

**¿CONCILIAR O NO CONCILIAR?  
EL PRECEDENTE  
JURISPRUDENCIAL FRENTE A  
LA DISCRECIONALIDAD  
ADMINISTRATIVA DE LOS  
COMITÉS DE CONCILIACIÓN\***

*To conciliate or not to conciliate? the jurisprudential precedent in front of the administrative discretionary of the conciliation committees*

*Recibido: 26 de octubre del 2012  
Revisado: 9 de diciembre del 2012  
Aceptado: 20 de enero del 2013*

*Diana Carolina Pineda Fajardo\*\**

**RESUMEN:**

La Conciliación Extrajudicial Contenciosa Administrativa ha sido establecida, entre otras razones, con el fin de descongestionar la justicia contenciosa administrativa y evitar lesiones patrimoniales a las Entidades de Derecho Público, otorgándoles, a través de los Comités de Conciliación para la Defensa Judicial, la potestad de decidir en cada caso, la procedencia de conciliar o no. La Discrecionalidad Administrativa que gozan dichos Comités tiene límites, como lo es la jurisprudencia, por tal razón en el presente escrito se pretende analizar si las entidades públicas deben acogerse a los precedentes jurisprudenciales cuando son llamadas a conciliar casos que por su naturaleza fáctica y jurídica son similares a los ya fallados por las altas cortes, existiendo precedente jurisprudencial aplicable al caso.

**PALABRAS CLAVE:**

Precedente jurisprudencial, comités de conciliación, conciliación contenciosa administrativa, discrecionalidad administrativa.

**ABSTRACT:**

Administrative Litigation Settlement Reconciliation has been established, among other reasons, in order to relieve the administrative contentious justice and avoid injury public entities, through conciliation committees for legal defense, the power to decide in each case, the origin of reconciled or not. The administrative discretion enjoyed by these committees has limits, as the jurisprudence, for this reason in the present writing is to analyze if public entities must fulfill the legal precedents when they are called to reconcile for its legal and factual nature are similar to those were already judgement by the high courts

**KEY WORDS:**

Jurisprudential precedent, Committees of Conciliation, Contentious administrative conciliation, administrative discretion.

---

\* Artículo inédito. Este artículo hace parte de la tesis de investigación «El principio de precaución en el derecho de la responsabilidad extracontractual del Estado» presentada en la Maestría en Derecho Administrativo, Modalidad Investigación, Universidad Externado de Colombia, adscrita a la línea de investigación en Responsabilidad del Estado, del Grupo de Investigación en Derecho Administrativo.

\*\* Candidata a Magister en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Abogada de la Universidad Industrial de Santander. Correo electrónico: carolinapineda\_abogada@hotmail.es



## INTRODUCCIÓN

La conciliación hace parte de uno de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, MASC, diseñados con el objetivo de generar en la comunidad una solución directa y amigable de las controversias que se presenten entre las partes, a través del dialogo y con la intermediación de un tercero neutral, denominado conciliador. Por tal razón, el legislador estableció para algunos procesos judiciales, entre los cuales se encuentra algunos asuntos de lo contencioso administrativo, la conciliación como un requisito de procedibilidad, con el cual se busca disminuir la congestión judicial, y la solución de las controversias de una forma ágil, eficaz y en corto tiempo.

En este sentido, la Ley 23 de 1991 (Congreso de la República, 1991)<sup>1</sup>, por la cual se crearon mecanismos para descongestionar los despachos judiciales, ante la apremiante congestión en lo contencioso administrativo, otorgó la posibilidad a las personas de derecho público de conciliar extrajudicialmente, los conflictos de carácter particular o contenido patrimonial que se debatan ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, en los cuales se ejerzan las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales. Posteriormente, en el año 2009, a través de la Ley 1285 de 2009 (Congreso de la República, 2009), el

Congreso de la República, estableció la conciliación de lo contencioso administrativo, en los asuntos anteriormente señalados, como requisito de procedibilidad para acceder a la justicia contenciosa administrativa (Congreso de la República, 2009)<sup>2</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, y ante la necesidad de que las personas de derecho público se blinden con un adecuado frente de defensa judicial que cuide de sus intereses, el Decreto 1716 de 2009, reguló la conformación de los Comités de Conciliación para la defensa judicial de dichas entidades, diseñándolos como «una instancia administrativa que actúa como sede de estudio, análisis y formulación de políticas sobre prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la entidad» (Decreto 1716 del 14 de mayo de 2009, Artículo 16), quienes tendrán la tarea de decidir cada caso en específico sobre la procedencia de conciliar o no, sujetándose a las normas sustantivas, procedimentales y de control vigente (Presidencia de la República, 2009)<sup>3</sup>.

Ahora bien, es cierto que la Ley ha consagrado la discrecionalidad de los Comités de Conciliación para la defensa judicial de las Entidades Públicas, con el objeto de que, entre otras facultades, decidan en cada caso particular sobre la procedencia de conciliar ó no conciliar. Pero, dicha discrecionalidad va

1 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, sobre conflictos de carácter particular y contenido patrimonial que ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se ventilarían mediante las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo.» (Congreso de la República, 1991).

2 Artículo 13: «Apruébese 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.» (Congreso de la República, 2009).

3 Artículo 16: «Comité de Conciliación. El Comité de Conciliación es una instancia administrativa que actúa como sede de estudio, análisis y formulación de políticas sobre prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la entidad. Igualmente decidirá, en cada caso específico, sobre la procedencia de la conciliación o cualquier otro medio alternativo de solución de conflictos, con sujeción estricta a las normas jurídicas sustantivas, procedimentales y de control vigentes, evitando lesionar el patrimonio público. La decisión de conciliar tomada en los términos anteriores, por sí sola, no dará lugar a investigaciones disciplinarias, ni fiscales, ni al ejercicio de acciones de repetición contra los miembros del Comité. Párrafo único. La decisión del Comité de Conciliación acerca de la viabilidad de conciliar no constituye ordenación de gasto.» (Presidencia de la República, 2009).

acompañada de un margen de restricción, el cual es el sometimiento de sus decisiones, a las Normas y a la Jurisprudencia aplicable al caso. Igualmente, establece que el fin de los Comités de Conciliación es, además de la defensa de la Entidad Pública, el evitar lesionar el patrimonio público y la prevención del daño antijurídico. Así las cosas, la Ley consagró expresamente la obligatoriedad de los Comités de acatar las normas y adoptar la Jurisprudencia como criterio auxiliar de interpretación, sin embargo, no menciona taxativamente el sometimiento de dichas entidades a los precedentes jurisprudenciales, como fuente de derecho, consagrado como tal en la Constitución, en la Ley y la Jurisprudencia.

Por lo expuesto, surge la inquietud de analizar la discrecionalidad administrativa de los Comités de Conciliación para la Defensa Judicial de las Entidades de Derecho Público frente a la aplicación de precedentes jurisprudenciales en situaciones fácticas y jurídicas similares en las que se convoque a la entidad a conciliar.

En tal sentido, el precedente jurisprudencial, por ser una figura propia del *common law*, y estar regido nuestro ordenamiento jurídico por el derecho greco-romano, ha tenido una acogida paulatina en nuestro ordenamiento, sin embargo, en la actualidad, y por los beneficios que la figura ofrece en garantías e igualdad de los administrados y en la administración de justicia, ha tomado tal fuerza, que ha pasado de estimarse, como un criterio auxiliar de la actividad judicial (Asamblea Constituyente, 1991)<sup>4</sup> (como lo establece la Constitución Política) a equipararse como fuente material de Derecho. La finalidad del Precedente Jurisprudencial, es la de fijar una posición

interpretativa por parte de autoridades judiciales, sobre circunstancias fácticas y jurídicas, que puedan ser aplicadas posteriormente a casos sustancialmente similares.

Entonces, si el Precedente Jurisprudencial es fijado por una Alta Corte Judicial con el fin de que la Administración de Justicia, resuelva casos que por su naturaleza jurídica y fáctica son similares. Y, bajo el entendido de que la conciliación en lo contencioso administrativo se estableció como un mecanismo que contribuya a la descongestión de la Administración de Justicia, a la efectiva protección y garantía de los derechos de los ciudadanos, y a la protección del patrimonio público, quedando en cabeza de los Comités de Conciliaciones para la Defensa Judicial de las Entidades de Derecho Público, la facultad de decidir conciliar o no conciliar cada caso en particular. Podría entenderse que, dada la potestad que ha sido radicado en cabeza de estos Comités, podría o debería, concebirse que su sujeción, o límite, radica no únicamente en las normas o leyes existentes y aplicables a cada caso, sino también, abarca la adopción de los precedentes jurisprudenciales que haya adoptado el Consejo de Estado y/o la Corte Constitucional en torno a situaciones fácticas y jurídicas similares, o simplemente dentro de la discrecionalidad que le ha dado la Ley de decidir la procedencia o no de la conciliación, pueden apartarse de los precedentes jurisprudenciales, argumentando otra salida jurídica.

#### PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Por consiguiente, tenemos que el problema jurídico a desarrollar en el presente escrito, se centra en: ¿Basados en la discrecionalidad administrativa

<sup>4</sup> Artículo 230. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial. (Asamblea Constituyente, 1991)

pueden los Comités de Conciliación para la Defensa Judicial de las Entidades de Derecho Público apartarse de los Precedentes Jurisprudenciales frente a situaciones fácticas y jurídicas similares al momento de tomar una decisión de conciliar o no conciliar?

De acuerdo con lo anterior, en un primer examen del problema jurídico anunciado, podríamos señalar que los Comités de Conciliación para la Defensa Judicial de las Entidades de Derecho Público, no pueden excusarse en la potestad discrecional que goza la Administración, para apartarse de un Precedente Jurisprudencial adoptado por el Consejo de Estado y/o la Corte Constitucional, dado que la Discrecionalidad Administrativa no es absoluta, goza de unos límites entre los cuales se encuentran, el acatamiento de la Ley, la igualdad como principio y derecho fundamental, el principio de objetividad y deber de buen gobierno, y el interés público representado en el patrimonio público.

## **METODOLOGÍA**

En este sentido, el presente estudio ha sido orientado a través del método de investigación sistemático jurídico, dado que se pretende analizar la Discrecionalidad Administrativa de los Comités de Conciliación de las Entidades de Derecho Público en conjunto con el ordenamiento jurídico, y así determinar los alcances y límites de la potestad con la que cuentan dichas entidades de decidir la procedencia de conciliar o no cada caso en los que son llamados a conciliar, y así poder determinar la injerencia del precedente jurisprudencial frente a dicha facultad. En tal sentido, el presente escrito se orientó a través de una investigación documental, utilizando como instrumento la ficha de análisis documental y la técnica de análisis de contenido.

## **PLAN DE REDACCIÓN**

Llegado a este punto, procederemos a desglosar el plan de redacción, el cual se ha estructurado de forma deductiva, en tal sentido partiremos de lo general del tema para llegar a la particularidad del mismo. Por lo cual, se ha dividido el escrito en tres Capítulos, en el Primero de ellos examinaremos la evolución del precedente jurisprudencial en Colombia. En el Segundo Capítulo, enfatizaremos sobre la potestad de la Discrecionalidad Administrativa de los Comités de Conciliación para la Defensa Judicial de las Entidades de Derecho Público. Y por último, en el Tercer Capítulo analizaremos el precedente jurisprudencial como Fuente de Derecho y limitante de la Discrecionalidad Administrativa de los Comités de Conciliación para La Defensa Judicial de las Entidades de Derecho Público.

- 1. EVOLUCIÓN DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL EN COLOMBIA**
- 1.1. LA JURISPRUDENCIA COMO CRITERIO AUXILIAR DE INTERPRETACIÓN DE JUSTICIA**

Nuestro ordenamiento jurídico de origen greco romano ha fijado como su principal fuente de derecho a la Ley, por el contrario para el sistema jurídico del *common law*, su fuente principal de derecho radica en la jurisprudencia, en tal sentido, los casos que se deban resolver han de fundamentarse en precedentes judiciales, es decir, en sentencias anteriormente pronunciadas donde hayan ocurrido hechos similares al caso a resolver. Siendo ésta la principal razón por la cual la teoría del precedente jurisprudencial ha entrado paulatinamente y con cierta incertidumbre en nuestro ordenamiento jurídico, dado que en un principio era inconcebible pensar en la jurisprudencia como fuente de derecho, sino como un simple criterio auxiliar de interpretación de justicia.

En tal sentido, nuestro Código Civil establece en su Artículo 17 los efectos de las Sentencias Judiciales, restándoles fuerza obligatoria, limitando sus alcances únicamente respecto de las causas en que fueron pronunciadas, es decir, sobre el objeto de la Litis, prohibiéndole a los jueces vincular los efectos de las sentencias a otros negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria.

Ahora bien, revisemos brevemente el proceso legislativo que en Colombia ha tenido la jurisprudencia, como criterio auxiliar de interpretación judicial a fuente de derecho. La Ley 61 del 25 de noviembre de 1886 fue la primera norma en establecer el concepto de doctrina legal y de darle la connotación de criterio auxiliar de interpretación de justicia a la jurisprudencia al fijar en su artículo 39 lo siguiente:

«Es doctrina legal la interpretación que la Corte Suprema de a unas mismas leyes en tres decisiones uniformes. También constituyen doctrina legal las declaraciones que la misma Corte haga, en tres decisiones uniformes, para llenar los vacíos que ocurran, es decir, en fuerza de la necesidad de que una cuestión dada no quede sin resolver por no existir leyes apropiadas al caso» (Consejo Nacional Legislativo, 1886).

De lo cual se contempla que la jurisprudencia, o las decisiones de la Corte, son sólo criterios auxiliar de interpretación judicial, dado que las decisiones que tome en caso sometido a su estudio deben estar basadas en la Ley, y las decisiones tomadas con anterioridad que puedan llegar a

constituir doctrina probable son sólo aquellas que hacen referencia a la interpretación de una norma o al vacío legal que la misma deja.

Posteriormente, la Ley 153 del 15 de agosto de 1887 trajo consigo el concepto de *doctrina legal más probable*, las cual la constituían tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como Tribunal de Casación, sobre un mismo punto de derecho, pudiéndola aplicar los jueces solamente en casos dudosos (Presidencia de la República, 1887)<sup>5</sup>. Por su parte, la Ley 105 del 24 de noviembre de 1890 preceptuó en su artículo 371 la noción de *doctrina legal*, siendo esta:

La interpretación que la Corte Suprema dé a unas mismas leyes en dos decisiones uniformes. También constituyen doctrina legal las declaraciones que la misma Corte haga en dos decisiones uniformes para llenar los vacíos que ocurran, es decir en fuerza de la necesidad de que una cuestión dada no quede sin resolver por no existir leyes apropiadas al caso (Ley 105 del 24 de noviembre de 1890, Artículo 371).

En 1896 la Ley 169 del 31 de diciembre derogó el artículo 371 de la Ley 105 de 1890 que contemplaba el concepto de *doctrina legal*, y subrogó el artículo 10 de la ley 153 de 1887 que hacía referencia a *doctrina legal más probable*, y por su parte estableció en su artículo 4 la noción de *doctrina probable*, según la cual «Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta

<sup>5</sup> ARTÍCULO 10. En casos dudosos, los Jueces aplicarán la doctrina legal más probable. Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como Tribunal de Casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina legal más probable. (Presidencia de la República, 1887)

para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores». Esta medida abrió la posibilidad a los jueces de aplicar en casos análogos decisiones que hayan adoptado la Corte Suprema sobre un mismo punto de derecho, y no sólo en casos dudosos como lo contemplaba la doctrina legal más probable.

El anterior cambio a «*doctrina probable*» juega un papel importante con el derecho a la igualdad, derecho introducido por el artículo 16 de la Constitución de 1886; la interpretación jurisprudencial del mismo, dio origen al principio de igualdad ante la Ley, principio que fue incorporado en el artículo 13 de Constitución de 1991, que establece la igualdad ante la Ley, y la igualdad de trato de las autoridades.

Debe aclararse, como lo hizo en su oportunidad, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-836 de 2001, que el concepto de doctrina probable debe entenderse en un sentido orgánico y hacerse extensivo, a su vez, a la jurisprudencia emitido por el Consejo de Estado, dado que:

En el año de 1896 cuando se promulgó la Ley 169 la Corte Suprema de Justicia era la cabeza única de la jurisdicción y a pesar de que el Consejo de Estado también contaba con un fundamento constitucional como cabeza de la justicia contencioso administrativa, el ejercicio de esta competencia estaba supeditado constitucionalmente a que la ley estableciera dicha jurisdicción. Posteriormente,

en 1905, el Acto Legislativo No. 10 suprimió el Consejo de Estado, sin que jamás hubiera ejercido su función jurisdiccional. No fue sino hasta el año de 1910, mediante el Acto Legislativo 03, desarrollado por la Ley 130 de 1913, que se dispuso la creación de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, restableciéndose el Consejo de Estado a través del Acto Legislativo 01 de 1914. Fue sólo hasta entonces que se estableció en nuestro país la dualidad de organizaciones jurisdiccionales (Sentencia C-836-2001, 2001).

Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta que cada jurisdicción goza de autonomía judicial dado que los temas que se tratan en una y otra son diferentes especialidades, por tanto, la prerrogativa de la doctrina probable debe entenderse aplicable a cada jurisdicción, ordinaria, constitucional y administrativa, conforme a las disposiciones de sus Altas Cortes.

Llegando a este punto, podemos señalar que la facultad que ha otorgado la Ley y la Constitución a la Corte Suprema de Justicia, al Consejo de Estado y la Corte Constitucional de fijar criterios que orienten el ordenamiento jurídico en la decisión de casos análogos, conlleva a la unificación de jurisprudencia y a la interpretación del ordenamiento positivo, conforme a la realidad social y a los cambios de la misma; a la igualdad ante la Ley y de trato por parte de las autoridades, el principio de buena fe en las autoridades, la seguridad jurídica y la confianza legítima depositada en las mismas (Sentencia C-836, 2001)<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> La fuerza normativa de la doctrina probable proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla, unificando la jurisprudencia ordinaria nacional; (2) del carácter decantado de la interpretación que dicha autoridad viene haciendo del ordenamiento positivo, mediante una continua confrontación y adecuación a la realidad social y; (3) del deber de los jueces respecto de a) la igualdad frente a la ley y b) la igualdad de trato por parte de las autoridades y; (4) del principio de buena fe que obliga también a la rama jurisdiccional, prohibiéndole actuar contra sus propios actos. Corte Constitucional, Sentencia C-836 del 9 de agosto de 2001, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. (Sentencia C-836, 2001)

## 1.2. EL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL CONSTITUCIONAL

Una vez examinado el recorrido histórico legislativo que llevo a la creación de la noción de doctrina probable, otorgando fuerza vinculante a tres decisiones uniformes sobre un mismo punto de derecho que expidan en casación la Corte Suprema de Justicia, y por interpretación orgánica de la norma, el Consejo de Estado, entraremos a revisar, el concepto del precedente jurisprudencial constitucional, teniendo de presente que ha sido la Corte Constitucional quien a través de su jurisprudencia se ha encargado de darle fuerza a la teoría del precedente jurisprudencial.

Como primera medida, es necesario traer a colación dos jurisprudencias de la Corte Constitucional, la Sentencia C-104 de 1993 y la Sentencia C-836 de 2001, que plasman la diferencia entre dos clases de precedentes, uno el constitucional y el otro expedido por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Pues bien, la Sentencia C-104 de 1993, acogiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, basa la diferencia entre la sentencias de la Corte de

Constitucionalidad con las sentencias de la Corte Suprema de Justicia (recordemos que por sentido orgánico debe entenderse a su vez Consejo de Estado) en la cosa juzgada constitucional, dado que la jurisprudencia emitidas por la Corte Constitucional constituyen precedente obligatorio, con efecto *erga omnes*, obligando la adopción de sus efectos a futuro y su aplicación ulterior. Diferente a la jurisprudencia promulgada por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado que tiene efectos *inter partes* o como criterio auxiliar de interpretación de justicia, toda vez que en ellas se debaten intereses contrapuesto de los litigantes, mientras que en la Corte Constitucional se revisa la constitucionalidad de las normas, leyes y decretos (Sentencia C-104, 1993)<sup>7</sup>.

Por su parte, la Sentencia C-836 de 2001 hace referencia a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y sus efectos vinculantes a casos posteriores similares, dado que es la misma Constitución la que otorga fuerza normativa a la doctrina elaborada por la Corte, todo en pro de los derechos de los ciudadanos a una interpretación uniforme y constante del ordenamiento jurídico, al

7 Se observa que entre la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el resto de jurisprudencia de los demás jueces y tribunales del país -en la que se encuentra la del Consejo de Estado-, existen semejanzas y diferencias. Las semejanzas consisten en que se trata de un pronunciamiento jurisdiccional con fuerza de cosa juzgada. Las providencias tanto de la Corte Constitucional -art. 21 del Decreto 2967 de 1991-, como del Consejo de Estado que declaren o nieguen una nulidad -art. 175 del código contencioso administrativo- tienen efectos erga omnes, mientras que en general las sentencias judiciales sólo tienen efectos inter partes. Las diferencias estriban en el hecho de que mientras la jurisprudencia de los jueces y tribunales no constituyen un precedente obligatorio, salvo lo establecido en el artículo 158 del código contencioso administrativo (reproducción del acto suspendido). Tales providencias sólo tienen un carácter de criterio auxiliar -art. 230 CP-, para los futuros casos similares, la jurisprudencia constitucional tiene fuerza de cosa juzgada constitucional -art. 243 CP-, de suerte que obliga hacia el futuro para efectos de la expedición o su aplicación ulterior. Así lo había establecido la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de Justicia, cuando afirmó lo siguiente: No hay duda de que en el proceso constitucional que se sigue ante la Corte Suprema de Justicia, rige y existe la institución de la COSA JUZGADA que le da firmeza a las decisiones que adopte... Pero en el proceso constitucional dicho instituto no está rigurosamente asentado en la triple identidad que lo caracteriza en el proceso civil, ya que la indole propia que lo distingue de los demás procesos establece matices o modalidades a dichos ingredientes, o los excluye como presupuestos de dicha institución. Con respecto a la IDENTIDAD DE PARTES, requisito fundamental de la cosa juzgada en el proceso civil, en el constitucional no se da pues en él no se presenta enfrentamiento entre litigantes con intereses contrapuestos, y ni siquiera el Estado autor de la norma general que se acusa, asume esta posición por conducto del Procurador General de la Nación ya que la intervención de éste en dicho proceso, se impone en guarda y prevalencia del ordenamiento constitucional. Por ello en la revisión oficiosa de constitucionalidad de los decretos legislativos que el Presidente de la República dicta con fundamento en las facultades de los artículos 121 y 122 de la Constitución, y en la de los proyectos de ley objetados de inconstitucionalidad por el gobierno, el proceso nace y se adelanta sin que medie demanda o solicitud de parte. Cuanto a la identidad de la *causa petendi* (*eadem causa petendi*) debe tenerse en cuenta que el juez de la constitucionalidad no está limitado a examinar la norma acusada que (sic) sólo a través de los motivos que haya aducido el demandante, ya que la Corte debe confrontar el acto acusado con la norma fundamental no solo por las razones que presente el actor, sino a la luz de todos los textos constitucionales y por todas las posibles causas de inconstitucionalidad que exista, a fin de que la decisión final produzca efectos absolutos y erga omnes respecto de los textos acusados... Así las cosas, tienen diferente fuerza jurídica, por disposición de la Constitución, la jurisprudencia constitucional y el resto de la jurisprudencia del país (Sentencia C-104, 1993).

derecho a la igualdad en la administración de justicia, la confianza legítima y la seguridad jurídica que depositan los ciudadanos en los jueces. En tal sentido, los jueces no podrán apartarse de la doctrina fijada por la Corte de forma caprichosa, omitiendo el deber constitucional de brindar seguridad jurídica (Sentencia C-836, 2001)<sup>8</sup>.

En otro orden de ideas, considera el profesor Carlos Bernal Pulido:

Las reglas que determinan la vinculación y la aplicación del precedente judicial en Colombia han sido sobre todo una creación jurisprudencial. Ellas se refieren en lo esencial a tres grandes aspectos: la interpretación del artículo 230 de la Constitución, la identificación de los precedentes y la posibilidad de inaplicar y modificar los precedentes.

Así las cosas, contrario a la exigencia para constituir doctrina probable en el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, en donde se requiere tres decisiones uniformes sobre un mismo punto de derecho; la Corte Constitucional ha establecido que una sola sentencia constitucional puede servir de precedente jurisprudencial, dado que no toda la Sentencia *per se* constituye precedente, la fuente de dicha figura radica en la *ratio decidendi* (Iturralde)<sup>9</sup>, razón por la cual se

hace necesario distinguir entre ->*decisum*>, «*obiter dicta*» y «*ratio decidendi*»-. Dicha distinción la encontramos en la Sentencia de Unificación SU-1300 del 6 de diciembre 2001 de la Corte Constitucional:

En la construcción de la teoría de la obligatoriedad de los precedentes judiciales, la Corte Constitucional ha usado los conceptos de *Decisum*, *ratio decidendi*, y *obiter dicta*, para determinar qué partes de la decisión judicial constituyen fuente formal de derecho. El *decisum*, la resolución concreta del caso, la determinación de si la norma debe salir o no del ordenamiento jurídico en materia constitucional, tiene efectos erga omnes y fuerza vinculante para todos los operadores jurídicos. La *ratio decidendi*, entendida como la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica, también tiene fuerza vinculante general. Los *obiter dicta* o «dichos de paso», no tienen poder vinculante, sino una «fuerza persuasiva» que depende del prestigio y jerarquía del Tribunal, y constituyen criterio auxiliar de interpretación.

8 La fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular (Sentencia C-836, 2001).

9 El precedente, conforme lo anterior, se le tiene bajo la construcción jurídica del sistema de common law, como una fuerte forma de creación del Derecho, diferente de la ley, y originada en las decisiones judiciales, específicamente en las razones que le sirvieron de sustento a la misma - *ratio decidendi*-, esto es, en la solución jurídica a una situación fáctica específica, la cual, por efectos de la evolución del sistema, pasa a convertirse en un antecedente vinculante en una especie de paradigma de solución frente a casos similares o semejantes que puedan ocurrir con posterioridad - *stare decisis*-, configurando de esta manera, dentro del ordenamiento jurídico, una clara regla o norma de contenido jurídico, demarcando un principio o definiendo un concepto adecuado y propio en materia jurídica (Iturralde).

En el mismo sentido, en la sentencia C-037 de 1996 la Corte admitió que «tendrían fuerza vinculante los conceptos consignados en la parte motiva que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutive de las sentencias y que incida directamente en ella.

(...)

En la sentencia que se viene siguiendo, se precisa que «en realidad son los jueces posteriores, o el mismo juez en casos ulteriores, quienes precisan el verdadero alcance de la *ratio decidendi* de un asunto, de suerte que la doctrina vinculante de un precedente ‘puede no ser la *ratio decidendi* que el juez que decidió el caso hubiera escogido sino aquella que es aprobada por los jueces posteriores’». El juez que decide el caso no puede caprichosamente atribuir el papel de *ratio decidendi* a cualquier principio o regla sino que únicamente tienen tal carácter aquellas consideraciones normativas que sean realmente la razón necesaria para decidir el asunto. (SU-1300, 2001).

Así las cosas, el precedente jurisprudencial constitucional tiene su centro de atención en una parte de la

providencia, en la *ratio decidendi*, la razón en la que se fundamenta la decisión adoptada por el Juez Constitucional, y que sirve de fundamento jurídico para resolver casos análogos, en tal sentido la *ratio decidendi* es una construcción jurídica acorde a la Constitución que fija el sentido de la norma constitucional según el problema jurídico plantado, correspondiéndole al juez que va aplicarla una sentencia determinar qué considera como *ratio decidendi*, para lo cual deberá examinar a su vez las demás sentencias que se vinculan dentro de la providencia para resolver el problema jurídico que se ha planteado para el caso a decidir.

### 1.3. LA UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

En materia Contenciosa Administrativa la Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contempla en el Artículo 10 el deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia, según el cual:

Artículo 10: Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

Disposición que fue declarada constitucionalmente exequible por la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-634 del 24 de agosto de 2011, Magistrado

Ponente Dr. Luis Ernesto Vargas Silva, en el entendido que:

[L]as autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad.

De este artículo se vislumbra que el legislador ha dotado a la jurisprudencia del carácter de fuente formal de derecho, en tal sentido ha expresado la Corte Constitucional en la sentencia en mención que:

[E]l Derecho no es una aplicación mecánica de consecuencias jurídicas previstas en preceptos generales, como lo aspiraba la práctica jurídica de inicios del siglo XIX, marcada por el concepto del Código, sino una práctica argumentativa racional. Además, este último argumento permite hacer compatible la actividad creadora de derecho por parte de los jueces con el principio democrático. En efecto, en las sociedades contemporáneas, merced la complejidad de las relaciones entre sus agentes, es imposible que las asambleas representativas puedan configurar preceptos que solucionen, de manera

específica, todos los casos posibles. Por ende, es inevitable (y como se verá más adelante incluso necesario y valioso) que los jueces conserven la competencia para la definición concreta del derecho, a partir de reglas de origen judicial, creadas a partir de las disposiciones aprobadas por el legislador. (Sentencia C-634 , 2011)

Es de anotar que la figura de unificación jurisprudencial que pretende el Legislador adoptar en materia contenciosa administrativa hasta ahora ha comenzado su proceso de aplicación y puesta en práctica, por lo tanto, aún no se tienen resultados de su efectividad y eficacia, sin embargo, la finalidad que se persigue con la misma vislumbra un escenario en el que se insita a las autoridades a adoptar la jurisprudencia, y no solo la Ley, como fuente de derecho y por ende como regla vinculante a la hora de resolver casos sometidos a su estudio, lo que conlleva a la igualdad, la seguridad jurídica y la confianza de los administrados en las entidades pública.

## **2. DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA DE LOS COMITÉS DE CONCILIACIÓN DE LAS ENTIDADES DE DERECHO PÚBLICO**

### **2.1. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA**

La Discrecionalidad Administrativa es una figura propia de la Administración Pública, entendiéndose ésta última, en forma general y abstracta como una forma de organización, diseñada y estructurada para el ejercicio de la función pública y la gestión del Estado en la consecución de sus fines y de la satisfacción del interés general. Dado el fin de la Administración Pública, sus actuaciones están regidas por

actos reglados y actos discrecionales, tendientes a la legalidad y el interés general.

Por competencia reglada, se entiende «aquél sometimiento por parte de la Administración a actuar en un sentido determinado, sin posibilidad de apreciación o de escogencia» (Morand -Deviller, 2010). En tal sentido HUGO MARIN, respecto a los actos reglados expresa: «la Administración se ve limitada a constatar la ocurrencia de las circunstancias que configuran el supuesto de hecho normativo para aplicar la correspondiente consecuencia jurídica -ésta y aquél detalladamente fijados por el precepto en cuestión, que no deja espacio alguna a la más mínima valoración subjetiva» (Marín Hernández, 2007)

Ahora bien, en tanto a la Discrecionalidad Administrativa, entiende MORAND -DEVILLER, que «hay poder discrecional cuando la administración dispone de cierta libertad de acción -actuar o no actuar-, y de decisión -escogencia entre varias soluciones legales-. En una competencia modulable, graduada, según «escala de discrecionalidad» (Morand -Deviller, 2010). Por su parte, HUGO MARIN, señala que:

[C]uando estamos en presencia de facultades discrecionales la autoridad administrativa se encuentra frente a disposiciones que le confieren esa mayor o menor libertad de juicio y decisión, habida cuenta que alguno de los elementos integrantes de la norma jurídica que aplica (de acuerdo con su estructura clásica (...), supuesto de hecho y consecuencia jurídica) no ha sido agotadora y plenamente contemplado por el legislador. (Marín Hernández, 2007)

Por consiguiente, tenemos que la discrecionalidad administrativa es aquella

potestad que goza la Administración para tomar decisiones en aquellos espacios que la Ley no ha regulado total o parcialmente. Al ser un principio general de nuestro ordenamiento jurídico, el de la legalidad, es la misma Ley la que otorga las potestades discrecionales a la Administración, la que abre la puerta para que la Administración de forma autónoma adopte determinada decisión en un caso concreto, estableciendo su límite en la misma legalidad y en el interés general. Es por ello que la discrecionalidad administrativa no debe entenderse como potestad absoluta, porque se confundiría con arbitrariedad, al contrario, debe entenderse, como la potestad que se otorga a la Administración para que sea ésta quien determine en cada caso concreto cómo ejecutará la norma que la habilita a tomar una decisión en la que pondere el interés público o colectivos, con los interés y derechos individuales, bajo la primacía de la legalidad.

En tal sentido, cuando la Administración goza de potestad discrecional, tiene la tarea de analizar en cada caso específico, cuál es el interés general que se persigue, o qué intereses se verían afectados con la decisión a adoptar. Es de aclarar, que la facultad de la Administración, en cada caso en particular donde goza de discrecionalidad administrativa, es la de ponderar cuál es la mejor solución ante los hechos e interés comprometidos para la satisfacción del interés público, el cual no lo determina la Administración, sino que está previamente definido y fijado por los órganos de dirección política, en nuestro caso el Congreso como poder legislativo, y el Gobierno por ser quien determina los lineamientos políticos a seguir por la Administración. Concluyendo, la discrecionalidad es la facultad de elegir cuál es la solución más acorde a la satisfacción del interés general o público, siendo éste el componente máximo de la discrecionalidad.

Finalmente, traemos a colación el concepto de Discrecionalidad Administrativa desarrollado por HUGO MARIN, quien la define como:

[E]l margen de relativa libertad discrecional que el ordenamiento jurídico confiere a la Administración para apreciar o integrar el interés público en el caso concreto, margen que se deriva de la expresa atribución normativa que de él se hace, o de la escasa densidad o la imprecisión de las disposiciones que regulan la actividad administrativa, y que se traduce en la posibilidad de completar el supuesto de hecho imperfecto, incompleto o inacabado de la norma que atribuye la facultad, estableciendo los criterios objetivos -aun de componente extrajurídicos- en que se basa la decisión mediante la cual se procura la máxima satisfacción posible del mencionado interés público a efectivizar en cada supuesto específico. (Marín Hernández, 2007)

Así las cosas, la discrecionalidad administrativa encuentra su fundamento en la libertad que otorga la Ley a la Administración, de ser autónoma en la toma de decisiones, frente aquellos supuestos de hecho en los que la Ley no ha establecido o fijado norma jurídica sobre cómo debe resolverse el mismo. Lo anterior da cabida a examinar esa potestad

discrecional en los caso de conciliación en los que son convocados la entidades de derecho publico, pues si bien la Ley da la potestad a los Comités de Conciliación de fijar políticas para la defensa judicial de las entidades publicas a las cuales están adscritas, es necesario revisar y por ende integrar la norma que otorga esta discrecionalidad con el resto del ordenamiento jurídico con el fin de determinar los límites de la misma, y en especial la injerencia del precedente jurisprudencial en dichos límites y en la satisfacción del interés tanto particular como general de los Administrados de que las actuaciones de la Administración se ciñan al ordenamiento jurídico en su conjunto.

## **2.2. LA FACULTAD DE CONCILIAR O NO CONCILIAR COMO POTESTAD DISCRECIONAL DE LOS COMITÉS PARA LA DEFENSA JUDICIAL DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS**

La conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos ha sido reglada por el legislador, quien ha dispuesto como obligación la creación de Comités de Conciliación para la Defensa Judicial en algunas entidades de derecho público (Presidencia de la República, 2009)<sup>10</sup>, tales como, los organismos públicos del orden nacional, departamental, distrital, los municipios que sean capital de departamento y los entes descentralizados de estos mismos niveles. En tal sentido, ha puesto en cabeza de los Comités de Conciliación, entre otras funciones, la potestad de decidir en cada caso particular, en la que es convocado la entidad a conciliar, la decisión de conciliar o no conciliar.

<sup>10</sup> Artículo 15. Campo de aplicación. Las normas sobre comités de conciliación contenidas en el presente capítulo son de obligatorio cumplimiento para las entidades de derecho público, los organismos públicos del orden nacional, departamental, distrital, los municipios que sean capital de departamento y los entes descentralizados de estos mismos niveles. Estos entes pondrán en funcionamiento los comités de conciliación, de acuerdo con las reglas que se establecen en el presente decreto. Parágrafo único. Las entidades de derecho público de los demás órdenes podrán conformar comités de conciliación. De hacerlo se registrarán por lo dispuesto en el presente decreto. (Presidencia de la República, 2009)

Pero, ¿qué es la conciliación extrajudicial en lo contencioso administrativo? Como lo hemos mencionado, la conciliación es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, un instrumento de autocomposición, que sirve como medida preventiva y de solución directa entre las partes de sus controversias, sin necesidad de acudir a la vía procesal. En este caso, las partes de la conciliación contenciosa administrativa son, el convocante o los convocantes, sean personas naturales o jurídicas de derecho privado o público, y el convocado o convocados, personas de derecho público o personas privadas que ejercen funciones públicas.

Dado a que las partes convocadas representan al Estado y por ende el interés general, la conciliación extrajudicial contenciosa administrativa goza de un tratamiento especial. En primera medida, es obligatoria como requisito de procedibilidad, cuando las pretensiones objeto a reconocimiento, giren en torno a la nulidad y restablecimiento de derecho, la reparación directa o sobre controversias contractuales. Segundo, el Ministerio Público en cabeza de los procuradores judiciales, son los únicos que tienen la facultad para actuar como conciliadores extrajudiciales, teniendo la tarea de dirigir la conciliación y velar para que las decisiones adoptadas por las partes sean acordes a derecho y no vayan en detrimento del Estado, la legalidad y el interés general. Tercero, el acuerdo conciliatorio siempre requiere la aprobación judicial, siendo el juez de lo contencioso administrativo el encargado de revisar la legalidad de lo conciliación y la no vulneración del patrimonio público. De lo anterior se contempla que la conciliación extrajudicial administrativa goza de tal importancia que para su firmeza requiere de la procuraduría como conciliador, y de la aprobación judicial, razón por la cual, cuando las partes llegan a un acuerdo durante la conciliación y la misma es

aprobada por la justicia administrativa, tal acuerdo goza de control de legalidad y por tanto se presume legal.

Abordado en forma general la finalidad de la conciliación extrajudicial contenciosa administrativa, entremos a revisar qué son los Comités de Conciliación para la Defensa Judicial de las entidades públicas, cuáles son sus funciones y cómo opera la discrecionalidad administrativa en sus decisiones.

Como ya se ha indicado, los Comités de Conciliación para la Defensa Judicial de una Entidad Pública, son instancias administrativas, encargadas de estudiar, analizar y formular políticas para la prevención del daño antijurídico y la defensa de los intereses de la entidad; igualmente, tienen la tarea de decidir en cada caso particular, sobre la procedencia de conciliar o no conciliar, con sujeción estricta a las normas jurídicas sustantivas, procedimentales y de control vigentes, según lo dispone el artículo 16 del Decreto 1716 de 2009, norma que establece en el artículo 19 las funciones de los Comités de Conciliación, entre las cuales se encuentran:

1. Formular y ejecutar políticas de prevención del daño antijurídico.
2. Diseñar las políticas generales que orientarán la defensa de los intereses de la entidad.
3. Estudiar y evaluar los procesos que cursen o hayan cursado en contra del ente, para determinar las causas generadoras de los conflictos; el índice de condenas; los tipos de daño por los cuales resulta demandado o condenado; y las deficiencias en las actuaciones administrativas de las entidades, así como las deficiencias de las actuaciones procesales por parte de los

apoderados, con el objeto de proponer correctivos. 4. Fijar directrices institucionales para la aplicación de los mecanismos de arreglo directo, tales como la transacción y la conciliación, sin perjuicio de su estudio y decisión en cada caso concreto. 5. Determinar, en cada caso, la procedencia o improcedencia de la conciliación y señalar la posición institucional que fije los parámetros dentro de los cuales el representante legal o el apoderado actuará en las audiencias de conciliación. Para tal efecto, el Comité de Conciliación deberá analizar las pautas jurisprudenciales consolidadas, de manera que se concilie en aquellos casos donde exista identidad de supuestos con la jurisprudencia reiterada. (...). (Presidencia de la República, 2009)

De las funciones esbozadas, se contempla la de «Determinar, en cada caso, la procedencia o improcedencia de la conciliación y señalar la posición institucional que fije los parámetros para actuar en las audiencias de conciliación» (Presidencia de la República, 2009). De donde se observa claramente la potestad discrecional que la Ley ha instaurado en las entidades de derecho público a través de sus comités de conciliación, dado que otorga una libertad de actuación facultada por la Ley (determinar procedencia o improcedencia de conciliar), y como tal, dicha facultad está reglada y limitada por la misma Ley al disponer que sus actuaciones deben estar sometidas a las

normas sustanciales, procedimentales y a las pautas jurisprudenciales. Siendo esto un claro ejemplo de que todas las competencias de la administración son regladas, pero no en absoluto, dado que es la misma norma la que otorga a la administración la potestad discrecional para decidir su actuación en determinado momento.

Aunado a lo anterior, en cuanto a la competencia reglada y poder discrecional, es válido traer a colación al profesor francés Georges Vedel, quien al respecto considera:

Son como mínimo tres los aspectos en los cuales toda decisión administrativa está reglada: el primero, la *competencia* del órgano actuante, siempre prefijada por la ley, que de forma imperativa establece las atribuciones de cada agente administrativo; el segundo, los *motivos*, vale decir, los presupuestos fácticos y jurídicos que sustentan la decisión, que deben ser siempre «*material y jurídicamente exactos*», aun cuando la administración disponga de discrecionalidad para apreciar las consecuencias que se derivan de los mismos; y el tercero, el *fin* perseguido, que debe ser siempre de interés público. Además de estas tres reglas, que son constantes, la discrecionalidad de la Administración puede hallarse más o menos reducida por las leyes y reglamentos que regulen el ámbito de su actividad» (Geroges, 1980)<sup>11</sup>.

11 Vedel, Georges, Derecho administrativo, J. Rincón Jurado (trad. De la 6ª ed.), Madrid, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1980, p. 264. Citado por: Marín Hernández, Hugo. (2007) *Discrecionalidad administrativa*, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia.

Desglosemos el concepto de VEDEL en cuanto a los Comités de Conciliación para la Defensa Judicial de las entidades públicas y el tema tratante. En primera medida, la *competencia* de los Comités es reglada, el Decreto 1716 de 2009 regula en el Capítulo II lo concerniente a los Comités, sus funciones, su conformación e integración en pro de la prevención del daño antijurídico y la defensa de los intereses de la entidad. Como instancia administrativa que tiene a su cargo la gerencia jurídica de la entidad a la cual se encuentra adscrita, los *motivos* bajo los cuales sustenta sus decisiones deben ser conforme a derecho, en tal sentido, la decisiones que tomen en cada caso sometido a su análisis sobre la procedencia de conciliar o no conciliar, no puede ser arbitraria ni jurídicamente inviable, dado que la discrecionalidad de la que gozan, no es absoluta, *contrario sensu*, es limitada por las normas y la jurisprudencia aplicables al caso. Lo anterior es derivado del *fin* que se persigue con la conformación de dichos Comités en las entidades de derecho público, ya que como instancia administrativa encargada de la defensa judicial de la entidad debe velar por la salvaguarda del interés general, del patrimonio público y de los intereses de la entidad, además, deben tener presente la finalidad de la conciliación prejudicial que como mecanismo alternativo de solución de conflicto, busca evitar el desgaste judicial y en tiempo de la entidad en aquellos casos que por su naturaleza fáctica y jurídica pudieran ser conciliados y no llevados a una instancia judicial.

### **3. EL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL COMO FUENTE DE DERECHO Y LIMITANTE DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA DE LOS COMITÉS DE CONCILIACIÓN PARA LA DEFENSA JUDICIAL DE LAS ENTIDADES DE DERECHO PÚBLICO**

#### **3.1. DE LOS LÍMITES DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA**

Como se ha mencionado, la discrecionalidad administrativa no puede confundirse con el absolutismo del poder ni el desconocimiento del orden jurídico, político y social de un Estado, en este sentido, la discrecionalidad administrativa goza de unos límites y de unos medios de control, tendientes a evitar el abuso del poder.

##### **3.1.1. LEGALIDAD COMO LÍMITE DE LA DESVIACIÓN DE PODER: EL CONTROL DE ELEMENTOS REGLADOS.**

El primer límite a la desviación del poder de la Administración lo encontramos en la misma facultad que otorgó dicha potestad discrecional. En un Estado social de derecho como el nuestro, donde el poder radica en el pueblo y la soberanía popular es trasladada a través de la democracia representativa al poder legislativo, es ésta quien determina por medio de las normas y leyes los fines esenciales del Estado, el interés general y establece las pautas para el cumplimiento de los mismo, fijando así, el límite por medio del cual debe circundar la Administración. De tal forma, que si el órgano legislador otorga a la Administración cierta libertad de decisión, sus actuaciones no deben ser ajenas a los lineamientos fijados por dicho órgano, dado que las mismas deben conllevar al cumplimiento de los fines e intereses generales establecidos, evitando caer en la desviación del poder.

Por desviación de poder entiende el Consejo de Estado:

[L]a desviación de poder, es el vicio que afecta la finalidad del acto administrativo, bajo el entendido que el fin que el acto persigue configura un requisito que hace a su legalidad y que debe hallarse en el marco de la función administrativa y del ordenamiento jurídico; de manera pues, que este vicio se reconoce, cuando se está ante la presencia de una intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa a nombre de la Administración, en la búsqueda de un fin opuesto a las normas a las que debe someterse. (Sentencia N° 85001-23-31-000-2004-01989-02 , 2011)

Además de lo anterior, la legalidad, se convierte así en un límite a la discrecionalidad administrativa, a la desviación del poder autoritario no devengado de la soberanía popular, sino de un interés particular, conllevando lo anterior a la igualdad y a la seguridad jurídica. Y, aunque en algunos casos, sea tan grande o amplio el margen de libertad que el legislador ha entregado a la Administración, no estableciendo en norma expresa los límites a dicha facultad, debe entenderse el ordenamiento jurídico como un todo, conectándose así con los principios generales de derecho, los derechos fundamentales, el interés general, los fines del Estado e incluso a los tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por el Estado. Es de recordar, que la discrecionalidad administrativa permite a las autoridades una pluralidad de soluciones justas, las cuales deben dirigirse siempre a la consecución del fin determinado que ha establecido el

legislador a través de la norma que atribuye dicha potestad.

### **3.1.2. EL CONTROL DE LOS HECHOS DETERMINANTES.**

La autoridad administrativa a la cual la norma, le ha otorgado potestad discrecional sobre determinado asunto, lo primero que debe revisar para hacer uso de la misma, es el hecho sometido a su conocimiento, el supuesto fáctico de la norma de cuya aplicación se trata; en segundo lugar, debe realizar una subsunción de esa realidad en la norma desencadenando una consecuencia jurídica originada de las múltiples posibilidades legales de elección que tiene. En tal sentido, el fundamento factico ineludiblemente no puede variar, ni tiene posibilidades de elección por parte de la administración, es una y solamente una, lo que puede variar es la interpretación y valoración que la administración realice sobre dicha realidad para subsumirla dentro de la normatividad que considere pertinente.

Es decir, la discrecionalidad administrativa radica en la subsunción o la correspondencia que realice la Administración entre el supuesto de hecho y el fundamento normativo para tomar una decisión, y el control a tal potestad radica en que el hecho es el que es, no pudiéndose modificar, control que se diferencia a la interpretación que del hecho haga la Administración.

### **3.1.3. CONTROL BASADO EN LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.**

Aunado al principio de legalidad, se encuentra el control a la discrecionalidad administrativa basado en los Principios generales del derecho, los cuales orientan la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico. La Constitución Política en su artículo 230 los establece

como criterios auxiliares de la actividad judicial, en tal sentido, ante la ausencia de la Ley como supuesto *máximum* de límite a la discrecionalidad, la Administración debe tener en cuenta los Principios generales del derecho, entre los cuales se encuentran la objetividad e imparcialidad, la confianza legítima e igualdad, entre otros, siendo estos los que nos interesan en el presente estudio.

### **3.1.3.1. CONTROL BASADO EN LA OBJETIVIDAD E IMPARCIALIDAD.**

El control basado en la objetividad e imparcialidad es el denominado como «deber de una buena administración», la imparcialidad va cobijada como deber propiamente del funcionario público, mientras que la objetividad, de la Administración como tal. La imparcialidad conduce a que los funcionarios públicos en una situación fáctica determinada valoren los hechos y, por ende, la norma aplicable a los mismos, y la consecuencia de dicha valoración, sin tener en cuenta los sujetos inmersos en los fundamentos fácticos, evitando la peticionamiento de la Administración y el tratamiento desigual o favorable a personas determinadas por sus condiciones de amistad o enemistad, preferencias políticas o personales, siendo por tanto, la imparcialidad una consecuencia de la igualdad de trato ante la Ley, el motivo que conlleva a la toma de una decisión, cual quiera que sea, de una autoridad administrativa, debe estar circunscrito a la Ley, y no al interés particular.

Por su parte, la objetividad hace relación a la valoración que la Administración realiza sobre todos los puntos en juego, positivos o negativos, que puedan llegar afectar tanto el interés general como el interés público en un caso determinado. Así las cosas, la Administración antes de tomar una decisión, debe valorar todas las

circunstancias jurídicas, políticas, económicas, sociales, ambientales que puedan llegar afectar, realizando una ponderación sobre los mismos para llegar a la toma de una decisión.

Lo anterior, conduce al deber de buen gobierno, el que cataloga el profesor HUGO MARÍN como:

[E]l correcto ejercicio de la función administrativa que se concreta en la detallada y cuidadosa investigación de las circunstancias de hecho del caso sometido a examen, en la disposición de los mecanismos que posibiliten la participación real y efectiva de todos los ciudadanos interesados en el mismo a fin de que aporten nuevos y distintos elementos de juicio que ilustren el que haya de ser adoptado como criterio decisorio, igualmente, en la racional y razonable ponderación de los diferentes derechos, interés y principios jurídicos implicados, todo lo cual habrá de redundar en un incremento no sólo de la calidad de las decisiones administrativas discrecionales en cuenta seguramente menos pasibles de contravenir el ordenamiento, sino también de su legitimidad y de su idoneidad para servir de forma adecuada y oportuna a los intereses generales.» (Marín Hernández, 2007)

### **3.1.3.2. CONTROL BASADO EN EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y EN LA CONFIANZA LEGÍTIMA.**

La igualdad como principio general de derecho y derecho fundamental esta orientada a la consecución de igualdad de

trato, condiciones y oportunidades para las personas, no imponiendo cargas o perjuicios a una u otra en forma injustificada. En tal sentido, la Constitución Política reza en su artículo 209, que la función administrativa está al servicio del interés general y debe desarrollarse con fundamento, entre otros, al principio de igualdad. Es por ello que la Administración al hacer uso de una facultad discrecional debe ponderar que situaciones fácticas similares sean tratadas de la misma forma, sin discriminación alguna por factores políticos, económicos, religiosos, personales, entre otros. Igualdad que va de la mano del principio de confianza legítima, que es la expectativa legítima, basado en el principio de buena fe, que tiene el administrado en la Administración de que su caso, que es fáctica y jurídicamente similar o análogo a otro ya fallado y conocido por la misma, sea tratado de manera igual, prohibiendo dicho principio a la Administración ir en contra de su acto propio, generando así seguridad jurídica entre los administrados e igualdad de trato.

### **3.2. EL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL COMO LÍMITE DE LA POTESTAD DISCRECIONAL DE LOS COMITÉS DE CONCILIACIÓN**

Una vez revisado a groso modo algunos de los límites a la discrecionalidad administrativa, revisemos si el precedente jurisprudencial puede ser entendido como límite a la potestad discrecional de los Comités de Conciliación de las Entidades de Derecho Público. En un primer contexto, según lo revisado anteriormente, bajo la primacía de la legalidad, la función de analizar las pautas jurisprudenciales por parte de los Comités de Conciliación en aquellos casos donde exista identidad de supuestos con la jurisprudencia reiterada, y que la jurisprudencia es reconocida como fuente formal de derecho, se puede colegir que el precedente jurisprudencial es un límite a la potestad discrecional que goza

los Comités de Conciliación al decidir en cada caso concreto sometido a conciliación, el conciliar o no conciliar, y para fijar las pautas para el desarrollo de las audiencias de conciliación y los lineamientos a seguir en casos fácticos y jurídicos similares en los que son llamados a conciliar la entidad que representan.

Debe tenerse en cuenta la distinción realizada por la Corte Constitucional entre precedente constitucional y el precedente fijado por el Consejo de Estado como máximo órgano de lo contencioso administrativo. Por tanto, ha de traerse a colación que tres decisiones uniformes adoptadas por el Consejo de Estado sobre un mismo punto de derecho constituyen doctrina probable, es decir, que el precedente en lo Contencioso Administrativo gira en torno a la Cosa Juzgada, mientras que en la Corte Constitucional, su fundamento se encuentra en la *ratio decidendi*, más no en la jurisprudencia en su totalidad. En dicho sentido, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo ha consagrado la figura de unificación jurisprudencial, como límite a la discrecionalidad de la Administración, quien debe tener en cuenta, al momento de tomar decisiones, las Sentencias de Unificación del Consejo de Estado y las de la Corte Constitucional.

Por sentencias de unificación establece el CPACA en su artículo 270 que se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por:

- Importancia jurídica.
- Trascendencia económica o social.
- Necesidad de unificar o sentar jurisprudencia.
- Las proferidas al decidir los recursos extraordinarios

- Las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.

Por otro lado, otra de las figuras novedosas del CPACA en su artículo 102, y que nos ayuda a confirmar la tesis que estamos abordando, es la extensión de la Jurisprudencia del Consejo de Estado a tercero por parte de las autoridades, según la cual: «Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.»

En este punto, examinemos la legalidad de las decisiones adoptadas por los Comités de Conciliación frente a determinado caso sometido a conciliación. Los actos de la Administración que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas generales o particulares y concretas, son actos administrativos posibles de control de legalidad. (Sentencia No. 25000-23-27-000-2007-00251-01, 2012)<sup>12</sup> Por ende, las Actas de los Comités de Conciliación constituyen actos administrativos sometidos al control de legalidad, dado que es a través de dichas Actas que los Comités materializan la decisión de conciliar o no conciliar que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas.

Por consiguiente, los Comités de Conciliación para la Defensa Judicial de las Entidades de Derecho Público cuando sometan a su estudio un caso concreto de conciliación, aunque gocen de potestad discrecional para decidir sobre la procedencia o no de conciliar, debe basar su decisión en un juicio de imparcialidad y

objetividad, ponderando la situación jurídica y fáctica en estudio, con las normas que la regulen, aplicando las sentencias de unificación que el Consejo de Estado haya expedido sobre el tema, aplicando así, la extensión de la jurisprudencia contenciosa administrativa, al igual, debe adoptar las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución del asunto tratante, y las de carácter obligatorio *erga omnes*.

De tal forma que, el desconocimiento por parte de los Comités de Conciliación para la Defensa Judicial de las Entidades de Derecho Público de los precedentes jurisprudenciales constitucionales y contenciosos administrativos, conllevan a que sus actuaciones, plasmadas a través de Actas, se configure como una conducta caprichosa de la Administración, que desconoce el principio de legalidad, la jurisprudencia como fuente formal de derecho, la seguridad jurídica, la igualdad ante la Ley, la confianza legítima, e incluso, conducen al detrimento patrimonial de la entidad que defienden, omitiendo así el cumplimiento de sus funciones como lo es la prevención del daño antijurídico, la defensa de los interés de la entidad y la lesión al patrimonio público.

## RESULTADO DE LA INVESTIGACIÓN

Teniendo en cuenta la bibliografía, jurisprudencia, normas y demás material de investigación consultado, y el desarrollo dado al tema central de investigación, el resultado de la misma, nos conduce a determinar que desde un punto de vista sistemático jurídico, no se puede entender que la discrecionalidad administrativa que

12 La Sala reitera que aquéllos actos de la administración que crean, modifican o extinguen tanto situaciones jurídicas generales como situaciones jurídicas particulares o concretas son actos administrativos posibles de control de legalidad. También reitera que, independientemente de la forma del instrumento o mecanismo que use la Administración (resoluciones, oficios, circulares, instrucciones, etc.) para materializar las decisiones que toma, si tales instrumentos o mecanismos contienen la voluntad de crear, modificar o extinguir la situación jurídica general o particular y concreta son actos administrativos posibles de control judicial. En el caso concreto se discute si son actos administrativos las actas de los comités de conciliación judicial y los oficios que comunican esa decisión. (Sentencia No. 25000-23-27-000-2007-00251-01, 2012)

gozan los Comités de Conciliación de las Entidades de Derecho Público para fijar la política de defensa judicial de la entidad y por ende para decidir en cada caso en particular en los que son llamados a conciliar, la procedencia de la misma, que la entidad pueda apartarse de los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso a resolver, dado que el criterio interpretativo de los jueces plasmado a través de las providencias judiciales ha tomado tal fuerza que ha pasado de ser un criterio auxiliar de justicia ha convertirse en una fuente de derecho encaminada, no sólo a orientar la interpretación de un Juez frente a los hechos facticos y jurídicos sometidos a estudio, sino también, a guiar a la Administración en la resolución de situaciones jurídicas puestas a su conocimiento, siendo un ejemplo de esto, la figura de extensión de la jurisprudencia en torno a las Sentencias de Unificación del Consejo de Estado y las de constitucionalidad expedida por la Corte constitucional, figura incorporada por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

## CONCLUSIONES

Del análisis realizado puede darse respuesta al interrogante planteado «¿*Basados en la discrecionalidad administrativa pueden los Comités de Conciliación para la Defensa Judicial de las entidades de derecho público apartarse de los precedentes jurisprudenciales frente a situaciones fácticas y jurídicas similares al momento de tomar una decisión de conciliar o no conciliar?*», de la siguiente manera:

La facultad discrecional que gozan los Comités de Conciliación para la Defensa Judicial de las Entidades de Derecho Público, no es absoluta, la misma norma que otorga tal potestad, contempla a su vez los limitantes a la misma.

La jurisprudencia es una fuente formal de derecho, el legislador a través del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ha querido instituir la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado como precedente jurisprudencial, al establecer que la Administración en la toma de sus decisiones, debe observar y acatar las sentencias de unificación expedidas por tal órgano sobre situaciones fácticas y jurídicas similares.

Los Comités de Conciliación para la Defensa Judicial de las Entidades de Derecho Público no pueden apartarse del precedente jurisprudencial tanto Contencioso Administrativo como Constitucional, al momento de tomar una decisión sobre conciliar o no conciliar un caso determinado, dado que estarían incurriendo en ilegalidad, abuso de poder y desconociendo el límite de su potestad y las funciones como entidad encargada de la defensa judicial de la entidad a la cual pertenecen.

Debe entenderse sistemáticamente la potestad discrecional de los Comités de Conciliación para la Defensa Judicial de las Entidades de Derecho Público con la figura de extensión de la jurisprudencia.

## REFERENCIAS

Sentencia C-104, D-164 (Corte Constitucional 11 de marzo de 1993).

Sentencia C-836, D-3374 (Corte Constitucional 9 de agosto de 2001).

SU-1300, T-463299 (Corte Constitucional 06 de diciembre de 2001).

Sentencia C-634, D-8413 (Corte Constitucional 24 de agosto de 2011).

Sentencia N° 85001-23-31-000-2004-01989-02, 0730-08 (Consejo de Estado 27 de enero de 2011).

Sentencia No. 25000-23-27-000-2007-00251-01, 17927 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta 01 de noviembre de 2012).

Asamblea Constituyente. (1991). Constitución Política de Colombia. *Artículo 230*. Colombia.

Congreso de la República. (22 de enero de 2009). Ley 1285 de 2009. *Por medio de la cual se reformó la Ley 270 de 1996, la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia*. Bogotá, Colombia.

Congreso de la República;. (21 de marzo de 1991). Ley 23 de 1991. *Por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los Despachos Judiciales, y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C., Colombia.

Consejo Nacional Legislativo. (25 de noviembre de 1886). Ley 61 de 1886. *Provisional sobre organización y atribuciones del Poder Judicial y el Ministerio Público y algunos procedimientos especiales*. Bogotá D.C., Colombia.

Geroges, V. ( 1980). *Derecho Administrativo*. Madrid: Biblioteca Jurídica Aguilar.

Iturralde, S. (s.f.). En J. O. Gamboa, *La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del Derecho positivo colombiano* (Vol. Serie derecho administrativo, pág. 24). Bogotá D.C, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Marín Hernández, H. (2007). En *Discrecionalidad Administrativa* (pág. 141). Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Morand -Deviller, J. (2010). En Z. y Rincon Ardila, *Curso de Derecho Administrativo*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Presidencia de la República. (15 de agosto de 1887). Ley 153 de 1887. *Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887*. Bogotá D.C, Colombia.

Presidencia de la República. (14 de mayo de 2009). Decreto 1716 de 2009. *or 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*. Bogotá D.C., Colombia.

Pulido, B. (2008). El Precedente en Colombia. *Revista de derecho del Estado*, 87.