULO 93. Actos de curadores que requieren autorización: El curador deberá obtener autorización judicial para realizar los siguientes actos, en representación de su pupilo:

a). Las donaciones de bienes del pupilo, incluidos aquellos actos de renuncia al incremento del patrimonio del pupilo, con excepción de aquellos regalos moderados, autorizados por la costumbre, en ciertos días y casos, y los dones manuales de poco valor (Subrayas fuera de texto)

b). Los actos onerosos de carácter conmutativo, de disposición o de enajenación de bienes o derechos de contenido patrimonial, divisiones de comunidades, transacciones y compromisos distintos de los del giro ordinario de los negocios, cuya cuantía supere los cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales.

(...)

Entonces, es indudable que las leyes que se vienen de transcribir persiguen proteger los intereses del menor, en el sentido de no dejar al arbitrio absoluto del curador, tutor o del progenitor, la disposición de su patrimonio, y otorgan al juez de familia la competencia para autorizar la disposición de bienes y derechos del pupilo, debido a la confianza que reviste a toda la ciudadanía de que los jueces, en general, son los encargados de aplicar, de manera imparcial, el derecho sustancial.

Entonces, no hay lugar a cuestionar el contenido de las normas analizadas, pues es un deber de todos los usuarios, y mucho más del legislador en su labor de desarrollar los principios constitucionales, velar por la permanente protección de los derechos de los menores, como lo advierte la Carta Política:

“ARTICULO 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

“La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. (Subrayas fuera de texto)

“Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.”

Ahora bien, la aplicación de las normas que regulan el ejercicio de la administración de los bienes del menor, encuentran su aplicación en un ámbito ajeno al proceso judicial. Es decir, cuando el tutor, curador, o el padre o madre de familia desean disponer de derechos o propiedades del menor en un contexto cotidiano, de relaciones civiles o comerciales y de consensualidad.

De modo que, como regla general para la producción de efectos jurídicos, es necesario el control previo de la actividad de disposición por parte del juez, pues, si así no lo exigiera la ley, no habría ningún control a los administradores del peculio del menor, y éstos podrían disponer libremente de su patrimonio incluso en contra de los intereses de aquél.

En esa perspectiva, la mayoría de las relaciones interpersonales incumben únicamente a las partes que la conforman, y la producción de efectos jurídicos se considera válida gracias a la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, pues si el Estado tuviera la obligación de vigilar, controlar y aprobar todas y cada una de las relaciones humanas, excedería sus límites y violentaría los derechos fundamentales a la libertad, la intimidad, el libre desarrollo de la personalidad, etc. sin contar que, como es apenas lógico, esta actividad sería de imposible cumplimiento fácticamente hablando.

A pesar de lo anterior, el legislador no dejó de lado la preocupación por las personas que por motivos de edad, salud o condición, no pueden ejercer a cabalidad su autonomía de la voluntad, por lo tanto, sus manifestaciones posiblemente estarían viciadas y no propenderían por su propio bienestar. Y es en razón de ello que a esas personas se les nombra curadores o tutores o se configura la patria potestad, y, como los intereses del menor o del discapacitado se logran mediante la voluntad de un tercero, se vuelve necesario que el Estado intervenga cierto tipo de relaciones interpersonales –en este caso las civiles o comerciales- que puedan afectar los intereses de los protegidos, y dicha intervención debe ser previa, con el fin de que no se creen un sinnúmero de obligaciones jurídicas que luego deban eliminarse por haber nacido viciadas de nulidad.

Ahora bien, este contexto que justifica la aplicación de las normas del Código Civil y de la Ley 1306 de 2009 , se transforma significativamente cuando el menor –que es el caso que nos ocupa- se encuentra inmerso en un proceso judicial, pues en este nuevo contexto, todas las actividades que se realizan, ya sean de carácter sustancial o procesal, se encuentran bajo la vigilancia constante del aparato jurisdiccional, independientemente de la materia y de la competencia del juez de que sea objeto el litigio.

Por ende, la conciliación ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, entendida como etapa procesal o preprocesal, no se libera de la órbita del juez para realizar un control de su contenido, el cual incluye velar por la protección del menor, pues si bien la competencia en este sentido está legalmente asignada a los jueces de familia, es un deber constitucional de todos los aplicadores judiciales velar por los intereses de los menores y los discapacitados, y esta labor es irrenunciable.

Es decir, cuando la actuación que puede afectar potencialmente los intereses del menor –en este caso intereses económicos– se realiza en el curso de un proceso judicial, no es necesario solicitar un permiso previo, pues dicha disposición de derechos ya se encuentra sometida a homologación o control judicial, por el solo hecho de producirse en desarrollo de un proceso, y con más razón cuando ésta se realiza en ejercicio de la conciliación en materia administrativa, pues como ya se explicó, corresponde al juez aprobar el acuerdo luego de verificar que se respeten los derechos e intereses de ambas partes, incluidos los menores, toda vez que el juez –con independencia a la jurisdicción a la que pertenezca– es ante todo un garante de la constitucionalidad y, consecuentemente, se encuentra obligado en virtud del principio de convencionalidad a no sólo verificar que el acuerdo no resulte lesivo al patrimonio público sino, en general, que no afecte garantías fundamentales de los sujetos procesales (v.gr. la prevalencia del derecho de los menores, el interés superior del niño o niña, etc.).

Entonces, si para realizar la conciliación en nombre de los menores ante un juez civil, contencioso, etc. fuera necesario acudir primero ante un juez de familia, se estaría llevando al extremo la disposición normativa, y se estaría subestimando el papel de garante de los derechos legales y constitucionales, en especial de los menores, que reviste a todos los jueces. Además, constituiría esa circunstancia una carga más para la

persona, quien sería doblemente victimizada, ya que sería compelerlo o someterlo al trámite de dos procesos judiciales con el fin de obtener una autorización para la conciliación de sus intereses.

Por consiguiente, la necesidad de acudir ante un juez para llevar a cabo una etapa procesal ante otro juez, significaría un obstáculo a la administración de justicia y más grave aún, un óbice a los mecanismos alternativos de solución de conflictos. Pues la finalidad de solicitar al juez de familia un permiso para actuar, se satisface con la aprobación del acuerdo del juez contencioso.

En conclusión, si bien la posición del Agente del Ministerio Público tiene apoyo legal, y es su deber velar porque en el curso de la conciliación se respeten los presupuestos procesales, la interpretación hecha en este caso concreto es de tal literalidad y exégesis, que de aplicar la norma como se propone se iría detrimento de la administración de justicia y del impulso e importancia que se concede a la conciliación como terminación anticipada del conflicto. La norma procesal, como se ha explicado reiteradamente, no debe aplicarse al límite de que se vuelva perjudicial para el fin último de todo proceso, que es la obtención de justicia material. Por lo tanto, se rechazarán las razones expuestas por el Ministerio Público para solicitar la improbación del acuerdo.

4. Posibilidad que tiene el juez de aprobar parcialmente un acuerdo conciliatorio

Para realizar el estudio correspondiente a esta materia, es necesario identificar previamente los supuestos que pueden presentarse en el trámite de conciliación y su respectiva aprobación. En principio, es posible identificar los siguientes supuestos o escenarios sobre esta materia:

- i) Acuerdo total con aprobación total por cumplirse los requisitos de homologación y no ser violatorio el acuerdo de los estándares constitucionales y convencionales;
- ii) Acuerdo parcial con aprobación parcial, caso en el que los puntos no sometidos a conciliación quedarán diferidos a la sentencia o a una posterior conciliación;

iii) Acuerdo total con modificación en la aprobación: se trata de un supuesto que se encuentra proscrito, toda vez que no le es dado al juez modificar o alterar la voluntad de las partes al interior del acuerdo conciliatorio. En estos eventos lo procedente es improbar el acuerdo si el juez lo considera lesivo al patrimonio público o violatorio de las normas legales o constitucionales sobre la materia;

iv) Acuerdo total con aprobación parcial: si bien, ha sido una posibilidad que ha sido rechazada por la Sala, en esta ocasión se precisa la jurisprudencia para señalar que este escenario es viable, toda vez que en el mismo el funcionario judicial no sustituye a las partes en su autonomía de la voluntad, sino que, por el contrario, respeta el acuerdo y, por lo tanto, lo aprueba en aquella parte o segmento que considera no es violatorio del ordenamiento jurídico o de las garantías constitucionales, para posponer a la sentencia aquella parte del acuerdo conciliatorio que pudiera contravenir la normativa, sin perjuicio de que las partes en otra ocasión puedan volver a celebrar otro acuerdo conciliatorio respecto de ese punto específico con el fin de volver a analizarlo y someterlo a reconsideración del juez mediante otro acuerdo conciliatorio.

De modo que, el primer supuesto abarca exclusivamente el ejercicio de la voluntad de las partes, pues se refiere a que su decisión conciliatoria comprenda o la totalidad o un fragmento de las pretensiones de la demanda. Para este caso, la ley dotó a las partes de la posibilidad de conciliar por uno o varios frentes del litigio, los cuales hacen tránsito a cosa juzgada, y dejar en manos del juez la decisión respecto a los temas en los que no se logró un consenso. Así lo consagra el Decreto 1716 de 2009 el cual reglamenta la conciliación en materia contencioso administrativa:

“Artículo 2º. Asuntos susceptibles de conciliación extrajudicial en materia contencioso administrativa. Podrán conciliar, total o parcialmente, las entidades públicas y las personas privadas que desempeñan funciones propias de los distintos órganos del Estado, por conducto de apoderado, sobre los conflictos de carácter particular y contenido económico de los cuales pueda conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que los sustituyan.”

En este sentido, si bien se propende por la utilización de la conciliación como mecanismo alternativo para la solución del conflicto, el legislador es consciente que en algunos contextos no es posible llegar a un acuerdo total, pero deja abierta la

posibilidad de que, respecto a las materias en que se logró conciliar, se produzcan efectos jurídicos, pues a pesar de que el litigio en su totalidad no concluye, si se aliviana la carga para el operador judicial en tanto su objeto se delimita, y es favorable para las partes pues se da comienzo al trámite de reparación o de restablecimiento del derecho, así sea de manera parcial.

Por lo tanto corresponde a las partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad privada, decidir si conciliar por la totalidad de las pretensiones de la demanda, o solo por algunos aspectos, por ejemplo, llegar a un acuerdo respecto a los perjuicios materiales más no sobre los morales, en tanto a pesar de la negociación y del ánimo conciliatorio que los revestía, no fue posible que coincidieran en la totalidad del objeto del litigio.

Distinto supuesto se presenta en el escenario en el cual el juez debe estudiar la aprobación del acuerdo al que llegaron las partes –independientemente de que éste sea total o parcial-, y allí pueden surgir –fácticamente hablando– tres conclusiones aplicables: aprobarlo totalmente, aprobarlo parcialmente o modificarlo.

Aprobarlo totalmente significa que el acuerdo al que llegaron las partes cumple globalmente con los presupuestos de ley para que se proceda a su aprobación, esto es que se hayan presentado las pruebas necesarias, que no sea violatorio de la ley y que no resulte lesivo para el patrimonio público, además del estudio correspondiente a su adecuación con principios constitucionales del Estado Social de Derecho.

En consecuencia, si el acuerdo conciliatorio comprende la totalidad de las pretensiones de la demanda y cumple con los requisitos que debe verificar el juez, se procederá con su aprobación total y se pondrá fin al proceso, en tanto quedó resuelto el litigio. Pero este escenario también se puede presentar en un acuerdo parcial, si las partes concilian, por ejemplo, sobre los perjuicios materiales del daño emergente pero no del lucro cesante. Si el juez considera que el acuerdo sobre el daño emergente es ajustado a derecho, procederá con su aprobación total, sin embargo el litigio continúa en sede del juez contencioso respecto a las pretensiones que no fueron parte del acuerdo.

Aprobarlo parcialmente significa que, después del estudio respectivo, se concluye que algunos de los puntos que se acordaron se ajustan a los presupuestos prescritos para su

aprobación, pero otros no. Por ejemplo, si se concilia en la totalidad de las pretensiones indemnizatorias, es posible que el daño moral se encuentre acreditado dentro del proceso, pero el perjuicio material no, por lo tanto, a pesar de que las partes hayan consentido en dicha solución, no podría el juez darle vía libre a esta manifestación, si una parte del mismo no cumple con los requisitos necesarios, entonces aprobarlo parcialmente sería permitir que el acuerdo sobre perjuicios morales haga tránsito a cosa juzgada, pero que el litigio respecto al daño material debe continuar el trámite judicial.

Un escenario diferente se presenta cuando el juez interviene en el acuerdo modificando su contenido, esto es, si por ejemplo se pactó un plazo de dos años para cumplir con la obligación, y el juez procede con la aprobación del mismo pero reduciendo el plazo a un año.

Ahora, si bien los tres supuestos anteriores son posibles fácticamente hablando, lo cierto es que el ordenamiento jurídico colombiano, vía jurisprudencial, ha reducido la posibilidad del juez a aprobarlo totalmente o improbarlo totalmente, basando su tesis en el hecho de que la ley, al definir dicho trámite judicial, solo dotó al juez de esas dos posibilidades, pues el artículo 24 de la Ley 640 de 2001 consagra:

“ARTICULO 24. Aprobación judicial de conciliaciones extrajudiciales en materia de lo contencioso administrativo. Las actas que contengan conciliaciones extrajudiciales en materia de lo contencioso administrativo se remitirán a más tardar dentro de los tres (3) días siguientes al de su celebración, al juez o corporación que fuere competente para conocer de la acción judicial respectiva, a efecto de que imparta su aprobación o improbación. El auto aprobatorio no será consultable.

En consecuencia, se ha desarrollado una tesis jurisprudencial, hasta el momento, unánime respecto a negar de plano la posibilidad de que el juez apruebe parcialmente un acuerdo conciliatorio, y ha fundamentado este punto de vista en argumentos del siguiente tenor:

“La aprobación parcial del acuerdo conciliatorio, de manera circunscrita al señor Joaquín Guillermo Zuleta Zabala, desconoce los principios legales y jurisprudenciales trazados por esta Corporación, en tanto que la competencia de la Sala se limita a aprobar o improbar los acuerdos -totales o parciales- a los que arriben las partes, pero la competencia no abarca o comprende la posibilidad de que el “juez” realice aprobaciones parciales del acuerdo conciliatorio, por cuanto

dicha situación supondría intervenir de manera ilegal e injustificada en el acuerdo de voluntades a las que llegan las partes a través de la conciliación, entendida ésta como un mecanismo autocompositivo de solución de conflictos.”²⁴

“De conformidad con lo anterior, la competencia del Juez Administrativo en materia de los acuerdos conciliatorios judiciales o extrajudiciales celebrados entre las partes se circunscribe únicamente a realizar un análisis de legalidad del acuerdo, sumado al estudio de la posible lesividad del mismo en relación con los intereses patrimoniales del Estado, sin que le sea permitido, por ende, entrar a modificarlo, fraccionarlo, sustituirlo o, en general, invadir la órbita en la cual se fijó el acuerdo de voluntades alcanzado por las partes.”²⁵

“Ahora bien, en cuanto concierne con la posibilidad de efectuar aprobaciones parciales, la Sala ha sido enfática en señalar que la conciliación, si bien puede comprender la decisión sobre varias pretensiones que podrían analizarse de manera individual o autónoma, lo cierto es que la misma constituye un “universo único”, es decir, un acuerdo de voluntades genérico, sobre el cual debe restringir su estudio a la legalidad de aquel y a la posible lesividad del mismo en relación con los intereses patrimoniales del Estado.”²⁶

Es decir, la Sala ha sustentado su negativa a permitir acuerdos parciales con dos argumentos principales: uno de tipo legal, en tanto aplica una interpretación gramatical o literal de la norma, negando de plano la posibilidad de ampliar su contenido y, de otro lado, sostiene que aprobar parcialmente un acuerdo se traduce en una injerencia en la autonomía de la voluntad de las partes, pues el juez reemplazaría la voluntad manifestada, por su propia voluntad.

Si bien, es cierto que la jurisprudencia ha sido reiterativa en este sentido, y que en aras del principio de la seguridad jurídica los precedentes jurisprudenciales deben ser respetados y observados, también es cierto que, como se explicó, al juez del Estado Social de Derecho le corresponde estar en la búsqueda constante de la justicia material.

En este sentido, se ha observado como la negativa a aprobar parcialmente los acuerdos, ha limitado la consecución del fin mismo de la conciliación, que es la resolución del conflicto por las mismas partes, lo que contribuye indirectamente a la descongestión judicial.

²⁴ Auto Sección Tercera del Consejo de Estado del 25 de julio de 2007, Exp. 29273, MP: Enrique Gil Botero

²⁵ Auto Sección Tercera del Consejo de Estado del 21 de octubre de 2009, Exp. 36221, MP: Mauricio Fajardo Gómez

²⁶ Auto Sección Tercera del Consejo de Estado del 9 de febrero de 2011, Exp. 33004, MP: Mauricio Fajardo Gómez

Así las cosas, los jueces en sus despachos, se han enfrentado a una realidad que no se previó cuando se fijó la jurisprudencia en este sentido, y es que se presentan casos en que es inminente el ánimo de conciliar y que se logra llegar a un acuerdo, pero que algunos aspectos del mismo no cumplen a cabalidad con los requisitos que exige la ley aunque otra parte, sí. Y es angustiante para el operador judicial tener que sacrificar la parte del acuerdo que no está viciada, sabiendo que fue fruto de un proceso arduo, que tomó tiempo, dedicación y esfuerzo, y ante todo, que puede significar el inicio de la resolución del conflicto a través del diálogo entre las partes, porque no tiene la posibilidad de otorgarle efectos jurídicos a pesar de que los amerita, en razón a la limitación que previamente ha establecido la jurisprudencia.

Es decir, es más que obvio que un punto del acuerdo que no cumpla con los requisitos, no se puede aprobar. Pero es lamentable que este solo punto, contagie de invalidez el resto del acuerdo y, por ende, se desconozca la magnitud de lo que significa haber logrado una solución anticipada al conflicto.

De otro lado, una vez analizados los argumentos de la Sala, respecto a la injerencia en la autonomía de la voluntad privada y su sustitución de parte del juez cuando aprueba parcialmente, se observa que estos corresponden realmente al supuesto denominado modificación del acuerdo, pues es en ese escenario donde realmente se presenta un cambio en el sentido del acuerdo. Es decir, si las partes llegaron a un convenio sobre el monto de la pretensión X y el juez modifica ese monto, ya sea aumentándolo o disminuyéndolo, se presenta una extralimitación de sus facultades, pues éste solo puede imponer su voluntad cuando el proceso avanza hasta la sentencia, pero le está completamente prohibido reemplazar la decisión que tomaron las partes en la audiencia de conciliación, toda vez que perdería su naturaleza de mecanismo autocompositivo, y sería un atentado directo contra la autonomía de la voluntad privada.

Sin embargo, esta injerencia no se evidencia si el juez aprueba parcialmente el acuerdo, comoquiera que no está cambiando el sentido de una decisión por otro, no está imponiendo su voluntad sobre la de las partes, simplemente está otorgando la producción de efectos jurídicos a alguna o algunas de las decisiones que se tomaron, y las otras, por no cumplir con los requisitos, continúan el trámite del proceso, pero sobre

ellas no se ha tomado una decisión de fondo, y nada obsta para que las partes intenten nuevamente una conciliación respecto a los puntos que no se aprobaron.

Es decir, impedir la producción de efectos jurídicos de una parte del acuerdo, no se puede equiparar con reemplazar la autonomía de la voluntad privada, en tanto el juez no está decidiendo de fondo el contenido del acuerdo, simplemente está haciendo un filtro de su legalidad y constitucionalidad, pero el litigio sigue abierto, y las partes pueden seguir ejerciendo su autonomía de la voluntad respecto a la conciliación.

Por consiguiente, si se atiende a la finalidad del artículo 24 de la Ley 640 de 2001, es claro que lo que la expresión trae implícito es el ejercicio que debe hacer el juez de verificar la legalidad y la materialización de los fines del Estado en cada acuerdo conciliatorio, y que de ello se desprenderá su decisión de otorgar efectos jurídicos o no, los cuales pueden ser parciales en tanto esto no contraría el sentido de la normativa.

En conclusión, es evidente la necesidad de realizar un cambio jurisprudencial, en tanto se está desconociendo la importancia de los acuerdos válidos que logran las partes, subordinándolos al devenir de los acuerdos que no cumplieron con los requisitos para su aprobación. Entonces, como la aprobación parcial no significa una injerencia en la esfera privada de los administrados, en tanto no se está resolviendo el sentido de los temas improbados, puesto que queda abierta la posibilidad que tienen las partes de volver a conciliar sobre estos o permitir su trámite vía jurisdiccional, nada obsta para que se permita aprobar parcialmente los acuerdos conciliatorios, en aras de realizar los fines de los mecanismos alternativos de solución de conflictos y contribuir con la descongestión judicial.

5. Caso concreto

El art. 59 de la ley 23 de 1991²⁷ -modificado por el art. 70 de la ley 446 de 1998- establece que las personas jurídicas de derecho público, a través de sus representantes

²⁷ Art. 59, Ley 23 de 1991: "Podrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas de derecho público, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo.

legales o por conducto de apoderado, pueden conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, los conflictos de carácter particular y contenido económico que sean de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, con ocasión de las acciones indemnizatorias -de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y contractual- previstas en el Código Contencioso Administrativo.

De esta forma, el juez aprobará el acuerdo de las partes, siempre y cuando verifique el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Según el art. 61 de la ley 23 de 1991²⁸ –modificado por el art. 81 de la ley 446 de 1998-, el primer aspecto objeto de análisis está relacionado con la caducidad de la acción respectiva, así, es imprescindible determinar que la demanda se haya presentado durante el término dispuesto para ello en cada caso.

Bajo este entendimiento, se observa que los hechos que originaron la interposición de la demanda, en ejercicio de la acción de reparación directa, ocurrieron durante el período comprendido entre el 6 de septiembre de 2003 -día en que fue capturado el señor Bernabé Cuadros Contreras- y el 23 de marzo de 2007, fecha en que fue ordenada su libertad inmediata e incondicional. Por tanto, considerando que el término de caducidad para esta acción es de dos años, contados a partir del día siguiente a la ocurrencia de los hechos, en este caso de la sentencia que lo absolvió y ordenó su libertad- art. 136.8²⁹- esto es, el 23 de marzo de 2007, y que la demanda se presentó el 28 de septiembre de 2007, es preciso concluir que se presentó oportunamente.

2. De otro lado, conforme al art. 59 de la ley 23 de 1991 –modificado por el art. 70 de la ley 446 de 1998-, el acuerdo conciliatorio al que lleguen las partes se restringe a las acciones o derechos de naturaleza económica.

"PARAGRAFO 1o. En los procesos ejecutivos de que trata el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, la conciliación procederá siempre que en ellos se hayan propuesto excepciones de mérito."

²⁸ Al respecto, el parágrafo 2 del art. 61 de la ley 23 de 1991 dispone: "No habrá lugar a conciliación cuando la correspondiente acción haya caducado."

²⁹ Así lo estipula el art. 136 del CCA. que expresa: "(...) 8. La de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contado a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquier otra causa."

Así pues, considerando que lo reclamado por la parte actora es la indemnización de los perjuicios irrogados con motivo de la responsabilidad atribuida a la demandada y que la solicitud de reconocimiento de los mismos dio lugar al presente proceso, la Sala constata que la controversia es de carácter particular y de contenido económico y, por tanto, los derechos que en ella se someten a discusión se catalogan como disponibles, esto es, transigibles, condición *sine qua non* para que sean objeto de conciliación, de conformidad con lo establecido en el art. 2 del decreto 1818 de 1998³⁰.

3. Un tercer requisito exige que las partes estén debidamente representadas y, además, que sus representantes cuenten con la capacidad para conciliar. De esta forma, en el caso concreto, la Sala advierte que, efectivamente, las partes acudieron al proceso a través de apoderado judicial constituido en legal forma y, de acuerdo con los poderes aportados, tanto el apoderado de los demandantes -fls 1 a 5 cdno 1,- como el de la demandada -fl. 706 cdno. ppal.-, tienen la facultad expresa para conciliar, total o parcialmente. Y que ésta representación, respecto a los demandantes, se mantiene vigente para quienes eran menores al momento de otorgar el poder y ahora son mayores, de acuerdo con lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

Además están legitimados por activa como familiares de la víctima directa, en su calidad de hijos: Haffrey Skilachy Cuadros Castro - Folio 400 cdno 1-, Hafson Stiven Cuadros Castro - Folio 401 cdno 1-, Leidy Melani Cuadros Castro - Folio 404 cdno 1-, Sujeidy Julibeth Cuadros Castro - Folio 403 cdno 1-, Eddy Santiago Cuadros Camejo - Folio 405 cdno 1-. En su calidad de compañera permanente Duver Mary Castro - Folios 486 a 494 cdno 1-.

4. Sumado a lo anterior, según los términos del art. 65 A de la Ley 23 de 1991 – adicionado por el art. 73 de la ley 446 de 1998-, para que el acuerdo conciliatorio sea aprobado, es necesario la realización de un análisis probatorio, a efectos de verificar su procedencia y determinar que se ajuste a la legalidad y no resulte lesivo para el patrimonio público.

³⁰ Dispone el artículo: "Serán conciliables todos los asuntos susceptibles de transacción, desistimiento y aquellos que expresamente determine la ley."

4.1. El 18 de septiembre de 2003, la Fiscalía Especializada de Cúcuta, Unidad Nacional de Fiscalías de Derechos Humanos y DIH, Unidad de Apoyo para Norte de Santander y Arauca, profirió medida de aseguramiento, consistente en la detención preventiva del señor Bernabé Cuadros Contreras. –Fl 378 a 390 cdno 1, en razón del proceso penal que se adelantaba en su contra por la presunta comisión de los delitos de homicidio con fines terroristas y rebelión agravada.

4.2. El 23 de marzo de 2007, el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Descongestión de Arauca, profirió sentencia absolutoria a favor del señor Bernabé Cuadros Contreras, en aplicación del principio universal del *in dubio pro reo*. –Fl. 29 a 369 cdno 1-

De las pruebas que se vienen de relacionar, se tiene que el daño antijurídico se encuentra establecido, puesto que el señor Bernabé Cuadros Contreras, estuvo privado de la libertad durante 3 años, 6 meses y 24 días. En ese orden de ideas, los demandantes se vieron conminados a padecer una lesión o afectación a diversos bienes, derechos e intereses legítimos que no estaban llamados soportar, dada la entidad que ostenta el derecho a la libertad que fue conculcado, configurándose en consecuencia, los daños inmateriales y materiales que fueron reconocidos en el fallo de primera instancia.

Ahora bien, respecto a la lesividad que pueda generar el acuerdo al patrimonio público y a los intereses la contraparte, se tiene que:

En el acuerdo de conciliación se llegó a un acuerdo según el cual la Fiscalía General de la Nación, pagará el 70% de la condena impuesta en la providencia de primera instancia a favor de la parte demandante, debidamente indexada al momento de ejecutoria del auto aprobatorio del acuerdo, y calculada con base en el salario mínimo legal vigente para ese mismo instante, excluyendo dentro del concepto de perjuicios materiales, el 25% que la víctima directa destinaba para sus propios gastos o manutención del total de sus ingresos mensuales.

De una lectura detallada del acuerdo se desprende que se está conciliando por debajo del 70% de la condena de primera instancia. Por lo tanto, una vez realizada la operación

matemática en su totalidad se obtiene un valor inferior al 70% del total de la condena del *a quo*, lo que daría lugar, según la jurisprudencia que se recoge, a que el acuerdo fuera improbadado de plano por el juez, en tanto no respetaría los límites que se establecían.

Sin embargo, debido a las razones que se vienen de expresar en esta providencia, la Sala considera que el acuerdo no es lesivo para la parte demandante, en tanto se concilió en cumplimiento de todas las garantías con las que contaba para manifestar su voluntad, y su decisión de conciliar por este porcentaje fue libre de todo vicio en el consentimiento, en consecuencia no debería el juez interferir en su realización.

En síntesis, si bien el acuerdo logrado en el caso sub examine es inferior al 70% del total de la condena de primera instancia, sería procedente su aprobación, en tanto la Sala no encuentra que con éste se lesionen los intereses de las víctimas.

De otro lado, corresponde a la Sala realizar el análisis de la posible lesividad que se ocasionaría al patrimonio público. Al respecto, el Procurador Delegado manifestó su desacuerdo, en tanto el fallo de primera instancia –con base en el cual se concilió– contiene una decisión extra petita, pues el numeral 4 de la parte resolutive, condena a la Fiscalía a pagar al señor Bernabé Cuadros Contreras 60 salarios mínimos por concepto de daño a la vida en relación, y esta modalidad de perjuicios no había sido solicitado por el demandante.

Una vez revisado el escrito de demanda, la Sala concluye que le asiste razón al Procurador Delegado, en tanto el demandante solicitó única y exclusivamente la indemnización de perjuicios morales y materiales, y ni siquiera de una labor interpretativa de la demanda se concluye que se deprecó suma por el citado concepto.

En consecuencia, como el acuerdo conciliatorio versa sobre el fallo en primera instancia, y éste puede llegar a ser lesivo para el patrimonio público en tanto el juez, en una hermenéutica que habría que analizar en la sentencia, condenó de oficio al pago de perjuicios a la vida en relación, esta situación genera una dificultad para la aprobación respecto al reconocimiento y pago de ese perjuicio, en tanto se estaría cancelando al demandante una suma que eventualmente no fue deprecada o expresada en la

demanda. Por lo anterior, y por los motivos expuestos en este proveído, la Sala aprobará parcialmente el acuerdo conciliatorio logrado entre las partes, para homologarlo salvo en lo que se refiere al reconocimiento y pago de perjuicios a la vida en relación, por considerarlo lesivo al patrimonio público, y lo aprobará respecto a las demás pretensiones conciliadas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, resuelve:

R E S U E L V E

PRIMERO: UNIFICAR la jurisprudencia en relación respecto a: i) inexistencia de porcentajes vinculantes en los acuerdos conciliatorios y prevalencia de la autonomía de la voluntad dentro de los límites a que se refiere la parte motiva ii) la capacidad de las partes para conciliar, y iii) el ejercicio de la patria potestad en el trámite de la conciliación y; iv) la posibilidad de aprobar parcialmente los acuerdos conciliatorios.

SEGUNDO: APROBAR PARCIALMENTE el acuerdo conciliatorio suscrito entre las partes, el día 25 de septiembre de 2014. Por consiguiente, se imparte aprobación al acuerdo salvo en lo que corresponde al perjuicio denominado "daño a la vida de relación", reconocido en la decisión de primera instancia, aspecto que quedará pendiente de ser decidido en la sentencia.

CUARTO: En firme esta decisión, **REMITIR** el expediente al Despacho del Magistrado Ponente de la presente providencia para elaborar el proyecto de sentencia que deberá ser registrado en su oportunidad para análisis y discusión en Sala de la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Presidenta (Ausente)

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

ENRIQUE GIL BOTERO

RAMIRO PAZOS GUERRERO

DANILO ROJAS BETANCOURTH

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

Proceso: 37.747

Radicación: 07001-23-31-000-2008-00090-01(37.747)

Demandante: Bernabé Cuadros Contreras y otros

Demandado: Nación –Fiscalía General de la Nación

Referencia: Acción de Reparación Directa

Caso:

Aprobación de acuerdo conciliatorio logrado por las partes dentro del proceso de reparación directa que se adelantó en razón a la privación injusta del demandante.

Tesis:

Se busca unificar jurisprudencia respecto a:

- i) Inexistencia de porcentajes vinculantes en los acuerdos conciliatorios y prevalencia de la autonomía de la voluntad
- ii) Capacidad de los apoderados para conciliar cuando se presentan casos en que se otorgó poder en nombre de menores de edad y para la fecha de la conciliación éstos ya cumplieron la mayoría de edad.
- iii) Ejercicio de la patria potestad en la conciliación respecto a la disposición de derechos y bienes de los menores.
- iv) La posibilidad de aprobar parcialmente los acuerdos conciliatorios.

Decisión:

Aprobar parcialmente el acuerdo, salvo respecto al pago de perjuicios a la vida en relación, en tanto puede resultar lesivo para el patrimonio público.

Maria Paz Restrepo R.