

Sentencia C-834/13

Referencia: Expediente D -9509

Demandante: Martín Bermúdez Muñoz

Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 613 (parcial) de la Ley 1564 de 2012 *“Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso”*.

Magistrado Ponente:
ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá, D.C., veinte (20) de noviembre de dos mil trece (2013).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y previo cumplimiento de los requisitos y de los trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Con fundamento en la facultad consagrada en el artículo 241 de la Constitución, el 15 de enero de 2013, el ciudadano Martín Bermúdez Muñoz promovió acción de inconstitucionalidad contra el artículo 613 (parcial) de la Ley 1564 de 2012 *“Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso”*.

La demanda presentada fue inadmitida por auto de 08 de febrero de 2013 y rechazada, luego de analizar la corrección presentada por el accionante, por auto del 04 de marzo de 2013. Interpuesto el recurso de súplica, la Sala Plena de la Corte Constitucional, por medio de auto de 24 de abril de 2013, dispuso que fuera admitida la demanda presentada por el ciudadano Bermúdez Muñoz.

Por medio de auto de 20 de mayo de 2013 el Magistrado Ponente dio cumplimiento a lo dispuesto por la Sala Plena de la Corte Constitucional, para lo cual admitió la demanda que ahora se decide.

II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto de la norma acusada, resaltando los apartes demandados por el accionante.

“LEY 1564 DE 2012

(julio 12)

Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

*Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso
y se dictan otras disposiciones.*

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

LIBRO QUINTO.

CUESTIONES VARIAS.

TÍTULO II.

**DISPOSICIONES RELATIVAS A LA AGENCIA NACIONAL
DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO**

(...)

ARTÍCULO 613. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN LOS ASUNTOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS. *Cuando se solicite conciliación extrajudicial, el peticionario deberá acreditar la entrega de copia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica de la Nación, en los mismos términos previstos para el convocado, con el fin de que la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado resuelva sobre su intervención o no en el Comité de Conciliación de la entidad convocada, así como en la audiencia de conciliación correspondiente.*

*No será necesario agotar el requisito de procedibilidad en los procesos ejecutivos, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se adelanten, como tampoco en los demás procesos en los que el demandante pida medidas cautelares **de carácter***

patrimonial o cuando quien demande sea una entidad pública.

Las entidades públicas en los procesos declarativos que se tramitan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo contra particulares, podrán solicitar las medidas cautelares previstas para los procesos declarativos en el Código General del Proceso.

De acuerdo con el actor, el aparte señalado del artículo 613 desconoce lo previsto en los artículos 13, 29, 229 y 238 de la Constitución.

III. DEMANDA

1. Razones que sustentan la solicitud de declaratoria de inexequibilidad

En primer lugar el demandante realiza un breve recuento de la regulación que ha existido en los últimos años sobre la necesidad de realizar audiencia de conciliación como requisito de procedibilidad en las demandas que contengan pretensiones relativas a controversias contractuales; o que busquen la nulidad de un acto administrativo y el consecuente restablecimiento de un derecho; o que soliciten la reparación directa de un perjuicio causado cuando sean presentadas ante la jurisdicción contencioso administrativas. La actualmente vigente es la prevista en el artículo 161 del CPA y CCA, de acuerdo con la cual esta audiencia se deberá realizar siempre que se trate de pretensiones que sean conciliables –folios 17 a 19-.

Luego menciona que el artículo 590 del Código General del Proceso estableció que “[e]n todo proceso y ante cualquier jurisdicción, cuando se solicite la práctica de medidas cautelares se podrá acudir directamente al juez, sin necesidad de agotar la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad”. Esta regla general que elimina el requisito de procedibilidad cuando se soliciten medidas cautelares en cualquier tipo de proceso, debe leerse en armonía con la disposición demandada, que prevé una regla especial para la jurisdicción contencioso administrativa. En efecto, el artículo 613 del mismo Código General del Proceso estableció que en los procesos contencioso administrativos no será necesario realizar audiencia de conciliación, entre otras ocasiones, cuando “el demandante pida medidas cautelares de carácter patrimonial”.

Para el accionante “[l]a aplicación de esta norma implica que los demandantes, para acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, estarán obligados a cumplir con este requisito de procedibilidad en todos

los casos en los cuales la medida cautelar no tenga carácter patrimonial y, particularmente estarán obligados a hacerlo, cuando las medidas cautelares estén dirigidas a mantener la situación de hecho existente en el momento de la presentación de la demanda y tal petición no pueda cuantificarse en dinero” –folio 19 y 20-. La realización de la audiencia de conciliación, que puede llevar hasta tres meses –artículo 21 de la ley 640 de 2001-, “le impide al demandante acudir inmediatamente a la jurisdicción y ello atenta evidentemente contra la finalidad perseguida con la medida cautelar” –folio 20-.

Sostiene que “la posibilidad de solicitar medidas cautelares en un proceso forma parte del derecho fundamental al debido proceso (art. 29 de la CP) y al acceso a la administración de justicia (art. 229 de la CP). Solo en la medida en que las normas que regulen el proceso sean idóneas para lograr que las pretensiones que los ciudadanos impetren ante la jurisdicción puedan ser efectivamente satisfechas, se estarán garantizando estos dos derechos constitucionales.//Si el demandado, antes de que se profiera la sentencia, tiene la posibilidad de modificar la situación de hecho existente para el momento en que el demandante presenta la demanda e impedir que el demandante logre obtener la satisfacción de su pretensión, es evidente que está eliminando el objeto del proceso: una regulación legal de un proceso que no contemple disposiciones dirigidas a impedir lo anterior, no podrá calificarse como proceso debido, adecuado o eficaz” –folios 20 y 21-.

Continúa el demandante con la explicación de lo que, según su criterio, constituye una vulneración del principio de igualdad. Indica que “[c]uando el legislador manifiesta que en el caso de las medidas cautelares de carácter patrimonial no hay que cumplir el requisito, mientras que en el caso de las medidas cautelares que no tengan carácter patrimonial sí hay que cumplirlo, introduce una discriminación injustificada incompatible con el derecho fundamental de igualdad dispuesto en el artículo 13 de la Constitución.//El mismo derecho tienen quienes soliciten medidas cautelares de contenido patrimonial que pueda cuantificarse monetariamente como aquellos que soliciten medidas que no tengan dicho carácter a que tales medidas sean efectivas y por tanto no se vean afectadas por el periodo de tiempo necesario para llevar a cabo la conciliación previa” –folio 23-.

En su concepto “[p]articularmente en relación con la suspensión de los efectos de un acto administrativo, que es la medida cautelar prevista en el artículo 238 de la C.P., tiene el mismo derecho quien pide suspensión provisional de un acto administrativo que le impone una multa (medida que tendrá carácter patrimonial) como quien pide esa medida respecto de

un acto administrativo que lo desvincula de un cargo público, o de un acto que le impone una sanción disciplinaria” –folio 23-.

Luego de citar la sentencia C-030 de 2006 proferida por esta Corporación, en la que se resaltó el carácter de las medidas cautelares como mecanismos por los cuales se busca asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte como resultado de un proceso judicial, el accionante concluye que *“obligar a quienes interponen demandas ante la jurisdicción contencioso administrativa y solicitan una medida cautelar de carácter no patrimonial a agotar un requisito de procedibilidad que no es exigido en ningún otro caso, resulta incompatible con las normas constitucionales que establecen como medida cautelar la suspensión de los actos administrativos y le imponen al legislador regular un proceso debido que garantice la tutela judicial efectiva y que no introduzca discriminaciones injustificadas” – folio 25-.*

2. Cargos presentados

Del escrito de acción, cuyos apartes más relevantes fueron transcritos, la Corte Constitucional concluye que el accionante presenta dos acusaciones contra el aparte demandado del artículo 613 de la ley 1564 de 2012:

- i) **Vulneración del principio de igualdad**, en cuanto la diferencia establecida por el aparte demandado entre las medidas cautelares con carácter patrimonial y aquellas que no tienen dicho carácter patrimonial introduce una discriminación injustificada. Acusación que se sustenta al decir que el mismo derecho a que la medida sea *efectiva* tienen unos y otros y, por tanto, a que “no se vean afectadas por el periodo de tiempo necesario para llevar a cabo la conciliación previa” –folio 23-.
- ii) **Cargo por vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia**, que surgiría por cuanto la obligación de realizar audiencia de conciliación eliminaría o limitaría de forma desproporcionada la *eficacia* de las medidas cautelares que no tengan un carácter patrimonial. Este sería el resultado de impedir que el demandante acuda inmediatamente a la jurisdicción –folio 20-, por cuanto este hecho daría al demandado la posibilidad de modificar su situación de hecho existente, lo que impediría la satisfacción de la pretensión del demandante –folio 20 y 21-. En concreto, se estaría afectando el derecho de acceso a la administración de justicia en tanto acudir a la audiencia de conciliación i) retrasa, demora o dilata hasta en tres meses el momento en que el demandante puede acudir a la jurisdicción de

lo contencioso administrativo; y ii) elimina lo sorpresivo de la medida cautelar, por cuanto se pondría sobre aviso al demandado respecto de las pretensiones del actor y respecto de su intención de solicitar la medida cautelar.

Son estas las acusaciones que la Sala analizará en el caso concreto.

Aunque el accionante también menciona como vulnerados los artículos 29 y 238 de la Constitución, en su escrito de acción no expone las razones por las cuales el aparte demandado es contrario al contenido de estas disposiciones constitucionales.

El actor hace referencia al derecho al debido proceso –artículo 29 de la Constitución-, pero el fundamento de la presunta vulneración es igual al esgrimido para sustentar el presunto desconocimiento del derecho de acceso a la administración de justicia, esto es, restarle *eficacia* a la práctica de medidas cautelares. Según el accionante, esta regulación vulneraría el artículo 29 de la Constitución pues el proceso no podría catalogarse como “*proceso debido, adecuado o eficaz*” –folio 21-. Ante la coincidencia de argumentos para sustentar la violación de uno y otro derecho, y por entender que el contenido presuntamente vulnerado corresponde al derecho de acceso a la administración de justicia, la Corte analizará esta acusación únicamente a la luz del contenido del artículo 229 de la Constitución.

Otro tanto ocurre con la presunta vulneración del artículo 238 de la Constitución, de la cual el accionante tan solo manifiesta que “*la norma demandada limita el alcance de esta medida cautelar al imponerle al demandante la obligación de cumplir con el requisito de procedibilidad de la conciliación previa cuando solicite medidas cautelares que no tengan carácter patrimonial*” –folio 23-. Ante la inexistencia de argumentación respecto de esta presunta vulneración, la Sala no hará referencia a la misma al resolver los problemas jurídicos planteados por la demanda.

IV. INTERVENCIONES

1. Entidades Estatales

1.1. Intervención del Ministerio de Justicia y del Derecho

La Doctora Ángela María Bautista Pérez, actuando como apoderada del Ministerio de Justicia y del Derecho, presentó oportunamente escrito de intervención, en el que solicita la declaratoria de exequibilidad de la expresión acusada. Sostiene la representación del Ministerio que los cargos presentados por el demandante no deberían prosperar por falta de sustento

suficiente y, además, porque la norma examinada no resulta contraria a la Carta Política.

El Ministerio afirma que el aparte acusado no puede leerse de manera aislada de las demás normas consagradas en el Código General del Proceso y que conforman un entramado normativo que protege y garantiza la efectividad de los derechos que se alegan vulnerados por el demandante, ni tampoco puede obviar las legítimas finalidades que busca la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en materia contencioso administrativa.

Concreta las razones para declarar la exequibilidad de la norma así:

- i) La voluntad del legislador al consagrar dicho requisito sólo para medidas cautelares no patrimoniales, no obedece a un interés discriminatorio.
- ii) Lo que busca la norma acusada es favorecer el interés general de proteger los recursos públicos y el patrimonio del Estado, al no exigir la conciliación extrajudicial en los eventos en que se soliciten medidas cautelares de carácter patrimonial.
- iii) Busca además fortalecer los mecanismos alternativos de solución de conflictos, para que la conciliación se consolide como la principal vía de solución de las controversias contencioso administrativas.
- iv) El requisito garantiza la materialización del derecho a una justicia pronta sin tener que acudir a los estrados judiciales.

Concluye el Ministerio que *“una vía procesal o la otra: la que pasa por el agotamiento previo al proceso de la conciliación, tanto como la que se lleva directamente a la confrontación litigiosa garantizan el acceso a la administración de justicia con igual validez y efectividad, sin que ninguno de los argumentos del accionante demuestren lo contrario”*.

Y, finalmente, en cuanto al cargo por violación del artículo 238 de la Carta, el Ministerio considera que la consagración del requisito de procedibilidad en nada riñe con posibilidad de suspender los actos administrativos, lo cual podrá ocurrir una vez llegue el asunto a la jurisdicción.

2. Universidades y ciudadanos

2.1. Intervención de la Universidad Externado de Colombia

En representación del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad, el doctor Juan Pablo Estrada Sánchez radicó oportunamente

escrito de intervención ante la Corte Constitucional, en el que solicita la declaratoria de inexecutable de la expresión demandada contenida en el artículo 613 del Código General del Proceso.

En efecto, sostiene que limitar la no exigencia de audiencia de conciliación extrajudiciales a las medidas cautelares de “carácter patrimonial” vulnera los artículos 1, 13 y 229 de la Carta y, además, desconoce la Sentencia C-523 de 2009 en la que la Corte sostuvo, entre otras consideraciones, que las medidas cautelares *“constituyen una parte integrante del contenido constitucionalmente protegido del derecho a acceder a la justicia, no solo porque garantiza la efectividad de las sentencias, sino además porque contribuye a un mayor equilibrio procesal, en la medida en que asegura que quien acuda a la justicia mantenga, en el desarrollo del proceso, un estado de cosas semejante al que existía cuando recurrió a los jueces”*.

Aduce que la expresión normativa acusada vulnera el artículo 229 Superior en cuanto cercena la posibilidad de que quienes acudan a la jurisdicción solicitando medidas cautelares sin contenido patrimonial, vean cumplida la finalidad que la ley y la jurisprudencia ha dado a las mismas, esto es, la de proteger los derechos de los demandantes y evitar daños mayores.

Encuentra entonces que se vulnera el acceso a la administración de justicia pues, durante el término de tres meses que la ley establece como plazo para la realización de la audiencia de conciliación, se le impide al demandante poner a consideración del juez de la controversia la solicitud de medidas cautelares no patrimoniales, y, por tanto, se evita que *“el juez decida sobre su procedencia, sin que su contraparte haya tenido tiempo de modificar las situaciones existentes y tomar medidas que hagan inocuas las cautelares”*. Lo anterior, sostiene, se comprueba además con el hecho de que copia de la solicitud de conciliación debe ser entregada a la contraparte, poniéndolo en sobre aviso, lo cual resta cualquier efectividad que pudieren tener las medidas cautelares.

En segundo lugar, el interviniente sostiene que la norma acusada viola el artículo 13 Superior. Aduce que la expresión “de carácter patrimonial” genera un trato desigual no justificado dependiendo de si la medida cautelar afecta o no derechos patrimoniales, pues *“le asiste el mismo derecho a la efectividad de su solicitud a quien pide una medida cautelar no cuantificable en términos económicos o monetarios, que a quien solicita una de las que claramente tengan un carácter patrimonial”*.

Ejemplifica la anterior afirmación, señalando que la norma propicia un tratamiento desigual para quien pide una suspensión provisional de un acto administrativo de naturaleza patrimonial, como la imposición de una multa,

en relación con el ciudadano que pide la misma suspensión frente a un acto que no tiene contenido patrimonial, como una sanción disciplinaria.

2.2. Intervención de la Universidad Libre de Bogotá

El doctor Jorge Kenneth Burbano Villamarin, en su condición de Coordinador del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, presentó intervención en el presente proceso de constitucionalidad solicitando a la Corte declare condicionalmente exequible la norma acusada.

Comienza por explicar el ciudadano Burbano Villamarín que en materia contencioso administrativo existe constitucionalmente la figura de la suspensión provisional del acto administrativo (Art. 238 C.P.); que, según el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, será obligatorio agotar el requisito de procedibilidad de la audiencia de conciliación extrajudicial para las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, de reparación directa y contractuales; que el artículo 590 del Código General del Proceso establece que en cualquier jurisdicción siempre que se soliciten medidas cautelares no se deberá agotar el requisito de procedibilidad; y que, por último, el artículo 613 de ese mismo Código, sin derogar ni modificar ni reemplazar el artículo 238 Superior ni el artículo 590 del Código, adiciona un caso especial consistente en que cuando la medida cautelar sea de carácter patrimonial no debe agotarse el requisito de procedibilidad.

Al referirse a la medida cautelar de suspensión de actos administrativos, señala el interviniente *“la suspensión provisional en nuestro concepto por su carácter superior constitucional y norma especial para un hecho determinado, trátase de pretensiones patrimoniales o no, procede en su solicitud y para ello su procedencia se ciñe es a la abierta contrariedad del acto atacado con el ordenamiento legal, mas no por el hecho de catalogarse con el rótulo de medida cautelar pues para este último tema el criterio legal es que el derecho afectado por el acto administrativo sea de carácter conciliable, es decir derecho dispositivo y es de tal categoría igual solicitándose o no la suspensión provisional deberá agotarse el requisito de procedibilidad”*.

Así, sostiene que *“una cosa es que solicite declarar nulidad de actos administrativos que afectan derechos dispositivos de las personas, casos en los cuales debo obligatoriamente agotar la conciliación y cuya regulación no es de rango constitucional sino solo legal, como requisito de procedibilidad; y otra bien distinta, es la suspensión provisional de rango constitucional e instituto procesal que se puede solicitar en tanto persiga derechos de carácter dispositivo en los cuales debo agotar el requisito y*

además podrá solicitar o no la suspensión provisional en la medida que demuestre sumariamente el perjuicio al ejecutar el acto administrativo atacado”.

Concluye que para la procedencia de la suspensión provisional no debe observarse en nada la norma acusada, en cuanto la figura del artículo 613 y la suspensión provisional de actos administrativos son distintas, autónomas y operan con criterios distintos.

Al analizar la norma acusada con su alcance general, encuentra el interviniente que pese a su errónea redacción puede conservarse en el ordenamiento jurídico. Sostiene que una vez aclarado el asunto de la suspensión provisional, no existirían en el contencioso administrativo otras medidas que se pudiesen considerar como cautelares no patrimoniales y, por tanto, el problema estaría salvado.

El interviniente concluye que el demandante no tiene razón y que su solicitud debe ceder al hecho de que *“la situación cuando debe agotarse la conciliación previa es siempre cuando se trate de materia conciliable (entiéndase derechos dispositivos) y en el marco exclusivo del ejercicio de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales; y de otro lado que cuando se soliciten medidas cautelares genéricamente hablando (patrimoniales o no) está consagrada la excepción de que no será obligatorio el agotamiento del requisito previo”.*

2.3. Intervención de la ciudadana Catalina María Duque López

La ciudadana interviniente considera que la expresión demandada es contraria a la Constitución Política en cuanto desconoce la reserva de ley estatutaria consagrada en el artículo 152 Superior, así como la jerarquía normativa de las leyes estatutarias sobre las leyes ordinarias. Además, sostiene que dicha expresión viola el principio de unidad temática de la ley.

Frente al primero de los argumentos, la señora Duque López afirma que la norma acusada sólo podía adoptarse *“mediante una reforma, una adición o la derogación de la Ley Estatutaria de la Justicia”* y no como ley ordinaria. Lo anterior, por cuanto establecer como requisito previo al proceso la celebración de la diligencia de conciliación trae consigo las siguientes implicaciones:

- i) Habilita e impone ejercer una forma alternativa de solución de conflictos, permitiendo que ciertas autoridades e instituciones no judiciales ejerzan funciones jurisdiccionales.

- ii) Condiciona el ejercicio del derecho de acceso a la administración de justicia.
- iii) Regula un presupuesto procesal de la acción que genera serios riesgos para el acceso a la administración de justicia.

Señala que precisamente por razones esgrimidas, el legislador reguló mediante ley estatutaria 1285 de 2009, el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial para los procesos contencioso administrativos.

En segundo lugar, sostiene que el artículo 613 contenido de la expresión acusada derogó preceptos contenidos en una ley ordinaria, desconociendo la jerarquía que las leyes estatutarias tienen sobre ese tipo de leyes. Afirma que la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en materia contencioso administrativa fue introducida por la Ley Estatutaria 1258 de 2009 y que la misma fue derogada parcialmente por el inciso segundo del artículo 613 de la Ley 1564 de 2012 *“al excluir la exigencia de conciliación extrajudicial en aquellos procesos ejecutivos, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se adelantes y en los demás procesos en los que el demandante pida medidas cautelares de carácter patrimonial o cuando quien demande sea una entidad pública”*.

Así las cosas, concluye que se vulneran los artículos 152 y 153 de la Carta pues una vez establecido como parte del corpus normativo de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia el requisito de procedibilidad de las acciones contencioso administrativas, sólo por otra ley estatutaria podía suprimirse dicho requisito “pre-procesal”.

Por último, la ciudadana alega la violación del principio de unidad temática de la ley. Sostiene que *“el contenido de la norma legal cuestionada resulta ajeno al tema o materia de la Ley 1564 de 2012 y rebasa el objeto central de dicha ley, al incorporar una regulación sobre la jurisdicción contencioso administrativa dentro de una codificación general referente a los procesos de la jurisdicción ordinaria”*.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

De conformidad con los artículos 242-2 y 278-5 de la Constitución, el Procurador General de la Nación rinde concepto de constitucionalidad número 5594 en el proceso de la referencia.

El Procurador General solicita a la Corte que declare la exequibilidad del aparte acusado.

De acuerdo con su concepto, resulta razonable que en materia contencioso

administrativa se pueda demandar directamente cuando se soliciten medidas cautelares de carácter patrimonial, las cuales “*se deben practicar antes de que el demandado se entere de la existencia de un proceso en su contra y evite el cumplimiento del pronunciamiento judicial*” –folio 170-.

A juicio del Ministerio Público “*la disposición acusada es una consecuencia de la filosofía que ha inspirado la conciliación prejudicial, que no es otra que la descongestión judicial, mediante la solución expedita de los conflictos a través de la discusión o trato entre las partes*” –folio 170-. Recuerda que la conciliación ha sido resaltada como un instrumento que permite la realización de fines como la paz, la tranquilidad, el orden justo y la armonía en las relaciones sociales y, por otro lado, facilita el adecuado desarrollo de la administración de justicia.

La exigencia prevista en el aparte acusado del artículo 613 de la ley 1564 sólo implica un límite de naturaleza temporal en el acceso a la administración de justicia, por tanto, contrario a vulnerar derechos, “*la conciliación prejudicial constituye una herramienta para garantizar tales derechos, si se tiene en cuenta que ella permite poner fin al conflicto a través de un arreglo entre las partes*” –folio 171-.

Respecto del cargo de igualdad, solicita la declaratoria de exequibilidad del aparte demandado, por cuanto la Constitución no impone una regulación idéntica a dos institutos que son claramente diferentes –folio 172-.

Finalmente, con relación al cargo por vulneración del artículo 238 de la Constitución solicita que la Corte Constitucional se declare inhibida por ineptitud del cargo –folios 167 y 168-.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda en virtud del artículo 241 numeral 4 de la Carta.

2. Argumentos de la demanda y problema jurídico

En el presente caso se controvierte la exequibilidad de la expresión “**de carácter patrimonial**” contenida en el artículo 613 de la ley 1564 de 2012.

De acuerdo con el actor dicha expresión mantiene la obligación de acudir a audiencia de conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad ante la jurisdicción contencioso administrativa. Esto, en su criterio, es contrario

al derecho de igualdad y al derecho de acceso a la administración de justicia.

En este sentido, la acusación presentada tiene dos fundamentos distintos:

- i) **Vulneración del principio de igualdad**, en cuanto la diferencia establecida por el aparte demandado entre las medidas cautelares con carácter patrimonial y aquellas que no tienen dicho carácter introduce una discriminación injustificada. Acusación que se sustenta al decir que el mismo derecho a que la medida sea *efectiva* tienen unos y otros y, por tanto, a que “no se vean afectadas por el periodo de tiempo necesario para llevar a cabo la conciliación previa” –folio 23-.
- ii) **Cargo por vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia**, que surgiría por cuanto la obligación de realizar audiencia de conciliación eliminaría o limitaría de forma desproporcionada la *eficacia* de las medidas cautelares que no tengan un carácter patrimonial. Este sería el resultado de impedir que el demandante acuda inmediatamente a la jurisdicción –folio 20-, por cuanto este hecho daría al demandado la posibilidad de modificar su situación de hecho existente, lo que impediría la satisfacción de la pretensión del demandante –folio 20 y 21-. En concreto, se estaría afectando el derecho de acceso a la administración de justicia en tanto acudir a la audiencia de conciliación i) retrasa, demora o dilata hasta en tres meses el momento en que el demandante puede acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo; y ii) elimina lo sorpresivo de la medida cautelar, por cuanto se pondría sobre aviso al demandado respecto de las pretensiones del actor y respecto de su intención de solicitar la medida cautelar.

Siendo estos los cargos formulados la Sala Plena de la Corte Constitucional hará referencia a i) la audiencia de conciliación como requisito de procedibilidad en los procesos contencioso administrativos; posteriormente abordará ii) el significado y regulación de las medidas cautelares en los procesos declarativos ante la jurisdicción contencioso administrativa; y, finalmente, iii) dará solución al cargo formulado.

Como asunto previo, y en virtud del orden lógico que debe acompañar a toda sentencia de constitucionalidad, se expondrán las razones que la llevan a concluir sobre la ineptitud del primer cargo presentado por el actor.

A. Asunto previo: ineptitud del cargo por vulneración del principio de

igualdad –artículo 13 de la Constitución-

En relación con la presunta vulneración del artículo 13 de la Constitución, la acusación contra el aparte del artículo 613 de la ley 1564 de 2012 se sustenta al indicar que “[c]uando el legislador manifiesta que en el caso de las medidas cautelares de carácter patrimonial no hay que cumplir el requisito, mientras que en el caso de las medidas cautelares que no tengan carácter patrimonial sí hay que cumplirlo, introduce una discriminación injustificada incompatible con el derecho fundamental de igualdad dispuesto en el artículo 13 de la Constitución.//El mismo derecho tienen quienes soliciten medidas cautelares de contenido patrimonial que pueda cuantificarse monetariamente como aquellos que soliciten medidas que no tengan dicho carácter a que tales medidas sean efectivas y por tanto no se vean afectadas por el periodo de tiempo necesario para llevar a cabo la conciliación previa” –folio 23-.

Al ser este el fundamento de la presunta contrariedad con el artículo 13 de la Constitución, concluye la Sala que el mismo no cumple con la carga de argumentación mínima requerida para ser analizado por la Corte, por cuanto no presenta una acusación que pueda considerarse cierta, pertinente y, en consecuencia, suficiente para adelantar el juicio por vulneración del principio de igualdad.

Recuerda la Sala que los cargos por vulneración al principio de igualdad deben cumplir con una especial carga argumentativa, la cual implica demostrar que dos o más sujetos, instituciones, categorías o, como en este caso, mecanismos procesales son asimilables por el ordenamiento jurídico; y que la diferenciación que entre ellos realizó el legislador resulta desproporcionada o irrazonable, por lo que vulnera el contenido de igual trato por la ley derivado del artículo 13 de la Constitución. En este sentido, es pertinente recordar lo establecido por la sentencia C-635 de 2012, que en relación con los cargos de igualdad consagró:

“La Corte Constitucional ha exigido una carga argumentativa superior por parte del accionante cuando se alega la vulneración del derecho a la igualdad. Así las cosas, el juicio de posible violación del derecho de igualdad exige la carga argumentativa de definir y aplicar tres etapas: (i) determinar cuál es el criterio de comparación (“patrón de igualdad” o *tertium comparationis*), pues antes de conocer si se trata de supuestos iguales o diferentes en primer lugar debe conocer si aquellos son susceptibles de comparación y si se comparan sujetos de la misma naturaleza; (ii) debe definir

si desde la perspectiva fáctica y jurídica existe tratamiento desigual entre iguales o igual entre disímiles y, (iii) debe averiguar si el tratamiento distinto está constitucionalmente justificado, eso es, si las situaciones objeto de comparación, desde la Constitución, ameritan un trato diferente o deben ser tratadas en forma igual.”

En el presente caso, encuentra la Sala que la acusación presentada no cumple con las exigencias propias de los cargos de inexecutable por igualdad, por cuanto falla al momento de determinar el criterio de comparación o *tertium comparationis* para el caso concreto.

En efecto, el accionante no demuestra por qué las dos clases de medidas cautelares deben ser tratadas de idéntica forma por la ley; es decir, el actor no justifica satisfactoriamente por qué al legislador dentro de su libertad de configuración en materia procedimental no le era permitido diferenciar entre uno y otro tipo de medidas cautelares para los específicos efectos de obligar la realización de audiencia de conciliación como requisito procedimental. En otras palabras, el argumento presentado por el accionante tiene un presupuesto lógico: que en los procesos ante la jurisdicción contencioso administrativa las medidas cautelares de carácter patrimonial y las de carácter no patrimonial son mecanismos procedimentales idénticos o, al menos, no diferenciables en lo que a obligación de realizar audiencia de conciliación se refiere; que dicha identidad tiene un fundamento constitucional que, por consiguiente, obliga a un tratamiento idéntico al legislador colombiano; y que, como resultado final, el legislador dentro de las opciones de decisión política que el ordenamiento constitucional le permite, no tendría la posibilidad de distinguir a efectos de la realización de la mencionada audiencia entre estas dos clases de medidas cautelares.

La sustentación de este presupuesto lógico es la que se extraña en la argumentación del actor, el cual, sólo se esfuerza en demostrar lo evidente: que hay un trato distinto por parte del legislador respecto de unas y otras medidas cautelares. Sin que en su escrito se encuentre una justificación suficiente que demuestre por qué las disposiciones de la Constitución prohíben este trato diferenciado.

Lo único que manifiesta al respecto es que dicha diferencia genera una discriminación injustificada por cuanto “*el mismo derecho tienen quienes soliciten medidas cautelares de contenido patrimonial que pueda cuantificarse monetariamente como aquellos que soliciten medidas que no tengan dicho carácter a que tales medidas sean efectivas*”, sin que de

su escrito, se reitera, sean apreciables las razones que justifiquen esta exigencia de igual trato.

Por esta razón, el cargo de igualdad presentado por el actor adolece de falta de *certeza*, pues carece del primer elemento que debe evidenciarse por parte del demandante: demostrar que existe un contenido constitucional que preceptúa un trato igual entre medidas cautelares de carácter patrimonial y las que no tienen dicho carácter.

Conocer de fondo sobre estas acusaciones implicaría que la Corte creara el problema jurídico, en tanto tendría que determinar las eventuales razones por las que han debido ser reguladas de la misma forma las medidas cautelares de carácter patrimonial y aquellas que no lo tienen. Esto, aparte de suplantar al actor en el ejercicio de un derecho fundamental, implicaría ser parte y juez del mismo proceso, rompiendo el principio de imparcialidad que debe regir la administración de justicia.

Lo anterior conduce, adicionalmente, a que el cargo por igualdad carezca también de pertinencia, en tanto no plantea una controversia de naturaleza constitucional, sino, simplemente, señala una diferencia existente en la regulación de dos tipos distintos de medidas cautelares y resalta su desacuerdo con la misma, situación que conduce, además, a su falta de suficiencia.

Por estas razones la Sala se inhibirá de pronunciarse sobre la acusación presentada por la presunta vulneración del artículo 13 de la Constitución.

B. Consideraciones y respuesta al segundo cargo formulado

1. La conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en materia contencioso administrativa: no vulnera el acceso a la administración de justicia

La Corte Constitucional ha examinado la constitucionalidad de la conciliación como requisito de procedibilidad para el inicio de los procesos judiciales de carácter laboral, civil, familia, comercial y contencioso administrativo. Sin desconocer que en materia de procesos laborales en Sentencia C-893 de 2001¹ se concluyó que, por las particularidades de los derechos que allí se debaten y en cuanto el artículo 53 de la Constitución establece expresamente que la conciliación en materia de derechos inciertos y discutibles laborales tiene carácter facultativo², dicho requisito de

¹ M.P. Clara Inés Vargas Hernández

² ARTICULO 53. *El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá*

procedibilidad resultaba ser inexecutable³; en relación con los demás procesos ha concluido que lejos de desconocer, suspender o impedir el acceso a la administración de justicia, la conciliación extrajudicial como requisito previo es una garantía para hacer efectivo y real este derecho fundamental. Y, por consiguiente, ha concluido de manera reiterada y uniforme que se trata de una limitación razonable desde el punto de vista constitucional.

En efecto, en Sentencia C-1195 de 2001⁴ declaró exequibles los artículos 35, 36, 37, 38, 39 y 40 de la Ley 640 de 2001 –que consagran la conciliación como requisito de procedibilidad en general y en particular frente a procesos civiles, de familia y contencioso administrativos- al no encontrarlos contrarios a los artículos 1, 2, 6, 23, 84, 85, 228, 229 y 230 de la Constitución Política. En esa ocasión el accionante estructuró su demanda sobre la base de que *“el acceso a la administración de justicia es un derecho fundamental de aplicación inmediata y una garantía que se ve obstaculizada en forma inconstitucional con el establecimiento de la conciliación como requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción, por cuanto establece una condición suspensiva para acceder a ella”*.

Así, en relación con la conciliación como requisito de procedibilidad en general, la Corte consideró, en primer lugar, que ésta se enmarca *“dentro del conjunto de medidas dirigidas a corregir las condiciones de tiempo, modo o lugar que han limitado el acceso a la justicia, la lentitud de los procesos, el excesivo formalismo, o su carácter excesivamente adversarial”*. Y explicó que el instrumento de la conciliación y otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos *“han sido adoptados en diversos países en un proceso sucesivo de reformas, calificado por distintos doctrinantes como “olas de acceso a la justicia”-esta referencia, al igual que las referencias jurisprudenciales posteriores corresponden a la sentencia C-1195 de 2001, a menos que se indique lo contrario-*.

en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

*Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; **facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles**; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.*

(...)

³ En ese orden de ideas, declaró inexecutable los artículos 30 y 39 de la Ley 640 de 2001 y las expresiones *“requisito de procedibilidad”* y *“laboral”*, contenidas en el artículo 35 de esa misma Ley.

⁴ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra

Explica que la primera ola se refiere al “*propósito de proveer servicios jurídicos para los pobres mediante el establecimiento, por ejemplo, de servicios gratuitos de asesoría legal, de defensores de oficio o del amparo de pobreza*”. La segunda ola se forma a partir de la consagración de figuras tales como las acciones populares y de grupo, “*como mecanismos para extender el acceso a la justicia a la protección de los intereses difusos y de los derechos colectivos*”. Y la tercera ola se orienta a “*garantizar la efectividad del acceso a la justicia para la resolución de conflictos*”, bien sea a través de vías judiciales expeditas o, precisamente, de “*procedimientos alternativos como la negociación, el arbitraje o la mediación*”.

Al caracterizar los diferentes mecanismos alternativos de resolución de conflictos, señala que la mediación –donde incluye a la conciliación– “*es tal vez el más informal, expedito y económico en materia de tiempo y costos de los mecanismos mencionados. Es también uno de los más populares debido principalmente a que el mediador no decide quién tiene la razón, no dispone de autoridad para imponer una decisión a las partes, tan sólo las asiste para que conjuntamente exploren, reconcilien sus diferencias y encuentren alternativas de solución a su disputa.*”⁵ – subrayado ausente en texto original–.

Concluye entonces que la creación e implementación de estos mecanismos contribuye al logro de cuatro objetivos básicos comunes: “*(i) facilitar el acceso a la justicia; (ii) proveer una forma más efectiva de solución a los conflictos; (iii) mejorar la capacidad de la comunidad para participar en la resolución de los conflictos; y (iv) aliviar la congestión, la lentitud y los costos de la justicia estatal formal*”.

Sostiene además que el derecho a acceder a la justicia también guarda estrecha relación con el derecho al recurso judicial efectivo como garantía necesaria para asegurar la efectividad de los derechos y que esa relación se ve salvaguardada con la existencia de mecanismos alternativos de resolución de conflictos como la conciliación. Afirmó la Corte:

“para la Corte resulta claro que la justicia estatal formal no

⁵ Entre muchos otros, se pueden consultar: Antaki, Nabil. *Le reglement amiable des litiges*. 1998, Les éditions Yvon Blais Inc, Canadá; Kovach, Kimberlee. *Mediation: Principles and Practice*. 1994, West Group; Bennet, Marl y Hermann, Michele. *The Art of Mediation*, 1996, National Institute for Trial Advocacy. ; StephenGoldberg, Green Eric y Sander, Frank. *Op. Cit*; Folberg, Jay y Taylor, Alison. *Op. Cit*; Monroy Cabra, Marco Gerardo. *Op. Cit*; Nolan-Haley, Jacqueline M.. *Alternative Dispute Resolution in a Nutshell*. West Publishing Company, 1991; Singer, Linda *Op. Cit*.

siempre es efectiva, en especial cuando no se han previsto recursos judiciales idóneos y suficientes que faciliten la solución pacífica de los conflictos, o cuando la complejidad de los procedimientos o de las condiciones de tiempo, modo y lugar exigidas por el legislador restringen la capacidad de alcanzar el goce efectivo de los derechos cuya protección se busca al acudir a las instancias judiciales. Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos no representan una desconfianza hacia la justicia estatal formal, sino un reconocimiento de que procedimientos menos formales y alternativas de justicia autocompositiva complementan las opciones a las cuales pueden acudir las personas para resolver sus disputas. Por ello, mecanismos como la mediación y la conciliación, más que medios para la descongestión judicial, son instrumentos para garantizar el acceso efectivo a la justicia y promover la resolución pacífica de los conflictos.”

En segundo lugar, frente a la consagración de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para el inicio de procesos judiciales, la Corte señaló en dicha oportunidad que “*aún cuando en un principio estos mecanismos fueron establecidos para que los particulares acudieran a ellos de manera voluntaria, la prevalencia de la cultura del litigio⁶ ha llevado a que se consagre la obligatoriedad de la mediación ya sea en la etapa prejudicial, o durante el proceso judicial*”. Hace referencia a la consagración del requisito en diferentes países para concluir que las estadísticas sobre el funcionamiento de la conciliación en general y de la obligatoriedad de la conciliación prejudicial en particular, aún cuando no son comparables entre sí, muestran cómo el empleo de estos mecanismos reduce significativamente el tiempo de resolución de los casos y contribuye efectivamente a modificar la cultura del litigio.

Tras aplicar un test de razonabilidad, la Corte concluyó que este requisito resulta ser constitucionalmente admisible. Así, sostuvo que el mismo tiene finalidades legítimas e imperiosas desde el punto de vista constitucional, a saber:

“(i) garantizar el acceso a la justicia; (ii) promover la participación de los individuos en la solución de sus disputas; (iii) estimular la convivencia

⁶ Sobre este tema, ver Lieberman, Jethro. *The litigious society*. 1983, New York, Basic Books, Inc, Publishers. Auerbach, Jerold S.. *Unequal Justice: Lawyers and Social Change in Modern America*, 1981, Oxford University Press. Tribe, Laurence H. *Too Much Law, Too Little Justice*. *New York State Bar Journal*, November, 1980, págs. 544-580

pacífica; (iv) facilitar la solución de los conflictos sin dilaciones injustificadas; y (v) descongestionar los despachos judiciales.”

Particularmente sobre la cuarta finalidad, la Corte explicó que el intento obligatorio de conciliación extrajudicial favorece la realización del debido proceso (artículo 29), en la medida que reduce el riesgo de dilaciones injustificadas en la resolución del conflicto. Señala que tal como lo ha reconocido la abundante jurisprudencia de esa Corporación, “*el debido proceso involucra, amén de otras prerrogativas ampliamente analizadas, el derecho a recibir una pronta y cumplida justicia*⁷ y como quiera que la conciliación prejudicial ofrece, precisamente, una **oportunidad para resolver el conflicto de manera expedita, rápida y sin dilaciones**, desarrolla el mandato establecido por la Carta en su artículo 29.”(Subrayas fuera de texto).

En segundo lugar, la Corte concluye que el medio empleado para lograr los fines mencionados resulta adecuado, en cuanto el requisito constituye una limitación legítima, principalmente de orden temporal, que puede ser superado por la decisión de las partes y que resulta efectivamente conducente para el logro de los fines previstos.

Sostuvo la Corte que la exigencia de la audiencia de conciliación como requisito de procedibilidad es un límite principalmente temporal para el acceso a la justicia del Estado, el cual sólo impone a las partes esperar que llegue la fecha fijada para la audiencia de conciliación, pero no las obliga a adoptar ninguna decisión dentro de esa audiencia:

“Las partes mantienen el control del proceso y de los resultados de la audiencia, pueden fijar la duración de esa audiencia, pueden decidir si concilian o no, pueden decidir autónomamente el grado de intervención del conciliador, cuyo papel se puede limitar a certificar los resultados de esa audiencia, o llegar a tener un rol más activo, facilitando la búsqueda de soluciones o proveyendo información experta necesaria para aclarar los puntos de discusión o formulando propuestas. Este límite temporal puede ser superado por voluntad de las partes, quienes durante los primeros minutos de la audiencia de conciliación, por ejemplo, pueden manifestar su decisión de no conciliar y acudir directamente a la jurisdicción.”

⁷ Ver entre otras la sentencia de la Corte Constitucional, T-006/92, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz

Para explicar la efectiva conducencia del medio y los fines, la Corte se refirió a cada uno de los procesos a los que las normas acusadas le aplican el requisito de procedibilidad de la audiencia de conciliación extrajudicial. Así, en materia contencioso administrativa afirmó que, en primer lugar, resulta ser un medio adecuado y efectivamente conducente para garantizar el acceso a la justicia, como quiera que *“ofrece un espacio para dar una solución a los conflictos por la vía de la autocomposición y permite que asuntos que normalmente no llegan a la justicia estatal formal porque las partes los consideran dispendiosos, difíciles o demasiado onerosos en términos de tiempo y esfuerzos, puedan ser ventilados y resueltos rápidamente y a un bajo costo.”*

En segundo lugar, la conciliación prejudicial obligatoria en estos procesos resulta ser un medio adecuado y efectivamente conducente para *“promover la participación de los particulares en la administración de justicia, no sólo a través de la intervención del conciliador, sino también cuando las partes autocomponen su controversia. En ambos eventos, “se fortalece la capacidad de los individuos para resolver de manera autónoma sus conflictos y para participar en la administración de justicia”.*

En tercer lugar, la conciliación prejudicial obligatoria resulta ser un medio adecuado y efectivamente conducente para promover la convivencia pacífica. Señala la Corte que la audiencia de conciliación:

“constituye un espacio para el diálogo, que permite limar asperezas, ampliar la concepción que las partes tienen respecto del conflicto, entender el origen del conflicto, reconocer al otro como interlocutor válido e identificar posibles alternativas de solución. Este espacio posibilita la superación gradual de la cultura del litigio y crea oportunidades para establecer relaciones duraderas entre las partes después de acordada una solución al conflicto, ya que dada la naturaleza de la conciliación como proceso de negociación asistida y el carácter voluntario de la solución a que puedan llegar las partes, se reduce la condición de “ganador” y “perdedor” que surge durante un proceso de adjudicación. Así vista, la conciliación prejudicial obligatoria en materia civil y contencioso administrativa es una medida adecuada y efectivamente conducente para alcanzar este fin”.

En cuarto lugar, la conciliación prejudicial obligatoria promueve que los conflictos sean resueltos sin dilaciones injustificadas. Sostuvo la Corte que

“como en la conciliación las partes mantienen el control de la audiencia, del procedimiento y de los resultados de la misma, la resolución del conflicto depende de su voluntad y tomará tanto tiempo como ellas determinen.”

Por último, en quinto lugar, afirmó la Corte que la conciliación prejudicial obligatoria tiene un *“impacto positivo en la reducción del número de procesos que ingresan al sistema de justicia, pues ofrece un espacio en el cual las partes pueden llegar a una solución consensual que desestimula el uso de los sistemas adversariales de la justicia estatal formal, con lo cual este medio resulta adecuado y efectivamente conducente para descongestionar los despachos judiciales.”*

Por lo anterior, para la Corte la obligatoriedad de la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad en materia contencioso administrativa, resultó *“no sólo adecuada para alcanzar los fines señalados, sino efectivamente conducente para el logro de éstos.”*

Paso seguido, la Corte continuó aplicando el test de razonabilidad, a efectos de analizar si el requisito de procedibilidad resulta ser desproporcionado. Con este objetivo, analizó si el intento de conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para el inicio de procesos judiciales resulta obstaculizar el acceso a la administración de justicia y por tanto constituye una limitación desproporcionada de este derecho fundamental.

Entonces encontró que, en primer lugar, la Ley 640 de 2001 confirió importantes herramientas al Estado para que éste aumentara la capacidad de cobertura de la conciliación. En efecto, la Ley 640 de 2001 amplió el número de personas y autoridades que podían actuar como conciliadores (artículos 23, 27, 31, 33), estableció un sistema de control del número de conciliadores que se requieren en una jurisdicción y área específica (artículo 42), así como un programa de capacitación y registro permanente de conciliadores y centros de conciliación (artículos 11 y 12).

En segundo lugar, explicó la Corte que a efectos de determinar un plazo específico para intentar la conciliación, la Ley 640 de 2001 estableció en su artículo 20 que el plazo para la celebración de la audiencia es de tres meses⁸ que, junto con la previsión sobre improrrogabilidad de la suspensión

⁸ Artículo 20. Audiencia de conciliación extrajudicial en derecho. *“Si de conformidad con la ley el asunto es conciliable, la audiencia de conciliación extrajudicial en derecho deberá intentarse en el menor tiempo posible y, en todo caso, tendrá que surtirse dentro de los tres (3) meses siguientes a la presentación de la solicitud. Las partes por mutuo acuerdo podrán prolongar este término.(...)”*

de la prescripción dispuesta en el artículo 21⁹, evitan que “*el acceso a la tutela judicial efectiva quede en suspenso, en la incertidumbre, al arbitrio de la voluntad de los conciliadores y a las maniobras dilatorias de la parte no interesada en buscar el arreglo amistoso del conflicto por la vía de la conciliación*”¹⁰.

Frente al requisito de procedibilidad en materia contencioso administrativa, la Sentencia C-1195 de 2001 integró argumentos adicionales para demostrar que la medida no resulta desproporcionada desde el punto de vista constitucional. Así, sostuvo que en materia contencioso administrativa, el legislador estableció unas condiciones particulares que “*reducen la posibilidad de afectación del derecho de acceso a la justicia en esta materia*”. Consagró en aquella ocasión la Corte Constitucional:

i) Con el fin de proteger la legalidad y los intereses patrimoniales del Estado, la conciliación administrativa debe ser aprobada judicialmente.¹¹

ii) 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 conciliatorio¹² y si tales pruebas no son aportadas, puede decidir que no se logró el acuerdo.

⁹ Artículo 21. *Suspensión de la prescripción o de la caducidad. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2° de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable.*

¹⁰ Sentencia C-160 de 1999

¹¹ Ley 446 de 1998, artículo 73 y Ley 640 de 2001, artículo 24

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.*

¹² Artículo 25. *“Pruebas en la conciliación extrajudicial. Durante la celebración de la audiencia de conciliación extrajudicial en asuntos de lo contencioso administrativo los interesados podrán aportar las pruebas que estimen pertinentes. Con todo, el conciliador podrá solicitar que se alleguen nuevas pruebas o se complementen las presentadas por las partes con el fin de establecer los presupuestos de hecho y de derecho para la conformación del acuerdo conciliatorio. Las pruebas tendrán que aportarse dentro de los veinte (20) días*

iii) La conciliación administrativa impone a los representantes de las entidades públicas no sólo la obligación de concurrir a la audiencia de conciliación, sino además la obligación de discutir las propuestas de solución que se hagan, salvo que exista justificación para ello, y de proponer fórmulas de solución. El incumplimiento de estas obligaciones da lugar a sanciones disciplinarias.¹³

Restricción de los asuntos susceptibles de conciliación. El artículo 70 de la Ley 446 de 1998, dispone:

“Artículo 70. Asuntos susceptibles de conciliación. El artículo 59 de la Ley 23 de 1991, quedará así:

*Artículo 59. 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 contencioso administrativa a través de las acciones previstas en los **artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo.***

Parágrafo 1.- 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.

calendario siguientes a su solicitud. Este trámite no dará lugar a la ampliación del término de suspensión de la caducidad de la acción previsto en la ley. Si agotada la oportunidad para aportar las pruebas según lo previsto en el inciso anterior, la parte requerida no ha aportado las solicitadas, se entenderá que no se logró el acuerdo.”

¹³ *Ley 446 de 1998, Artículo 74. Sanciones. El artículo 64 de la Ley 23 de 1991, quedará así: “Artículo 64. La inasistencia injustificada de las partes o sus apoderados a la audiencia de conciliación o la negativa, igualmente injustificada, a discutir las propuestas formuladas, se sancionará con multa hasta de diez (10) salarios mínimos mensuales legales a favor del Consejo Superior de la Judicatura que será impuesta, en la prejudicial, por el agente del Ministerio Público, y en la judicial, por el Juez, Sala, Sección o Subsección respectiva.”*

Artículo 14 del Decreto 2511 de 1998: “De las sanciones. La inasistencia injustificada de los interesados o de sus apoderados a la audiencia de conciliación que se adelanta ante el procurador judicial o la negativa, igualmente injustificada, a discutir las propuestas formuladas, se sancionará con multa hasta de diez (10) salarios mínimos mensuales legales a favor del Consejo Superior de la Judicatura, que será impuesta por el agente del ministerio mediante acto administrativo motivado susceptible de recurso de reposición, el cual deberá interponerse de acuerdo con los artículos 50, 51 y 52 del Código Contencioso Administrativo”.

Parágrafo 2.- No puede haber conciliación en los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario.”

Advierte la Sentencia C-1195 de 2001 que de los asuntos susceptibles de conciliación citados en la ley 446 de 1998, la ley 640 de 2001 señaló la obligatoriedad de este requisito de procedibilidad para los asuntos que hayan de ser tramitados mediante las acciones previstas en los artículos 86 y 87 del anterior Código Contencioso Administrativo, es decir, acciones de reparación directa por daños antijurídicos causados por hechos, omisiones, operaciones o actuaciones administrativas o por la ocupación temporal o permanente de inmuebles por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa, así como controversias de carácter patrimonial surgidas con ocasión de contratos estatales.

Es preciso señalar que posteriormente, con la entrada en vigencia de la Ley Estatutaria 1285 de 2009, *“Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia”*, se estableció la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad también en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 13).

iv) Por último, debe cumplirse con el requisito establecido en la Sentencia C-160 de 1999 consistente en definir la procedencia o no de la vía gubernativa. Explicó la Corte en la Sentencia C-1195 de 2001 que, en primer lugar, *“por la naturaleza de la acción de reparación directa (artículo 86 del Código Contencioso Administrativo), no es indispensable el agotamiento previo de la vía gubernativa”*. Además, en el caso de la acción contractual (artículo 87 del Código Contencioso Administrativo), *“no existe incompatibilidad entre la conciliación prejudicial y el agotamiento de la vía gubernativa, pues en este caso, según lo establecen los artículos 51 y 77 de la Ley 80 de 1993, Estatuto de la Contratación Estatal, “los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo son susceptibles del recurso de reposición”, el cual no es obligatorio para poder ejercer la acción contractual”*.

Concluyó entonces la Sentencia C-1195 de 2001 que el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial en materia contencioso administrativa resulta ser compatible con la Carta Política. Esta postura ha sido reiterada en jurisprudencia posterior, entre otras, en Sentencias C-1292

de 2002, C-417 de 2002 y T-023 de 2012.

Ahora bien, es necesario hacer referencia especial a la Sentencia C-713 de 2008, mediante la cual la Corte examinó la exequibilidad del artículo 13 de la Ley Estatutaria 1285 de 2009, el cual establece que para iniciar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho también debe intentarse la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad.

El texto original del proyecto de ley estatutaria rezaba:

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

Artículo 42A. Conciliación judicial y extrajudicial en materia contencioso-administrativa. A partir de la vigencia de esta ley, cuando los asuntos sean conciliables, siempre constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan, el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial.

Las conciliaciones judiciales y extrajudiciales únicamente requerirán revisión de la jurisdicción de lo contencioso administrativo cuando así lo solicite y sustente el Ministerio Público, dentro de los tres (3) días siguientes a su celebración. Dicha solicitud solo será procedente en los casos en que el Ministerio Público considere que los términos de la respectiva conciliación resultan contrarios al ordenamiento vigente o lesivos para el patrimonio público.”

El segundo inciso fue declarado inexecutable por la Sentencia en comento. En cuanto al primer inciso manifestó la Corte que la posibilidad de conciliación de los asuntos propios de la acción de nulidad y de restablecimiento del derecho no era novedad de aquel proyecto de ley estatutaria, a pesar de que el artículo 37 de la Ley 640 de 2001 sólo menciona las acciones previstas en los artículos 86 (acción de reparación directa) y 87 (acción de controversias contractuales) del CCA como acciones que requieren intentar la conciliación como requisito de procedibilidad, pues recordó que ello ya se encontraba previsto en el artículo 70 de la Ley 446 de 1998.

Así lo reconoció la Corte en la sentencia C-111 de 1999, cuando señaló que en ese marco legal podía *“haber conciliación sobre las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, de reparación directa o en las*

controversias contractuales (arts. 85, 86 y 87 del CCA)”. Conforme a dicha normatividad, serían conciliables “todos los asuntos susceptibles de transacción, desistimiento y aquellos que expresamente determine la ley”¹⁴, por supuesto bajo las condiciones allí indicadas.

Frente a consagrar el requisito de procedibilidad también para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la Corte encuentra que *“de conformidad con la reiterada jurisprudencia de esta Corporación, es conforme a la Carta Política que se mantenga el instituto de la conciliación como requisito de procedibilidad para las acciones consagradas en los artículos 86 y 87 del CCA. Así mismo, es constitucionalmente válido que se haga extensiva su exigencia a la acción de nulidad y de restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del CCA.”*

Y realiza una consideración especial afirmando que resulta razonable aceptar la exigencia de conciliación prejudicial, *“pues lo que se discute son intereses de contenido particular y subjetivo, generalmente de orden patrimonial, y no la legalidad o constitucionalidad en abstracto, que se ventila a través de la acción de simple nulidad (artículo 84 del Código Contencioso Administrativo) o de la acción de nulidad por inconstitucionalidad (art.237-2 de la Constitución Política)”*.

Igualmente, el Consejo de Estado se ha referido al requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial en materia contencioso administrativa, particularmente frente a las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, sosteniendo lo siguiente:

“Así las cosas, no hay duda que es requisito obligatorio y necesario para instaurar las acciones de que tratan los artículos 85 a 87 del Código Contencioso Administrativo, que la parte actora acredite que adelantó el trámite de la conciliación extrajudicial, es decir, debe demostrar, no solamente que radicó la solicitud de conciliación ante la entidad competente, en este caso, el Ministerio Público, conforme a la ley 640 de 2001, normatividad que regula lo relativo a la conciliación, sino adicionalmente, que la audiencia respectiva se celebró y que esta no prosperó por no existir ánimo conciliatorio entre las partes, o que trascurrieron mas 3 meses desde la presentación de la solicitud de conciliación sin celebrarse la audiencia.

¹⁴ Ley 446 de 1998, artículo 65. Incorporado en el artículo 2º del Decreto 1818 de 1998 (Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos).

Cabe destacar que, con este requisito de procedibilidad, no se impide el acceso a la administración de justicia, toda vez que si la audiencia fracasa, las partes pueden acudir a la jurisdicción para resolver su litigio, por el contrario, si la conciliación es exitosa, los interesados evitan un desgaste innecesario ante el aparato judicial y garantizan la solución de sus conflictos de forma expedita.

Así las cosas, lo que se pretende con el trámite de la conciliación prejudicial y la celebración de la audiencia respectiva, es propiciar un ambiente en el que se les permita a las partes exponer sus argumentos y peticiones con el fin de tratar de arreglar sus diferencias y evitar un juicio posterior, sin que esto vulnere su derecho a demandar ante la jurisdicción, si así lo creen conveniente para sus intereses.

(...) Ahora bien, esto no quiere decir que la normatividad obligue a que las partes concilien sus diferencias, puesto que en razón a la naturaleza consensual de la figura, los interesados pueden negarse a llegar a un acuerdo por no encontrarlo satisfactorio y aún así, pueden instaurar la demanda correspondiente”¹⁵.

En consecuencia, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado aclaró que para interponer las demandas de reparación directa, contractuales y de nulidad y restablecimiento del derecho, se debe allegar constancia que acredite el inicio del trámite de la conciliación extrajudicial y la celebración de la audiencia respectiva. En caso contrario, su inobservancia y/o falta de subsanación genera la inadmisión de la demanda (inicialmente, generaba el rechazo de la misma), dado que es un requisito de procedibilidad.

En relación con el requisito de procedibilidad para acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, en Sentencia T-023 de 2012¹⁶ la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional al examinar una acción de tutela interpuesta contra providencias judiciales en las cuales se exigió el agotamiento del requisito, aclaró que si bien el mismo es exigible por supuesto sólo procede cuando los asuntos sean conciliables. En tanto el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009 no aclara cuáles asuntos son

¹⁵ Sentencia del 25 de noviembre de 2009 del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (C.P. Enrique Gil Botero).

¹⁶ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

conciliables, la Sala de Revisión concluyó que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa¹⁷ vigente y con lo previsto en el Decreto 1716 de 2009 *Por el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y del Capítulo V de la Ley 640 de 2001*, no serán conciliables:

“(i) los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario, (ii) los que deban tramitarse mediante el proceso ejecutivo de que trata el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, (iii) aquellos en los cuales la correspondiente acción haya caducado; así como, (iv) los asuntos que versen sobre actos administrativos que se refieran a derechos de carácter laboral ciertos e indiscutibles y a derechos mínimo e intransigibles”.

Con base en estas consideraciones, se evaluará la figura de las medidas cautelares en los procesos declarativos ante la jurisdicción contencioso administrativa.

2. Sentido y regulación de las medidas cautelares en el procedimiento contencioso administrativo

2.1. Objetivo de las medidas cautelares en materia contencioso administrativa

Las medidas cautelares se conciben para proteger un derecho de la parte accionante, de modo que no sea objeto de agravios por parte de la contraparte.

Resulta pertinente resaltar que las medidas cautelares en materia civil buscan prever las contingencias que se presenten sobre las personas o los bienes, o sobre eventuales elementos probatorios durante el tiempo en que se adelanta el proceso; esto con el fin de que el demandado no destruya pruebas, no se insolvente o los bienes no salgan del comercio.

Las medidas cautelares aplicables en Colombia a los bienes son: el embargo, el secuestro, el registro de la demanda y guarda y aposición de sellos. No obstante, las medidas personales se aplican conforme a los distintos procesos en materia civil.

¹⁷ Ver Sentencias del 28 de enero de 2009 (C.P. Luis Rafael Vergara Quintero) y del 7 de abril de 2011 (C.P. Alfonso Vargas Rincón) del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección A.

Aunque existe una regulación específica en materia contencioso administrativa en materia de medidas cautelares –como se verá a continuación-, el artículo 590 de la ley 1564 de 2012 “Código General el Proceso” limita el alcance de las medidas cautelares contenidas en el artículo 229 de la ley 1437 de 2011 (CPA y CCA). Por lo cual, el Código General de Proceso debe tenerse como pauta interpretativa para determinar el sentido y alcance de las medidas en los procesos declarativos de la jurisdicción administrativa.

En este caso, al igual que en la regulación en materia civil, *“ninguna de las medidas busca el reconocimiento provisional o anticipado del derecho reclamado por el accionante, sino solo que el procedimiento se siga sin interferencias ni dilaciones, con respecto del debido proceso para todas las partes intervinientes y que la sentencia tenga su oportuno y pleno cumplimiento”*¹⁸.

Por ende, lo que se busca con las medidas cautelares en lo contencioso administrativo es preservar *“la marcha normal y adecuada del proceso declarativo, sin interferencias extrañas, internas o externas o dilaciones, para que su sentencia tenga efectividad oportuna, satisfactiva y real para las distintas personas que intervienen en el mismo”*¹⁹.

A su vez, la regulación sobre medidas cautelares está prevista para los procesos declarativos que se lleven ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. *Contrario sensu*, *“el artículo 229 del CPACA no cubre los procesos ejecutivos, en los cuales, las medidas cautelares se rigen por lo establecido en el Código de Procedimiento Civil”*²⁰.

Finalmente, es de resaltar que con el Código General del Proceso se robustecen *“las medidas innominadas, para que en los procesos declarativos el juez pueda adoptar la que resulte más apropiada según las circunstancias de cada proceso. El administrador de justicia podrá decretar medidas que el Código no tipifica, con lo que puede ir más allá de lo que establece la ley, pero bajo ciertos lineamientos que la hagan razonable, impidiendo, por tanto, la arbitrariedad y desproporción en su decreto”*²¹.

¹⁸ BETANCUR JARAMILLO, Carlos. *“Presupuestos del procedimiento”*, En: Derecho Procesal Administrativo. Octava edición, Señal editora, Bogotá, 2013, P. 370-371.

¹⁹ Ibidem, P. 364.

²⁰ PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. *“Medidas Cautelares”*, En: Derecho Procesal Administrativo. Octava edición, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 2013, P. 800.

²¹ FORERO SILVA, Jorge. *Medidas cautelares en el Código General del Proceso*. Pontificia Universidad Javeriana: Editorial Temis, Bogotá, 2013, P.26.

2.2. Fundamento constitucional de las medidas cautelares en materia contencioso administrativa

La Corte Constitucional²² ha resaltado que fue voluntad del Constituyente asignar al Legislador una amplia discrecionalidad para expedir normas procedimentales destinadas a regular las actuaciones ante la administración de justicia, como manifestación de la cláusula general de competencia que le faculta para “interpretar, reformar y derogar las leyes” -art. 150 numeral 1 de la Constitución- y para “expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones” -artículo 150 numeral 2 de la Constitución-.

En el mismo sentido en la sentencia C-346 de 1997, la Corte sostuvo que “[e]n el establecimiento de las formas propias de cada actuación judicial, que comprende así mismo la regulación de las diferentes acciones, el legislador debe tomar como punto de referencia la realidad social y extraer de ellas reglas útiles que hagan expedito y eficaz el derecho de acción. Por lo tanto, si bien el legislador goza de libertad para establecer las formas procesales, en el diseño de éstas deben observarse los criterios de razonabilidad, racionalidad, proporcionalidad y finalidad. No son válidas constitucionalmente, en consecuencia, aquéllas formas procesales que se desvían de dichos criterios y que anulan u obstaculizan irrazonablemente el ejercicio del derecho de acción”.

En cuanto a la posibilidad de imponer medidas cautelares, esta Corporación ha señalado que “aunque el Legislador, goza de una considerable libertad para regular el tipo de instrumentos cautelares y su procedimiento de adopción, debe de todos modos obrar cuidadosamente, por cuanto estas medidas, por su propia naturaleza, se imponen a una persona antes de que ella sea vencida en juicio. Por ende, (...) los instrumentos cautelares, por su naturaleza preventiva, pueden llegar a afectar el derecho de defensa y el debido proceso, en la medida en que restringen un derecho de una persona, antes de que ella sea condenada en un juicio.”²³

Desde esta perspectiva, la libertad de configuración del legislador se encuentra sometida a ciertos límites establecidos por la propia Constitución, de tal forma que no se trata de una libertad omnímoda o de una discrecionalidad sin controles. Tales límites están definidos por los principios constitucionales, en aplicación de los cuales toda regulación debe brindar soluciones razonables y proporcionales a los derechos y bienes constitucionales que se encuentren en tensión.

²² Entre otras, sentencia C-789 de 2003, C-1091 de 2003, C-523 de 2009.

²³ C-379 de 2004. En el mismo sentido sentencia C-039 de 2004.

En concordancia con lo anterior, sobre las medidas cautelares, y con ocasión de la demanda contra el artículo 5° de la ley 785 de 2002 –que regula los procesos de extinción de dominio–, se precisó que *“las medidas cautelares, son aquellos mecanismos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Por ello, esta Corporación señaló, en casos anteriores, que estas medidas buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la Ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido”*^{24, 25}.

En este sentido en sentencia C-490 de 2000 fue previsto “[l]a Constitución pretende asegurar una administración de justicia diligente y eficaz (CP art. 228). Y no podía ser de otra forma pues el Estado de derecho supone una pronta y cumplida justicia. Esto significa no sólo que los jueces deben adoptar sus decisiones en los términos establecidos por la ley, sino que, además, sus decisiones deben ser ejecutadas y cumplidas, ya que poco sentido tendría que los jueces resolvieran las controversias, pero sus decisiones resultaran inocuas en la práctica, al no poder ser materialmente ejecutadas. Ahora bien, el inevitable tiempo que dura un proceso puede a veces provocar daños irreversibles, o difícilmente reparables, en el derecho pretendido por un demandante. Es entonces necesario que el ordenamiento establezca dispositivos para prevenir esas afectaciones al bien o derecho controvertido, a fin de evitar que la decisión judicial sea vana. Y tales son precisamente las medidas cautelares, que son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Por ello esta Corporación señaló, en casos anteriores, que estas medidas buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido”²⁶.

²⁴ Ver la Sentencia C-379/04.

²⁵ Sentencia C-030 de 2006.

²⁶ Ver sentencias C-054 de 1997, MP Antonio Barrera Carbonell, C-255 de 1998, MP Carmenza Isaza y sentencia C-925 de 1999, MP Vladimiro Naranjo Mesa

No obstante tener como objetivo principal la eficacia del fallo que se profiera al final de un procedimiento judicial, las medidas cautelares entran en tensión con los derechos fundamentales del demandado, a quien, sin haber sido aún vencido en proceso, le son aplicadas consecuencias negativas derivadas del mismo. Por esta razón se ha manifestado que su decreto y práctica debe responder a parámetros de proporcionalidad que no impongan una carga excesiva sobre el titular de los derechos que se ven afectados con las medidas decretadas.

En el mismo sentido se ha manifestado la Sección Tercera del Consejo de Estado, de acuerdo con la que *“según la forma en la cual se encuentra configurado el sistema para la procedencia y el decreto de medidas cautelares en el ordenamiento legal vigente, puede llegarse a la conclusión, como principio general, que la sola presentación de la demanda, la sola solicitud de medidas cautelares o la sola constitución de la caución –la cual en algunos casos puede ser insuficiente para cubrir los perjuicios que se llegaren a causar al demandado con la medida– no resultan suficientes para acceder a su decreto, teniendo en cuenta que, en atención a la constante tensión que existe entre el derecho del demandante a hacer efectiva la decisión judicial que se llegare a proferir, frente a los derechos procesales y sustanciales del demandado, se impone la necesidad de contar con criterios objetivos y tangibles superiores a la simple enunciación de pretensiones que conduzcan a la conclusión de que la admisión de las medidas cautelares resulta necesaria y proporcional”*²⁷.

En el sentido de la jurisprudencia citada, la regulación actual sobre medidas cautelares en los procesos declarativos que se celebren ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo establece que se podrán dictar las medidas necesarias para *“proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia”* –artículo 229, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPA y CCA-.

Sin embargo, para que proceda su decreto deben concurrir los siguientes requisitos:

- i) Que se presente la apariencia de un buen derecho –o *fumus boni iuris*, como también lo ha denominado esta Corte²⁸-, principio que impone al demandante que, al menos de forma sumaria,

²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 3 de marzo de 2010, Radicación número: 25000-23-26-000-2009-00062-01(37590), M.p. Mauricio Fajardo.

²⁸ Sentencia T-035A de 2013.

compruebe la titularidad del derecho o derechos que pretende – artículo 231, numerales 1 y 2, del CPA y CCA-.

- ii) Que se demuestre un *periculum in mora*, contenido principal a través del cual quiere evitarse que durante el tiempo que tarde en dictarse fallo definitivo se cause un perjuicio irremediable o se haga nugatorio el derecho cuya protección se pretende - artículo 231, numeral 4 literales a y b del CPA y CCA-.
- iii) Que se aprecie, mediante un juicio de ponderación, que los efectos de negar la medida cautelar serían más gravosos para el interés público que los efectos derivados de la concesión y eventual retracto –artículo 231, numeral 3, del CPA y CCA-.

Y, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación y del Consejo de Estado, debe tenerse en cuenta el principio de razonabilidad en la solución de controversias entre derechos fundamentales, según el cual el decreto de la medida cautelar debe apreciarse como una solución ponderada y proporcional a la limitación de derechos que implicará para la parte demandada que deba soportarla. Pues, se reitera, en estos casos siempre se presentará una tensión entre la inexistencia de un fallo que declare la responsabilidad de la parte demandada -y la consecuente garantía que el no haber sido vencida en juicio debe representar para la parte demandada- y la necesidad de salvaguardar la eficacia sustancial del fallo que se dicte. Razón por la cual el decreto de una medida cautelar deberá apreciarse como una solución equilibrada para los intereses contrapuestos dentro de un proceso contencioso administrativo.

Al ser estas las reglas que determinan el decreto de una medida cautelar, la Sala realizará una breve referencia al contenido y alcance de las medidas cautelares que pueden ser dictadas en este tipo de procesos.

2.3. Las medidas cautelares en los procesos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo

Teniendo en cuenta la necesidad de garantizar la eficacia real de los fallos en los procesos contencioso administrativos, la regulación actual previó la existencia de medidas que, con distinto contenido, permitieran al juez tomar las decisiones útiles, no obstante las muy diversas pretensiones que puedan ser alegadas ante esta jurisdicción. Por esta razón, el artículo 230 del CPA y CCA estableció que “*las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión*”, con base en lo cual el Juez o Magistrado Ponente podrá:

- “1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.
2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.
3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.
4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.
5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.”

El abanico previsto por el artículo 230 del CPA y CCA es de gran amplitud y, más que medidas cautelares en concreto, permite al juez imponer obligaciones a las partes del proceso en acuerdo con las pretensiones en éste debatidas, tanto así que el numeral 5º del citado artículo es una habilitación de carácter residual que abarca todas aquellas posibles órdenes que puedan no entenderse contenidas en los numerales anteriores.

Se observa el compromiso de la regulación actual por hacer de las medidas cautelares elementos que signifiquen una herramienta valiosa que garantice la eficacia sustancial de los fallos adoptados en la jurisdicción contencioso administrativa. Medidas en virtud de las cuales, en todo caso, no podrá ignorarse el principio de separación de las ramas del poder público y la consecuente distinción en las funciones a cada una asignadas; por esta razón el parágrafo de la misma disposición establece que cuando una medida cautelar implique ejercicio de funciones discrecionales el Juez o Magistrado Ponente no podrá “*sustituir a la autoridad competente en la adopción de la decisión correspondiente, sino que deberá limitarse a ordenar su adopción*”. De esta forma queda a salvo la separación de competencias que se derivan de las funciones asignadas por el ordenamiento constitucional a las distintas ramas del poder público.

Es esta la regulación que determina las medidas cautelares que pueden ser decretadas en un proceso contencioso administrativo. Pasa la Sala a realizar unas breves referencias al procedimiento por el cual las mismas son

adoptadas.

2.4. Procedimiento de adopción de las medidas cautelares en los procesos contencioso administrativos

El artículo 233 del CPA y CCA regula distintos aspectos del procedimiento necesario para que una medida cautelar se decrete en desarrollo de un proceso contencioso administrativo.

El primero de ellos corresponde al momento en que la medida puede ser solicitada, regulación interesante dada la gran amplitud respecto del momento procesal en que puede hacerse. De acuerdo con la disposición citada, con la demanda es posible que se pida al juez su decreto, así como en *cualquier estado del proceso*, lo que significa que durante el mismo no existirá preclusión de la oportunidad para que, cuando se considere necesario, sea solicitada la medida cautelar.

Ahora, respecto de las actuaciones que deben realizarse con anterioridad al decreto de una medida cautelar, el segundo inciso del mismo artículo 233 CPA y CCA establece que:

- i) Se debe *correr traslado de la solicitud de la medida cautelar* para que el demandado se pronuncie sobre ella en escrito separado dentro del término de cinco días, cuando quiera que la medida se solicite en el escrito de demanda. Cuando dicha solicitud se presente una vez iniciado el proceso, al día siguiente a su recepción *se dará traslado a la otra parte* en la forma establecida en el artículo 108 del CPC.
- ii) La decisión sobre el decreto o no de la medida cautelar deberá tomarse dentro de los diez días siguientes al del vencimiento del término que dispone el demandado para pronunciarse sobre la medida.
- iii) En el auto que decrete la medida, deberá fijarse el monto de la caución, de acuerdo con el cuarto inciso del mencionado artículo 233 del CPA y CCA.
- iv) La medida cautelar *sólo podrá hacerse efectiva* a partir de la ejecutoria del auto que acepte la caución prestada, según el cuarto inciso del artículo 233 del CPA y CCA.

Una medida cautelar que se haya negado, puede volver a solicitarse cuando se considere que existe una situación sobreviniente que hace viable su

decreto –sexto inciso del artículo 233 del CCA y CPA-.

Observa la Sala que el examen de la regulación existente prevé como regla general que ***la parte demandada dentro del proceso tenga la oportunidad de participar en la decisión sobre la necesidad del decreto de una medida cautelar***, es decir, que éstas no se decretan por sorpresa. Esto, que resulta relevante para el problema jurídico que ahora resuelve la Sala, deja ver que el desconocimiento de su decreto por la parte demandada no es un elemento presente en la regulación del actual código de procedimiento administrativo. Por el contrario, en tanto el decreto de una medida cautelar debe atender a criterios de proporcionalidad que eviten una limitación excesiva a alguno de los intereses en tensión, la regulación vigente optó por vincular a la parte demandada –que en materia contencioso administrativa por regla general corresponde a una entidad pública que, por tanto, representa el interés público- dentro del proceso de decisión, con el objetivo que con la información por ésta aportada el juez tenga un conocimiento de la situación no solo desde la perspectiva de la parte demandante, sino, también, a partir de las razones de la parte que se verá afectada con dicha medida cautelar y que, por consiguiente, su juicio sea el resultado de una visión integral y plenamente informada sobre las distintas perspectivas que deben estar involucradas en dicha decisión.

Con base en la concepción y regulación de las medidas cautelares en materia contencioso administrativa, puede resaltarse que:

- 1) Para el decreto de una medida cautelar debe haberse aportado elementos que demuestren la necesidad de las medidas, así como la situación jurídica de quien las pide respecto del derecho que quiere salvaguardarse.
- 2) En el proceso por el cual se decide su decreto debe participar la parte que sería afectada con la eventual medida.
- 3) La decisión del juez o Magistrado Ponente debe ponderar los intereses que se encuentran en tensión, de manera que los efectos de su decisión se aprecien como proporcionales respecto de todos y cada uno de dichos intereses.

Son estas las reglas generales que rigen el decreto de medidas cautelares en materia contencioso administrativa.

3. Solución al segundo cargo formulado, de acuerdo con el cual el aparte “*de carácter patrimonial*” –del artículo 613 de la ley 1564 de

2012- implica una vulneración al derecho de administración de justicia.

De acuerdo con el accionante, la realización de audiencia de conciliación cuando se van a solicitar medidas cautelares de carácter no patrimonial elimina o, por lo menos, limita de forma desproporcionada la *eficacia* de estas medidas. Este sería el resultado de impedir que el demandante acuda inmediatamente a la jurisdicción –folio 20-, por cuanto se daría al demandado la posibilidad de modificar su situación de hecho existente, lo que impediría la satisfacción de la pretensión del demandante –folio 20 y 21-. En concreto, se estaría afectando el derecho de acceso a la administración de justicia en tanto acudir a la audiencia de conciliación i) elimina lo sorpresivo de la medida cautelar, por cuanto se pondría sobre aviso al demandado respecto de las pretensiones del actor y respecto de su intención de solicitar la medida cautelar; y ii) retrasa, demora o dilata hasta en tres meses el momento en que el demandante puede acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Ambas situaciones, en tanto eliminan el efecto buscado por una medida cautelar, son un obstáculo para la efectiva realización de las pretensiones del demandante, lo que implica un desconocimiento de las garantías que buscan protegerse con el derecho de acceso a la administración de justicia.

De manera que el problema jurídico planteado consiste en determinar si hacer obligatoria la realización de audiencia de conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad ante la jurisdicción contencioso administrativa cuando el demandante solicita medidas cautelares de carácter no patrimonial desconoce el derecho de acceso a la administración de justicia –artículo 229 de la Constitución-, por cuanto:

- i) Se da a conocer al demandado sobre las pretensiones del demandante, lo que permite que éste modifique su situación jurídica, de manera se dificulte o imposibilite la efectiva realización de las pretensiones de la demanda; y
- ii) Se impide el acceso inmediato por parte del demandante a la jurisdicción contencioso administrativa.

Es este el cargo planteado por la demanda.

No obstante, antes de dar respuesta al mismo, y con el objeto de dar claridad sobre la discusión que ahora se resuelve, se explicará brevemente el contexto normativo en que se ubica el aparte demandado.

3.1. Contexto normativo del aparte demandado

Recuerda la Corte que ante la inexistencia de regulación específica por parte de la ley 1437 de 2011 –CPA y CCA-, la regulación aplicable en materia contencioso administrativa, conforme a la regla prevista en el artículo 1º de la ley 1564 de 2012, será la prevista por este último cuerpo normativo. En este sentido, existe una regla general prevista por la ley 1564 de 2012 en el párrafo 1º de su artículo 590, disposición en que se consagró “[e]n todo proceso y ante cualquier jurisdicción, cuando se solicite la práctica de medidas cautelares se podrá acudir directamente al juez, sin necesidad de agotar la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad”.

Según el párrafo primero del artículo 590 de la ley 1564 de 2012, si en cualquier jurisdicción se solicita la práctica de medidas cautelares, no será necesario agotar como requisito de procedibilidad la audiencia de conciliación.

Esta regla general **no** es de aplicación al procedimiento contencioso administrativo, puesto que la propia ley 1564 de 2012 prevé una regulación especial para esta jurisdicción, que se encuentra en el artículo 613 cuyo título es “**AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN LOS ASUNTOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS**”; dicha disposición prevé un trámite adicional cuando se realice audiencia de conciliación en materia contencioso administrativa –notificación a la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado- y, adicionalmente, que “[n]o será necesario agotar el requisito de procedibilidad en los procesos ejecutivos, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se adelanten, como tampoco en los demás procesos en los que el demandante pida medidas cautelares de carácter patrimonial o cuando quien demande sea una entidad pública” –negrilla ausente en texto legal; el aparte subrayado corresponde al aparte demandado-.

El aparte demandado, al ser una excepción parcial a la regla general en materia contencioso administrativa –realización de audiencia de conciliación siempre que se trate de materias conciliables (artículo 161 de la ley 1437 de 2011)- implica el siguiente contenido: *no obstante solicitar medidas cautelares, cuando éstas sean de carácter no patrimonial la parte demandante deberá realizar, como requisito previo de procedibilidad de la futura demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa, audiencia de conciliación extrajudicial, siempre y cuando se trate de un asunto conciliable.*

Si se retirara del ordenamiento el aparte demandado, la excepción a la regla general que obliga a realizar audiencia de conciliación –es decir, la

posibilidad de acudir directamente al juez en los casos en que se solicite medidas cautelares, artículo 590 del Código General del Proceso- se haría extensiva a los casos en que se solicite una medida cautelar de carácter no patrimonial.

Este es el contexto en que se ubica el contenido normativo demandado en esta ocasión.

A continuación se dará solución al cargo planteado.

3.2 En el proceso contencioso administrativo, el decreto de medidas cautelares exige que se informe y escuche a la parte demandada, en tanto que la misma será afectada por tales medidas

De lo expuesto en la consideración 2.3. -referida al procedimiento de adopción de las medidas cautelares en los procesos contencioso administrativos-, es evidente que en materia contencioso administrativa por regla general las medidas cautelares no son decretadas sin que el demandado –que en la gran mayoría de eventos corresponde a una entidad pública- haya tenido oportunidad de participar en el debate sobre su necesidad y conducencia, así como sobre lo proporcional que resultan en el caso en concreto. En consecuencia, no es viable sostener que en la regulación contencioso administrativa la práctica de medidas cautelares involucra, como principio general de actuación, el desconocimiento de la parte demandada respecto de la solicitud por parte del demandante y del debate sobre su decreto ante el juez competente para decretarla. Es decir, no se aprecia la existencia de una regulación que tenga como fin sorprender a la parte demandada con el decreto de medidas cautelares. Por esta razón, la exigencia que se desprende del aparte demandando se aprecia como acorde con el principio de decisión que acoge la regulación procedimental en materia contencioso administrativa, por lo que la misma no desconoce el derecho de acceso a la administración de justicia.

Pasa la Sala a sustentar esta conclusión.

La relativamente reciente regulación en materia contencioso administrativa amplió y enriqueció las posibilidades del juez administrativo en lo relativo al decreto y práctica de medidas cautelares, con el claro objetivo de que las mismas sean instrumentos que permitan, de forma efectiva y sustancial, crear una situación proclive a la eventual realización de las pretensiones de un proceso. La regulación adoptada refleja un entendimiento sustancial de la institución, que se acompaña de una perspectiva teleológica en la construcción de posibilidades dadas al juez. En este sentido, el artículo 233 del CPA y CCA, más que un simple catálogo de medidas, es una regulación

que explica el contexto y finalidad de las posibilidades en dicho precepto reconocidas al juez, disposición que finaliza con un numeral que deja ver la amplitud de lo que puede ser una medida cautelar en esta jurisdicción: “[i]mpartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer”.

Es claro que estas amplias posibilidades del juez administrativo deben ejercerse en armonía con todos y cada uno de los derechos cuya concreción se logra a través del procedimiento contencioso administrativo y, especialmente, sin descuidar la protección de todas las partes que intervienen en el proceso.

Como se expuso en la consideración 2.2, el decreto de medidas cautelares en la jurisdicción contencioso administrativa responde a distintos principios que guían la institución cautelar. En este sentido, deberá comprobarse i) como base mínima, la apariencia de un buen derecho -*fumus boni iuris*, artículo 231, numerales 1 y 2, del CPA y CCA-; ii) el *periculum in mora* o el perjuicio irremediable que puede surgir durante el tiempo que tarde en dictarse fallo definitivo -artículo 231, numeral 4 literales a y b del CPA y CCA-; y iii) que los efectos de negar la medida cautelar serían más gravosos para el interés público que los efectos derivados de su concesión y eventual retracto -artículo 231, numeral 3, del CPA y CCA-.

Sin embargo, llegar a concluir sobre estos puntos implica una ponderación de elementos que no podría realizarse única y exclusivamente con la perspectiva de la parte demandante. Debe involucrarse, así mismo, la perspectiva de la parte que soportará las medidas cautelares que, se reitera, en la gran mayoría de casos corresponderá a una entidad pública, cuya posición refleja de alguna forma el interés público.

Es por ello que, como se ha reiterado a lo largo de esta providencia, el decreto de medidas cautelares en la jurisdicción contencioso administrativa presupone la oportunidad para la parte demandada de ser escuchada y sustentar desde su perspectiva la necesidad o no y la extensión o amplitud que deben tener eventuales medidas cautelares, así como para resaltar los efectos que estas pueden tener, los cuales en la mayoría de casos implicarán afectación del interés público.

Por esta razón, la regulación existente -contenida en el artículo 233 del CPA y CCA- exige que i) cuando la medida cautelar se solicite en la demanda, antes de su decreto, deberá correrse traslado de la solicitud con el fin de que la parte demandada se pronuncie sobre ella, para lo que contará con el término de cinco días; ii) la decisión sobre el decreto o no de la medida cautelar deberá tomarse dentro de los diez días siguientes al del

vencimiento del término que dispone el demandado para pronunciarse sobre la medida; iii) deberá fijarse caución que garantice indemnización por los eventuales perjuicios que se causen con el decreto de la medida cautelar; iv) la medida cautelar sólo será efectiva una vez haya quedado ejecutoriado el auto que acepte la caución prestada.

En conclusión, no hace parte de la regulación relativa al decreto de medidas cautelares en el procedimiento contencioso administrativo sorprender a la parte demandada que, por cierto, será la que soporte los efectos de dicha decisión.

Por tanto, al no ser la sorpresa un elemento que configure el decreto de medidas cautelares en materia contencioso administrativa, la audiencia de conciliación prejudicial no altera el principio de regulación existente. En este sentido, concluye la Corte que el deber de realizar audiencia de conciliación, incluso en los casos en que se quiere solicitar el decreto de medidas cautelares, no vulnera contenido alguno del derecho que garantiza el acceso efectivo y sustancial a la administración de justicia ante la jurisdicción contencioso administrativa.

En contra de esta solución, podría argumentarse que existen casos en que el decreto de medidas cautelares no es informado a la parte demandada, tal y como determina el artículo 234 del CPA y CCA, disposición de acuerdo con la que “[d]esde la presentación de la solicitud y **sin previa notificación a la otra parte**, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que por su **urgencia**, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior” –negrilla ausente en el texto legal-.

Para la Sala ésta no es una objeción a la conclusión antes expuesta, por cuanto el no informar a la parte demandada sobre el decreto de una medida cautelar **no** tiene como fin sorprenderla, para así evitar que a través de su conducta se afecte la eficacia de la futura decisión judicial. El que no se informe a la parte demandada tiene como fundamento única y exclusivamente la **urgencia** o premura con que se requiere la medida cautelar. Es decir, ni siquiera en este caso hace parte de la regulación procedimental en materia contencioso administrativa la intención de sorprender a la parte demandada. Por el contrario, en tanto que informarla y hacerle partícipe del debate sobre su decreto hace parte del contenido del debido proceso de la parte demandada, decretar una medida sin este conocimiento previo sólo puede ser una decisión que se tome en pos de la protección de un interés de igual o mayor valía que el derecho al debido proceso de la parte demandada, lo que valorará el juez administrativo en cada caso.

Por tanto no encuentra la Sala que el aparte demandado desconozca este elemento del derecho de acceso a la administración de justicia.

Pasa la Sala a abordar la otra arista del problema jurídico que ahora se resuelve.

3.3. La realización de la audiencia de conciliación cuando se soliciten medidas cautelares de carácter no patrimonial no constituye un obstáculo que desconozca el acceso inmediato a la administración de justicia

Desde otra perspectiva, la realización de la audiencia de conciliación no puede entenderse como un obstáculo para el acceso a la adecuada administración de justicia. Por el contrario, de acuerdo con la jurisprudencia, su realización se ha constituido en una de las formas en que pueden concretarse los contenidos iusfundamentales que esta garantía incorpora –consideración 1.-. En consecuencia, dentro de nuestro ordenamiento jurídico carece de fundamento entender que existe un bloqueo al derecho de administración de justicia por la mera exigencia de realizar audiencia de conciliación, incluso si se toma en consideración el tiempo que implica llevarla a cabo.

La obligación de realizar audiencia de conciliación en los procesos contencioso administrativos, en lugar de implicar un obstáculo al derecho de acceso a la administración de justicia o para el derecho al debido proceso, constituye una forma de garantizar los mismos, por cuanto la conciliación debe entenderse como parte de los recursos efectivos que están previstos para la salvaguarda de los derechos de que son titulares las personas dentro de un Estado social y democrático de derecho, como lo es el Estado colombiano –artículo 1º de la Constitución-. Es decir, la conciliación como requisito de procedibilidad resulta ser un mecanismo para la efectividad de, entre otros, el derecho a la administración de justicia. En este sentido se reitera lo consagrado en la sentencia C-1195 de 2001, en cuanto que las finalidades de la audiencia de conciliación son “(i) **garantizar el acceso a la justicia**; (ii) *promover la participación de los individuos en la solución de sus disputas*; (iii) *estimular la convivencia pacífica*; (iv) *facilitar la solución de los conflictos sin dilaciones injustificadas*; y (v) *descongestionar los despachos judiciales*” –negrilla ausente en texto original-.

Ni siquiera por el tiempo que lleva realizar la audiencia de conciliación se puede entender que se crea un obstáculo desproporcionado para el acceso a la administración de justicia, por cuanto: i) el Estado ha tenido el deber, y

así lo ha desarrollado, de prever la logística necesaria para la celeridad en la realización de estas audiencias; y ii) la regulación legal determina un tiempo máximo en el cual debe ser realizada dicha audiencia, luego de que la misma ha sido solicitada por el o los interesados –artículo 20 de la ley 640 de 2001-. De esta forma, concluyó la Corte en la sentencia C-1195 de 2001, se evita que “*el acceso a la tutela judicial efectiva quede en suspenso, en la incertidumbre, al arbitrio de la voluntad de los conciliadores y a las maniobras dilatorias de la parte no interesada en buscar el arreglo amistoso del conflicto por la vía de la conciliación*”²⁹.

En igual sentido, como fue anteriormente expuesto, esta conclusión se ha manifestado en otras ocasiones por parte de la Sala Plena de la Corte Constitucional –sentencias C-1292 de 2002, C-417 de 2002 y C-713 de 2008-, el Consejo de Estado - Sentencia del 25 de noviembre de 2009, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Enrique Gil Botero- y la Corte Constitucional en sede de revisión de acciones de tutela –sentencia T-023 de 2012-.

Por esta razón, puede concluirse que de la interpretación realizada por la jurisprudencia constitucional, así como por la jurisprudencia de la sección Tercera del Consejo de Estado, se extrae la siguiente regla constitucional: *la realización de la audiencia de conciliación no implica per se y de forma general una vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia; por el contrario, en tanto mecanismo eficaz para la solución de controversias, se constituye en una de las formas de salvaguarda y concreción de este derecho.*

Para el presente caso la Corte debe determinar si el contenido del derecho a la administración de justicia obliga a excepcionar la anterior regla constitucional en la particular situación de quienes solicitan medidas cautelares de carácter no patrimonial ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Para la Sala Plena de la Corte Constitucional, no obstante el especial carácter de estas medidas, la regulación prevista por el artículo 613 de la ley 1564 de 2012 no plantea una vulneración al derecho de acceso a la administración de justicia. Esto por cuanto, no existe un mandato derivado del artículo 229 de la Constitución que impida al legislador exigir la realización de la audiencia de conciliación cuando se soliciten medidas de carácter no patrimonial.

La regulación existente fue expedida en ejercicio de la amplia libertad de

²⁹ Sentencia C-160 de 1999

configuración que tiene el Congreso de la República en materia de regulación de aspectos procedimentales de carácter jurisdiccional, la cual ha sido un elemento reiterado, entre otras, en las decisiones sobre la adecuación constitucional de la audiencia de conciliación antes citadas³⁰.

No aprecia la Corte, ni el demandante menciona una razón en concreto, cómo el término de máximo tres meses que prevé la regulación vigente para que sea realizada la audiencia de conciliación –artículos 20 y 35 de la ley 640 de 2001- constituya un obstáculo insalvable que elimine la posibilidad de realización de las pretensiones en controversia o que anule la eficacia de las medidas cautelares que quieran solicitarse. Máxime, se reitera, cuando la regla general es que la parte demandada sea una entidad administrativa o un particular en desarrollo de funciones administrativas que, por consiguiente, representan el interés público; y los que, en cuanto actúan con base en el principio de legalidad previsto en el artículo 6 de la Constitución, tendrían muy reducidas las posibilidades –si es que éstas existen- de realizar acciones tendentes a frustrar de forma definitiva la realización de las pretensiones de la demanda. Por el contrario, es posible que gracias a lo acordado en la audiencia de conciliación sean innecesarias las medidas cautelares, pues se logre la satisfacción de las pretensiones en conflicto.

Puede argüirse que existen casos en que las medidas cautelares requieran ser adoptadas con urgencia manifiesta en tanto son indispensables para salvaguardar contenidos iusfundamentales de mayor valor que el principio de legalidad en materia procesal o el derecho de acceso a la administración de justicia concretado en la realización de audiencia de conciliación. Sin embargo, encuentra la Corte que esta situación constituye una excepción a la situación ordinaria, caso para la cual está prevista la existencia de mecanismos como la acción de tutela, que protegerán aquellas situaciones en que por las particulares circunstancias fácticas que se presentan sea imperativa la actuación del juez con el objetivo de salvaguardar los intereses de la parte demandante.

Por las razones expuestas, no se aprecia fundamento que obligue a excepcionar la regla constitucional que considera la audiencia de conciliación como una de las vías de concreción del derecho de acceso a la administración de justicia. En el contexto de un juicio respecto de la exequibilidad de una disposición esta conclusión se traduce en la obligación por parte del juez de la constitucionalidad de respetar la decisión del legislador. Por consiguiente, a falta de razones que evidencien su contrariedad con el contenido del derecho de acceso a la administración de

³⁰ Entre otras, sentencias C-1195 de 2001 y C-523 de 1009.

justicia, debe entenderse acorde con la Constitución la exigencia de realizar audiencia de conciliación como requisito de procedibilidad no obstante se quieran solicitar medidas cautelares de carácter no patrimonial.

Por esta razón, concluye la Corte que la solicitud de medidas cautelares de carácter no patrimonial no es incompatible con la exigencia de audiencia de conciliación como requisito de procedibilidad de la demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Esta conclusión se fundamenta en:

- i) La libertad de configuración legislativa con que cuenta el Congreso de la República en materia procedimental;
- ii) El aparte demandado del artículo 613 no prevé un contenido que anule la garantía de acceso *inmediato* a la administración de justicia;
- iii) En casos en que la actuación judicial sea requerida con extraordinaria urgencia existen mecanismos como la acción de tutela que permiten proteger derechos fundamentales en dichas ocasiones.

Por las razones antes expuestas se declarará exequible el aparte demandado.

Síntesis

La demanda presentada cuestionó el aparte “*de carácter patrimonial*” incluido en el segundo inciso del artículo 613 de la ley 1564 de 2012.

El contexto normativo en que debe leerse el aparte demandado incluye el artículo 161 del CPA y CCA, de acuerdo con el cual siempre que una pretensión sea conciliable debe realizarse, como requisito de procedibilidad de la demanda que se presentará ante la jurisdicción contencioso administrativa, audiencia de conciliación extrajudicial. Dicha exigencia es excepcionada, entre otros, en los casos que se soliciten medidas cautelares; sin embargo esta excepción no incluye a las medidas cautelares que no tengan carácter patrimonial. Por esta razón se demanda el aparte del segundo inciso del artículo 613 de la ley 1564 de 2012, en cuanto es en virtud de éste que se hace aplicable a las demandas que soliciten medidas cautelares de carácter no patrimonial la exigencia del artículo 161 del CPA y CCA –ya que restringe la excepción a las medidas cautelares *de carácter patrimonial*-.

El actor señala que esta disposición vulneraría los artículos 13, 29, 229 y 238 de la Constitución. Sin embargo, luego de analizar las razones expuestas, la Sala encontró que únicamente el cargo por vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia –artículo 229 de la Constitución- cumple los requisitos para que se haga un pronunciamiento de fondo.

Para el demandante la obligación de realizar audiencia de conciliación eliminaría la *eficacia* de las medidas cautelares no patrimoniales que quieran solicitarse, por cuanto:

- i. Posibilitaría que, una vez informada de la intención de ser solicitadas por la futura parte demandante, la parte que será demandada modifique la situación fáctica de manera que elimine toda utilidad a la práctica de las cautelas previstas.
- ii. Extendería en tal grado el tiempo para que la parte demandante acuda a la jurisdicción contencioso administrativa, que se anularía la eficacia de las medidas cautelares, por cuanto éstas obligan a que, con anterioridad a fallo, se mantenga la situación que permitirá una eventual satisfacción de las pretensiones.

Respecto del primer aspecto, la Sala recordó que en materia contencioso administrativa, como regla general, la parte demandada es informada e invitada a manifestar su posición respecto del decreto de medidas cautelares –artículo 233 del CPA y CCA-. Por lo tanto, en el decreto de medidas cautelares no existe el factor sorpresa que el demandante señala como desconocido por el aparte demandado.

En este sentido, no se estaría vulnerando ningún contenido iusfundamental por la regulación acusada.

Tampoco se encuentra que el tiempo de más que se tardaría en acceder a la jurisdicción contencioso administrativa –en virtud de la obligación de realizar audiencia de conciliación- constituya un obstáculo de acceso a la administración de justicia. En efecto, con base en que éste es de máximo tres meses –artículos 20 y 35 de la ley 640 de 2001-, la jurisprudencia ha establecido una regla según la cual *la realización de la audiencia de conciliación no implica per se, y de forma general, una vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia; por el contrario, en tanto mecanismo eficaz para la solución de controversias, se constituye en una de las formas de salvaguarda y concreción de este derecho*. En tanto en el caso concreto no se aprecian elementos que lo constituyan como una

excepción a esta regla, no se encuentra contradicción entre el aparte demandado y el derecho de acceso a la administración de justicia –artículo 229 de la Constitución-.

Estas son las razones en que se fundamenta la declaratoria de exequibilidad del aparte demandado.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Declarar **EXEQUIBLE** el aparte “*de carácter patrimonial*” del artículo 613 de la ley 1564 de 2012, por los cargos analizados en esta sentencia.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Presidente

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
Magistrado
Ausente con excusa

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA
Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

ALBERTO ROJAS RIOS
Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

Señora Doctora
Martha Sáchica Méndez
Secretaria General Corte Constitucional
Ciudad

Respetada doctora,

Por medio de la presente me permito informarle que, debido a un error, al momento de firmar coloqué la nota de salvamento de voto respecto de la decisión C 834 de 2013, con ponencia del Dr Rojas Rios. Contrario a dicha afirmación, estoy totalmente de acuerdo tanto con la parte motiva como con la resolutive de la providencia. Por lo anterior, le solicito comedidamente que la aludida equivocación sea corregida.

Fecha up supra

Atentamente,

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado