



Santiago de Cali, julio 30 de 2021

Doctora

**ROCÍO ARAÚJO OÑATE**

Magistrada

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

CONSEJO DE ESTADO

SECCIÓN QUINTA

<b>RADICACION:</b>	11001-03-15-000-2021-04226-00
<b>ACTOR:</b>	UNIÓN TEMPORAL DISICO – PROING - CYG
<b>ACCIONADOS:</b>	TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA
<b>MEDIO DE CONTROL:</b>	ACCIÓN DE TUTELA
<b>ASUNTO:</b>	INTERVENCIÓN DE LA VINCULADA

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 277, numerales 1, 3 Y 7 de la Constitución Política; 247 # 4 y 303 del Código Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; 35 de la Ley 446 de 1998; 30, 37 y 44 del Decreto 262 del 22 de febrero de 2000, obrando dentro de la oportunidad legal en la acción constitucional la referencia, esta Agencia del Ministerio Público procede pronunciarse, en virtud de la vinculación que formalmente se notificara a esta Procuraduría.

## I. ANTECEDENTES

Con escrito enviado por correo electrónico el 2 de julio 2021 al buzón web del aplicativo de Tutelas y Habeas Corpus de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Bogotá el doctor Alonso de La Pava Vélez, en calidad de apoderado judicial de la Unión Temporal DISICO – PROING – CYG, presentó acción de tutela contra el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, con el fin de que le sean protegidos a la mencionada Unión Temporal sus derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia.

La accionante consideró que le resultaron vulneradas dichas garantías constitucionales, con ocasión de los autos de 27 de enero de 2020 y 12 de abril de 2021, por medio de los cuales, la autoridad judicial accionada improbió el acuerdo conciliatorio suscrito entre la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios – USPEC – y la tutelante, y denegó un recurso de reposición presentado contra dicha decisión.

Como pretensiones de la Acción Constitucional se solicitó por parte del accionante, el amparo de los derechos fundamentales invocados de la UT y sus miembros correspondientes al debido proceso y al acceso a la administración de justicia. Igualmente, que, como consecuencia de lo anterior, se revoquen integralmente los Autos del 27 de enero de 2020 y del 12 de abril de 2021 y, en su lugar se ordene al Tribunal Administrativo del Valle aprobar el Acuerdo Conciliatorio.

### **Admisión de la tutela:**

Mediante Auto Admisorio fechado el 14 de julio del año en curso el CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN QUINTA - MAGISTRADA PONENTE, ROCÍO ARAÚJO OÑATE (E), admitió la Acción de Tutela de la referencia y ordenó vincular a la misma a la Procuraduría 19 Judicial II Para Asuntos Administrativos de Cali, entre otras entidades.

## **II. CONSIDERACIONES DE LA PROCURADURIA JUDICIAL 19.**

En su condición de vinculada la Procuraduría 19 judicial II para asuntos administrativos, procede a intervenir, especialmente en cuanto a aludir los parámetros bajo los cuales este Despacho procuró y consideró procedente -y conforme a los parámetros que rigen la materia-, la conciliación prejudicial alcanzada por las partes en aras de precaver el medio de control de reparación directa.

La conciliación es un importante mecanismo para la composición de litigios y para la descongestión de despachos judiciales con el fin de asegurar un eficaz acceso a la Administración de Justicia, tal y como lo ordenan el Preámbulo y los artículos 2 y 229 de la Constitución Política<sup>1</sup>. Pero esta consideración, no puede conducir a la aprobación Judicial mecánica de las conciliaciones de las partes, sin detenerse a precaver la posible indebida utilización que se pueda hacer de esta institución y en las defraudaciones que, por su aplicación, se puedan producir al tesoro público<sup>2</sup>, comoquiera que la conciliación, como fuente reguladora de conflictos, supone la legalidad de este negocio jurídico, en tanto que la posibilidad de disponer de los intereses estatales debe ajustarse rigurosamente al ordenamiento vigente y por ello si la misma opera en sede prejudicial exige previa homologación Judicial.<sup>3</sup>

En otros términos, si bien la conciliación propende por la descongestión de la Administración de Justicia y por la composición del conflicto a través de una solución directa acordada por las partes, no lo es menos que todo

---

<sup>1</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, auto de 10 de noviembre de 2000, Exp. 18298.

<sup>2</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Exp. 7891, Auto de 13 de octubre de 1993, en el mismo sentido Exp.16298, Auto 30 de septiembre de 1999.

<sup>3</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Exp. 7891, Auto de 13 de octubre de 1993, en el mismo sentido Exp.16298, Auto 30 de septiembre de 1999.

acuerdo conciliatorio debe ser verificado por el juez, quien para aprobarlo debe establecer que éste sea legal y no resulte lesivo al patrimonio público.

En términos generales La conciliación se encuentra reglada en las leyes 23 de 1991, 446 de 1998 y 640 de 2001, preceptos normativos en los que se condiciona la aprobación de la Conciliación tanto extrajudicial como Judicial a la concurrencia de tres claros criterios normativos: a) Que no sea contraria a la Ley; b) Que exista el suficiente acervo probatorio que sustente el acuerdo conciliatorio; y c) Que lo acordado no atente contra el patrimonio público.

### **Análisis jurídico Marco normativo y jurisprudencial de la conciliación judicial en materia contractual, sus elementos, límites y principios para tener en cuenta - marco jurisprudencial.**

Sobre la conciliación judicial en materia contractual destaca la Jurisprudencia del H. Consejo de Estado<sup>4</sup>:

- \* El Juez en materia de lo contencioso administrativo ejerce un control de legalidad sustentado en el PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

*"No debe perderse de vista que, por definición, el Juez administrativo ha sido desde siempre el guardián de la legalidad administrativa y el control asignado a la jurisdicción contencioso administrativa en materia de conciliaciones no podía ser la excepción. En efecto, la justicia administrativa desde sus orígenes fue concebida como el medio más idóneo de fiscalización a la administración, en orden a garantizar la vinculación total positiva del ejecutivo a la ley como manifestación de la voluntad general, como que el ejercicio de la función administrativa, como observa Laubadère, está dominado por el principio fundamental de la legalidad, este principio significa que las autoridades administrativas, en las decisiones que adoptan, están obligadas a conformarse a la ley, o más exactamente a la legalidad, es decir, a un conjunto de reglas de derecho de rangos y contenidos diversos. Este principio concierne a todas las actividades de las autoridades administrativas: en primer lugar, las decisiones administrativas individuales y los contratos, por las cuales este principio significa que toda medida particular debe estar conforme a las reglas preestablecidas. ..."*

- \* En un Estado de Derecho debe atenderse al Principio de Legalidad el cual irradia igualmente la relación contractual.

*"Toda democracia liberal se construye a partir de la sumisión de la Administración al derecho que se confunde con la misma idea de Estado de Derecho: la cual constituye una limitación del poder administrativo. El rol del ejecutivo no es otro que asegurar la traducción de la ley en la realidad y si la función de la administración es esencialmente ejecutiva es claro que ella encuentra en la ley no sólo el fundamento, sino el límite a su acción. Principio de legalidad de la actividad administrativa que obviamente se predica también respecto de las relaciones contractuales del Estado, como expresión de la función administrativa, tal y como recientemente lo advirtió esta Sala. Por ello el control asignado a todo Juez administrativo, como medio más eficaz para asegurar el principio de legalidad de la Administración, comporta por antonomasia apreciar la vinculación de la Administración en su accionar a la ley, de modo que toda solución judicial a él asignada porta ley pasa por la revisión de conformidad con el ordenamiento Jurídico y, por ello, está obligado a pronunciarse en derecho sobre la sujeción del servidor público a la legalidad. Estas consideraciones, que pueden resumirse en que la Administración actúa secundum legem al ser una actividad estatal sub-legal en palabras de Maríenhoff, tienen su proyección nítida en el derecho positivo colombiano."*

---

<sup>4</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, Bogotá, D.G., dieciséis (16) de marzo de dos mil cinco (2005), Radicación número: 25000-23-26-000-2002-01216-01 (27921)

- \* El control de legalidad no puede confundirse con la simple conveniencia o discrecionalidad que impone el examen como concepto jurídico indeterminado:

*"...Uno de los pilares de la construcción de una teoría general del derecho administrativo estriba justamente en dar por sentado que el examen o fiscalización de la legalidad de los actos de la Administración supone la separación entre justicia y administración: "la justicia administrativa es un trozo de la justicia y no de la administración"\* y a ella compete un juicio de segundo grado en cuanto recae sobre el que ha debido realizar la Administración, juicio que en todo caso sólo puede justificarse en las razones del Derecho. Los dominios de la conveniencia son los de la administración, mientras que los de la revisión de su legalidad atañen al Juez administrativo, de modo que en derecho colombiano no puede pretenderse que el Juez a la vez desempeñe el doble papel de órgano judicial y administrativo, debido al modelo de separación de poderes adoptado entre nosotros y al tipo de justicia administrativa especializada que tenemos desde hace ya 90 años. De allí que, aún la evaluación en sede Judicial de una actuación discrecional de la administración no sea en realidad un análisis de conveniencia sino de legalidad, pues no es posible una justicia administrativa sin fiscalización jurídica...*

*Del ámbito de la discrecionalidad y su limitación a través del control Jurisdiccional es la lucha del derecho administrativo en los últimos cincuenta años, que cubre incluso a los llamados "conceptos jurídicos indeterminados" que en realidad no le dejan a la Administración la libertad de optar entre varias posibilidades de actuación, en tanto no hay múltiples soluciones para la Administración, sino una sola justa, esto es, ajustada a los fines del derecho. Al fin y al cabo, la limitación de la actividad discrecional en función de la idea de fin, únicamente puede hacerse efectiva mediante la fiscalización jurisdiccional, en tanto -como afirma Vedel- discrecionalidad no quiere decir arbitrariedad, es más se trata de conceptos antagónicos.*

- \* La conciliación no puede fundarse en razones de conveniencia sino en la prueba del perjuicio sin razón jurídica.

*"Por lo que dice relación a la tercera de las causales del artículo 69 del C.C.A., esto es, cuando con el acto se cause agravio injustificado a una persona, no reviste en realidad -como lo afirma parte de la doctrina nacional- un juicio de conveniencia, sino que se trata en realidad de una hipótesis que involucra una valoración estrictamente jurídica en tanto que exige la presencia de un perjuicio sin motivo, razón o fundamento a una persona, el cual sólo puede darse cuando medie la ilegalidad del acto, o cuando se rompe el postulado de la igualdad ante las cargas públicas, principio que, a su vez, retoma lo dispuesto por el artículo 13 Superior."*

- \* La conciliación debe ampararse en el examen de la alta probabilidad de condena y en las pruebas suficientes y necesarias para tal fin.

*"La verificación de legalidad a cargo del juez administrativo, implica que desde su perspectiva las causales del artículo 69 del C.C.A. aplicadas al proceso conciliatorio, tienen todo el carácter de juicio de legalidad, por lo que la exigencia de alta probabilidad de condena también resulta aplicable a este caso, no obstante invocarse una causal de "conveniencia". Nótese que, acorde con las voces del artículo 73 in fine de la ley 446 de 1998 (que incorporó el artículo 65 A la ley 23 de 1991, compilado por el artículo 60 del Decreto 1818 de 1998), el acuerdo conciliatorio debe estar fundado en "las pruebas necesarias", exigencia cuyo alcance jurisprudencial ha sido que las mismas permitan deducir una alta probabilidad de condena contra el Estado - en el evento de que el interesado decidiese ejercitar las acciones pertinentes de modo tal que lo acordado no resulte lesivo del patrimonio público o violatorio de la ley. Por consiguiente, la jurisprudencia de la Sala en modo alguno está creando una nueva condición no prevista por la ley, como asegura el recurrente, por lo que dicha exigencia no puede cambiarse al antojo del intérprete, como sugiere el escrito impugnatorio, al proponer un pretendido requisito de "sensatez de lo conciliado". Nota de Relatoría: Ver Exps. 17219 del 10 de agosto, 16758 del 9 de marzo, 16116 de 29 de junio todas de 2000; y 22232 del 22 de enero de 2003"*

- \* La infracción al principio de legalidad vulnera de contera el principio de igualdad

*“Conviene agregar que la infracción del principio de legalidad, en este caso de las normas de la ley 80, comporta en últimas la violación de la cláusula constitucional de igualdad, en tanto este principio, en su acepción “formal” o “estática” equivale simplemente al cumplimiento de la ley (inciso primero del art. 13 C.P., como que en estos eventos el operador jurídico al aplicar la ley -sin distingos- no hace nada distinto que realizar la igualdad. El respeto de la “regla de justicia”, vale decir, tratara los iguales de modo igual y a los desiguales de modo desigual, es desde este punto de vista, en palabras de Bobbio, lo mismo que el respeto a la legalidad.”*

- \* Se define el objeto de la conciliación judicial y su homologación

*“La conciliación en el proceso administrativo es un importante mecanismo para la composición de litigios y para la descongestión de despachos judiciales con el fin de asegurar un eficaz acceso a la Administración de Justicia, tal y como lo ordenan el preámbulo y los artículos 2 y 229 de la Carta Política. Pero esta consideración, como ya lo tiene determinado de antaño esta Sección, no puede conducir a la aprobación judicial mecánica de las conciliaciones de las partes, sin parar mientes en la indebida utilización que se pueda hacer de esta institución y en las defraudaciones que, por su aplicación se puedan producir al tesoro público, comoquiera que la conciliación, como fuente reguladora de conflictos, supone la legalidad de la transacción jurídica, en tanto que la posibilidad de disponer de los intereses estatales debe ajustarse rigurosamente al ordenamiento vigente y, por ello mismo, exige previa homologación judicial. Y en esta tarea el juez, ante quien se somete a consideración el acta donde consta el acuerdo conciliatorio, debe realizar las valoraciones correspondientes que le permitan concluir si la conciliación se ajusta a la ley y si refleja favorabilidad cuantitativa para la administración, o lo que es igual, la conciliación en el derecho administrativo -y por ende en controversias contractuales del Estado- como solución alternativa de conflictos debe estar precedida, conforme el pensamiento uniforme y reiterado de la Sala, de un estudio jurídico comprensivo de las normas jurídicas y de la doctrina y jurisprudencia aplicables al caso, pues al comprometer recursos del erario es claro que su disposición no se puede dejar a la voluntad libérrima de los funcionarios, sino que amerita el cumplimiento de reglas y exigencias muy severas y precisas que impiden el uso de la conciliación para fines no previstos y no queridos por la ley. Por lo mismo, la conciliación sólo produce efecto hasta tanto el juez contencioso imparte su aprobación, en otros términos, para su eficacia jurídica requiere de homologación judicial. En tales condiciones se tiene que la conciliación contencioso administrativa como instituto de solución directa de conflictos, construida a partir de la capacidad dispositiva de las partes y cuya bondad -tal y como lo ha reconocido la jurisprudencia-, como fórmula real de paz (en tanto borra las huellas negativas del conflicto) y como instrumento de descongestión de los despachos judiciales, está suficientemente demostrada, no puede convertirse en un procedimiento expedito para manejar a su arbitrio el tema de la contratación pública. Así -por ejemplo- en otras oportunidades, la Sección ha improbado solicitudes de conciliación que buscaban que la jurisdicción de lo contencioso administrativo permitiera cambiar el rubro presupuestal de pago que sería afectado en futuro y por ello en esa oportunidad se señaló enfáticamente que no se puede recurrir al mecanismo de conciliación para que el juez administrativo corrobore una actuación ilegal de la Administración. Nota de Relataría: Ver Exps. 7633 del 5 de febrero de 1993, 14919 del 22 de octubre de 1998, 15872 del 20 de mayo y 16298 del 30 de septiembre ambos 1999, 16116 del 29 de junio y 18298 del 10 de noviembre ambos de 2000, 20801 del 12 de diciembre de 2001, 8331 del 7 de febrero.*

## Requisitos para conciliar

Acudiendo a la jurisprudencia del H. consejo de Estado<sup>5</sup>, en orden a precisar el asunto que se examina, se tendrá en cuenta los presupuestos de la conciliación en materia contencioso administrativa, ellos son:

---

<sup>5</sup> Providencia con ponencia del Consejero Dr.: GERMAN RODRIGUEZ VILLAMIZAR, de fecha enero 30 de 2003 y número de radicación 22232-03

Que verse sobre derechos económicos disponibles para las partes.

-Que las entidades estén debidamente representadas.

-Que los representantes o conciliadores tengan capacidad o facultad para conciliar y disponer de la materia objeto de convenio.

-Que no haya operado la caducidad de la acción.

**-Que no resulte abiertamente inconveniente o lesivo para el patrimonio de lo administración.**

**Que los derechos reconocidos estén debidamente respaldados por las probanzas que se hubieren arrimado a la actuación.**

Se plantea entonces si en esta ocasión el acuerdo conciliatorio se ajusta a los tres claros criterios y presupuestos a saber: a) Que no sea contraria a la Ley; b) Que exista el suficiente acervo probatorio que sustente el acuerdo conciliatorio; y c) Que lo acordado no atente contra el patrimonio público.

### **Del apego a la ley.**

El principio de legalidad implica que la administración debe sujetarse en todos sus actos a las normas jurídicas que le son propios, de suerte que el principio de legalidad constituye una limitación a la actividad de la administración, por cuanto significa que ella no puede hacer todo cuanto quiera, sino solamente aquello que le permite la ley.

En el caso en estudio se tiene que las partes refieren única y exclusivamente a los asuntos respecto a los cuales puede disponer en el giro ordinario de sus negocios, más precisamente en el contrato objeto de controversia, pues la fórmula propuesta no desborda los límites de la actividad contractual pactada por los extremos contratantes, por el contrario, precisa puntualmente el cumplimiento de las cargas correspondientes a cada una de ellas.

### **Del material probatorio que sustenta el acuerdo conciliatorio.**

Del acervo probatorio se evidencia como elemento fundamental que tanto contratante como contratista respaldan el Acuerdo alcanzado en cotizaciones y análisis de precios unitarios APUS que fueron solicitados al contratista, documentos revisados y aprobados por la universidad Nacional en su condición de interventora del proyecto y además avalados por la dirección de infraestructura de la USPEC, cuya ejecución se ordenó por la entidad contratante, todo ello ocurrió antes de finiquitar el plazo contractualmente pactado.

Por lo anotado, se encuentran probados los supuestos de las normas jurídicas cuya aplicación se discute, de suerte que el acuerdo cumple con la carga probatoria que le es propia, pues los medios probatorios son idóneos y suficientes el cuanto al derecho objeto de controversia.

**Que lo acordado no atente contra el patrimonio público.**

El análisis financiero que le permitió arribar la entidad convocada a la concreción de la formula conciliatoria, lejos de atentar contra el patrimonio público, lo salvaguarda en gran medida, al evitar la configuración de riesgos asociados a eventuales condenas por altos valores económicos en el contexto de declararse próspero el medio de control que se intenta precaver.

Por lo anterior considera esta agencia del ministerio público, que las condiciones del acuerdo alcanzado entre las partes favorecen los intereses de la entidad estatal que lo suscribe, cumpliéndose por la tanto con la obligación de que la conciliación no resulte lesiva para los intereses públicos en juego, pues es evidente en efecto, que gracias al acuerdo la entidad Estatal, precave el riesgo de que el fallo, en eventual proceso judicial, se profiera en condiciones sustancialmente más gravosas para sus intereses.

Por todo lo anteriormente expuesto, consideró e esta procuraduría, que se presentaron los supuestos de hecho y de Derecho para que fuere aprobado el acuerdo conciliatorio alcanzado por las partes.

De la respetada Magistrada atentamente



**LESSDY DENISSE LOPEZ ESPINOSA.**  
Procuradora 19 Judicial II Administrativo.