

AUTO DE UNIFICACION JURISPRUDENCIAL - En relación con los parámetros que deben observar las entidades estatales para ejercer su libertad dispositiva en materia de conciliación prejudicial, extrajudicial y judicial / UNIFICACION JURISPRUDENCIAL PARAMETROS PARA CONCILIACION - Porcentajes / UNIFICACION JURISPRUDENCIAL - Al conciliar judicialmente proceso por privación injusta de la libertad / PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Conciliación judicial / CONCILIACION JUDICIAL - Asistencia de las partes en segunda instancia

La parte demandante solicitó convocar a audiencia de conciliación judicial, la cual se celebró inicialmente el día 21 de marzo de 2013 y su aprobación se produjo en una primera oportunidad a través de auto de 2 de mayo del mismo año; sin embargo, al constatarse posteriormente que el aludido acuerdo conciliatorio no reunía uno de los presupuestos legales para su aprobación, comoquiera que no todos los demandantes beneficiarios del arreglo económico se encontraban debidamente representados, esta misma Sala, por medio de auto de 14 de agosto de 2013, dejó sin efectos su propia decisión, contenida en el auto de 2 de mayo de 2013, para cuyo efecto citó de nuevo a las partes para una nueva audiencia de conciliación, con el propósito de subsanar la falta de representación judicial que para ese momento afectaba a buena parte de los actores, audiencia que tuvo lugar el 31 de octubre del 2013 y que ahora es materia del presente pronunciamiento.

PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Conciliación judicial / CONCILIACION JUDICIAL - En acción de reparación directa por privación injusta de la libertad / APROBACION DE ACUERDO CONCILIATORIO - Por juez de segunda instancia / ACUERDO CONCILIATORIO SIN EFECTOS - Declarado posteriormente por Juez de Segunda Instancia por incumplimiento de requisito legal / INCUMPLIMIENTO DE REQUISITO LEGAL DE ACUERDO CONCILIATORIO - Falta de representación legal de actores / NUEVA AUDIENCIA DE CONCILIACION - Subsanado requisito de representación legal

El Tribunal Administrativo del Cesar profirió sentencia el día 7 de abril de 2011 y, mediante la misma, declaró "... administrativamente responsable a la Nación – Fiscalía General de la Nación, de los perjuicios ocasionados a los demandantes, con motivo de la privación injusta de la libertad del señor ÓSCAR MACHADO TORRES, quien fue sindicado del delito de concierto para delinquir". (...) la parte demandada, Fiscalía General de la Nación, interpuso recurso de apelación, el cual fue admitido por esta Corporación (...) Todos los demandantes confirieron en debida forma poder a su nueva mandataria judicial, quien en representación de todos ellos y con facultad expresa para conciliar, participó en la audiencia de conciliación materia de examen en esta decisión.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Debe acreditarse la falla del servicio de la Administración de justicia / PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Responsabilidad objetiva por tratarse de una carga que debe soportar el sindicado hasta que se determinen los hechos que dieron origen al daño antijurídico / TITULO DE IMPUTACION - Responsabilidad objetiva

NOTA DE RELATORIA: En relación con la responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad, consultar Sentencia de Unificación de 17 de octubre de 2013, Exp. 23354 y sobre responsabilidad objetiva del Estado derivada de la privación injusta de la libertad, sentencia de 26 de marzo de 2008, Exp.

PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - De particular sindicado de delito de concierto para delinquir / MEDIDA DE ASEGURAMIENTO DE DETENCION PREVENTIVA - Ordenada por Fiscalía General de la Nación contra sindicado / RESOLUCION DE ACUSACION - Proferida por Fiscalía General de la Nación / SENTENCIA ABSOLUTORIA - Declarada por Juez Penal del Circuito por no acreditarse la autoría o participación del sindicado / LIBERTAD PROVISIONAL INMEDIATA - A favor de sindicado por ausencia de pruebas / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Por privación injusta de la libertad / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE FISCALIA GENERAL DE LA NACION - Existente por proferir medida de aseguramiento y resolución de acusación contra el sindicado sin probar su participación en delitos endilgados / PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Por existir sentencia absolutoria a favor de sindicado

Mediante Resolución de fecha 10 de junio de 2003, la Unidad Nacional de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación le impuso al señor Óscar Machado Torres medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, por el delito de concierto para delinquir (...) la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Fiscalía General de la Nación, mediante decisión calendada el 28 de mayo de 2004, profirió resolución de acusación contra el señor Óscar Machado Torres, entre otros, como autor del delito de concierto para cometer delitos de homicidio y por organizar, promover y constituir grupos al margen de la ley (...) en audiencia pública celebrada el día 9 de noviembre de 2005, el Juez Octavo Penal del Circuito de Bogotá profirió sentencia absolutoria a favor del señor Óscar Machado Torres (...) la Subsección encuentra que el demandante Óscar Machado Torres fue privado de su Derecho Fundamental a la libertad desde el 10 de junio de 2003, hasta el 9 de noviembre de 2005, pero el Juzgado de conocimiento lo absolvió de responsabilidad penal porque se demostró que él no cometió el delito, circunstancia que, por sí sola, constituye uno de los eventos determinantes de la privación injusta de la libertad que está llamado a comprometer la responsabilidad patrimonial y extracontractual del Estado

CONDICION DE VICTIMA - Prueba / CONDICION DE VICTIMA - Acreditada mediante registros civiles / PERJUICIOS MORALES - Se presume la aflicción de quien fue privado injustamente de la libertad y de sus seres queridos

Verificado el parentesco con los registros civiles correspondientes, la Sala tiene por demostrado el perjuicio moral en los actores como consecuencia de la privación injusta de la libertad de la cual fue objeto el señor Óscar Machado Torres, teniendo en cuenta que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que, en casos de detención domiciliaria o en establecimientos carcelarios, se presume el dolor moral, la angustia y la aflicción de la persona que fue privada injustamente de su libertad; asimismo, dicho dolor se presume respecto de sus seres queridos más cercanos, de conformidad con las reglas de la experiencia, tal como la Sala lo ha reconocido en diferentes oportunidades, siendo claro, según tales reglas, que el dolor de los padres es, cuando menos, tan grande como el de sus hijos, en este caso, víctimas directas del daño. **NOTA DE RELATORIA:** En relación con los perjuicios morales originados por la privación injusta de la libertad, consultar sentencia del 20 de febrero de 2008, Exp. 15980

CONCILIACION JUDICIAL - En Jurisdicción Contenciosa Administrativa / CONCILIACION ANTE JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA -

Control de legalidad / CONTROL DE LEGALIDAD DE ACUERDO CONCILIATORIO - Juez Contencioso Administrativo debe verificar el material probatorio que sustenta el acuerdo, el cumplimiento de la ley y que no sea lesivo para el patrimonio público

En materia Contencioso Administrativa la Ley 23 de 1991 introdujo la conciliación también como mecanismo para descongestionar los despachos judiciales y al efecto previó que tanto en la etapa prejudicial como en la judicial, las personas jurídicas de derecho público podrían conciliar de manera total o parcial en aquellos conflictos de carácter particular y contenido patrimonial que se ventilaran ante la mencionada jurisdicción a través de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, de reparación directa y de controversias contractuales. (...) en el evento en que las partes logren un acuerdo conciliatorio, éste debe someterse a un control de legalidad u homologación, para lo cual el operador judicial competente debe verificar que el arreglo: i) cuente con las pruebas necesarias que lo sustenten; ii) que no sea violatorio de la ley y; iii) que no resulte lesivo para el patrimonio público. **NOTA DE RELATORIA:** En relación con el control de legalidad sobre los acuerdos conciliatorios, consultar auto del 10 de noviembre de 2000, Exp. 18298, MP. Ricardo Hoyos Duque.

FUENTE FORMAL: LEY 23 DE 1991

FACULTAD DE CONCILIAR PREJUDICIALMENTE - Corresponde únicamente al Ministerio Público por disposición jurisprudencial

La Corte Constitucional a través de la sentencia C-893 del 22 de agosto de 2001, declaró inexecutable el aparte que habilitaba a conciliadores de los centros de conciliación para adelantar tales actuaciones, al considerar que dicha habilitación suponía una delegación permanente de la función de administrar justicia y, por ende, contraria al artículo 116 de la Constitución Política; de esta manera se tienen que en la actualidad únicamente los agentes del Ministerio Público se encuentran legalmente facultados para actuar como conciliadores en asuntos prejudiciales que podrían lugar dar lugar a procesos que deberían promoverse ante esta Jurisdicción especializada. **NOTA DE RELATORIA:** Referente a la facultad otorgada exclusivamente al Ministerio Público para conciliar asuntos prejudiciales, consultar sentencia C 893 del 22 de agosto de 2001, MP. Clara Inés Vargas Hernández

FUENTE FORMAL: LEY 23 DE 1991 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 116

CONCILIACION JUDICIAL Y PREJUDICIAL - Finalidad / MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCION DE CONFLICTOS - Gestión voluntaria de libre intercambio de ideas con poder de obligar a las partes / CONCILIACION COMO MECANISMO DE DESCONGESTION JUDICIAL - Evita que se acuda a la Jurisdicción Contencioso Administrativa / CONCILIACION - Iniciada disputa judicial puede darse por finalizada

La conciliación, como mecanismo alternativo y de autocomposición de conflictos, se fundamenta principalmente en el acuerdo, en la gestión voluntaria y libre de resolver una controversia en atención a las expectativas de cada uno de los intervinientes, de manera que a través del consenso, la autorregulación de los intereses, el diálogo, el intercambio de ideas y propuestas se evite acudir a la jurisdicción o una vez se ha iniciado una disputa judicial se acuerde darla por finalizada a través del aludido mecanismo.

PRINCIPIO DE AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD - Importancia doctrinal / AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD - Fundamento del equilibrio contractual y la no intervención del Estado / DESEQUILIBRIOS CONTRACTUALES - Por la existencia de contratos con condiciones generales y cláusulas abusivas impuestas por quienes tienen la posición de dominio / CLAUSULAS ABUSIVAS - Exoneran, limitan o extienden la responsabilidad según los intereses de la parte dominante / RELACIONES CONTRACTUALES Y NEGOCIALES - Control legal, administrativo y judicial

La autonomía de la voluntad comprende: “decidir si se contrata o no; establecer con quién se contrata; escoger la figura iuris; obrar personalmente o valiéndose de un intermediario; escoger el medio o la forma de expresión y, por último, determinar libremente el contenido del negocio, o mejor, ejercer la libertad de configuración interna del contrato”. (...) las ideas de justicia y equilibrio contractual se garantizan con fundamento en el ejercicio de la libertad y la no intervención del Estado, de manera que el contrato o el acuerdo, desde su inicio, siempre es justo y equilibrado, puesto que su contenido es el resultado de la libre manifestación de voluntad de los propios contratantes (...) La aparición de nuevas formas de contratación basadas en las economías de escala, en la producción en masa, en la idea de ahorrar costos buscando la mayor eficacia, al tiempo que contribuyeron, por un lado, a generar crecimiento económico de la industria y proporcionar seguridad jurídica e igualdad, por lo menos, en relación con la situación de todos los “adherentes” y por el otro, la contratación fundamentada en las “condiciones generales” fue objeto de profundas críticas originadas en el aumento del poder de negociación del predisponente en perjuicio del cocontratante quien vio reducida o eliminada por completo su iniciativa en la discusión de las condiciones del acuerdo. (...) Dentro de las cláusulas que tanto la ley, como la jurisprudencia y la doctrina han identificado como presuntamente abusivas, se encuentran aquellas encaminadas a exonerar, limitar o extender la responsabilidad.

CLAUSULAS ABUSIVAS - Regulación legal / CLAUSULAS ABUSIVAS - Producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor afectando el tiempo, modo y lugar en que ejercen sus derechos / CLAUSULAS ABUSIVAS - En contratos celebrados para la prestación de servicios públicos domiciliarios / ESTATUTO DEL CONSUMIDOR - Protege a los consumidores de las cláusulas abusivas contenidas en contratos de adhesión / CONTRATOS DE ADHESION - Obligaciones y prohibiciones de entidad contratante / OBLIGACIONES DE CONTRATANTE EN CONTRATOS DE ADHESION - Informar de manera suficiente, anticipada y expresa al adherente acerca del alcance de sus cláusulas / CONTRATOS DE ADHESION - Prohibiciones / PROHIBICIONES CONTRATOS DE ADHESION - Incluir cláusulas que permitan al productor modificar unilateralmente el contrato o sustraerse de sus obligaciones / CLAUSULAS CONTRACTUALES - Interpretación. En caso de duda prevalecerán las más favorables al consumidor

La Ley 142 de 1994 se encargó de establecer un listado de cláusulas que llevan a presumir que su incorporación en un contrato de servicios públicos domiciliarios ha sido consecuencia del abuso de la posición dominante de la empresa predisponente. (...) la Ley 1480 de 2011, por medio del cual se expidió el Estatuto del Consumidor, prevé como derecho de los consumidores la obtención de protección contra cláusulas abusivas en los contratos de adhesión; en este sentido se establece como requisito para celebrar los contratos de Condiciones Generales o de adhesión, la obligación de informar de manera suficiente, anticipada y

expresa al adherente acerca del alcance del clausulado del acuerdo, al tiempo que se prohíbe la inclusión de cláusulas que permitan al productor y/o proveedor modificar de manera unilateral el contrato o sustraerse de sus obligaciones. Finalmente, en lo que se refiere a la protección contractual al consumidor, se dispone que las condiciones del contrato deberán interpretarse de la manera más favorable al consumidor y que en caso de duda prevalecerán las cláusulas más favorables al consumidor sobre aquellas que no lo sean. (...) se definen las cláusulas abusivas como “aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo y lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones generales de la transacción particular que se analiza” (...) se prohíbe la inclusión por parte de los productores y proveedores de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, so pena de la operancia de la ineficacia de pleno derecho

FUENTE FORMAL: LEY 142 DE 1994 / LEY 1480 DE 2011

PROTECCION CONTRACTUAL DE LOS USUARIOS - Función asignada a la Superintendencia de Servicios Públicos, Financiera y de Industria y Comercio / PROTECCION CONTRACTUAL DE LOS USUARIOS - Para prevenir inclusión de cláusulas abusivas en contratos de adhesión y definir prácticas o estipulaciones no previstas en la ley / CLAUSULAS ABUSIVAS - Principio de la buena fe objetiva y abuso del derecho / CLAUSULAS ABUSIVAS - No solo están contenidas en contratos de adhesión por tratarse de circunstancias anómalas que pueden surgir de cualquier relación jurídica o acto dispositivo

Entre las funciones de inspección, vigilancia y control asignadas a las Superintendencias en relación con algunas actividades previstas en el ordenamiento, se encuentra que las normas legales correspondientes se han ocupado de asignarles a las Superintendencias de Servicios Públicos, Financiera y de Industria y Comercio, atribuciones y competencias específicas en relación con la protección contractual de los usuarios y/o consumidores, en concreto para prevenir la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión y definir qué prácticas o estipulaciones no previstas en la ley pueden constituir cláusulas abusivas. (...) el abuso en el ejercicio de la posición de dominio y la inclusión de cláusulas abusivas no es propia de los contratos de adhesión, ni mucho menos se circunscribe a los acuerdos típicamente contractuales, comoquiera que tales circunstancias “anómalas” dentro de una relación jurídica. **NOTA DE RELATORIA:** En relación con la inclusión de cláusulas abusivas en contratos de distinta naturaleza, consultar sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 2 de febrero de 2001, Exp. 5670, MP. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo

ACUERDO CONCILIATORIO - Requisitos / REQUISITOS DE ACUERDO CONCILIATORIO - Debe contener prueba que lo sustente, guardar armonía con las directrices sobre indemnización de perjuicios, tener congruencia con las pretensiones de la demanda y no resultar lesivo para el patrimonio público / ACUERDOS CON CLAUSULAS ABUSIVAS - Limitaciones / ACUERDOS CON CLAUSULAS ABUSIVAS - Asimetría entre derechos, prestaciones, deberes y poderes de los intervinientes / ACUERDOS CON CLAUSULAS ABUSIVAS - Regulación y protección constitucional a la parte subordinada

Uno de los presupuestos para aprobar un acuerdo conciliatorio por parte del juez

administrativo, radica en que éste no resulte lesivo para el patrimonio público, lo cual, según la jurisprudencia de esta Corporación, quiere significar que, al tiempo que debe existir prueba que lo sustente, resulta indispensable que guarde armonía con las directrices jurisprudenciales de la Sala sobre indemnización de perjuicios y que sea congruente con lo pedido en la demanda. (...) en el Derecho Colombiano existe una clara tendencia a proscribir y limitar los acuerdos que contengan cláusulas abusivas, vejatorias, leoninas, esto es aquellas que muestren de manera evidente, injustificada e irrazonable una total asimetría entre los derechos, prestaciones, deberes y/o poderes de los intervinientes, en especial cuando uno de ellos sea el mismo Estado, todo lo cual, debe enfatizarse, encuentra amplio y suficiente fundamento constitucional, partiendo del preámbulo de la Carta Política; el artículo 2° según el cual constituyen fines del Estado, entre otros, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y asegurar la vigencia de un orden justo; el artículo 6° que consagra el principio de legalidad, según el cual los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y la ley y por “omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”; el artículo 13 que prevé que el Estado debe proteger especialmente a “aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 2 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 6 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 13

CONCILIACION - Naturaleza contractual / CONCILIACION Y CONTRATO – Presupuestos / CONCILIACION Y CONTRATO – Tienen un elemento esencial, voluntad o consentimiento para crear, regular o extinguir obligaciones / CONCILIACION Y CONTRATO - Contienen iguales presupuestos para su existencia, validez y eficacia / CONCILIACION Y CONTRATO - Diferencias jurídicas / CONCILIACION - Requiere de un tercero calificado para aprobar el acuerdo

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

ACUERDOS CONCILIATORIOS - Persiguen indemnización de perjuicios para la parte afectada / ACUERDOS CONCILIATORIOS - Suelen contener cláusulas que sitúan en una posición de inferioridad a la parte que actúa en calidad de víctima frente a la entidad pública / ESTADO CONTRATANTE - Por su poder connatural tiene la posibilidad de predeterminar las condiciones en las que está dispuesto a conciliar que a la vez pueden eliminar cualquier margen de negociación

Tratándose de las conciliaciones –prejudiciales, extrajudiciales o judiciales- que se adelantan ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en especial aquellas que se celebran con el fin de solucionar una controversia generada por la eventual reparación de un daño antijurídico ocasionado por la acción u omisión de

una autoridad pública, no en pocos casos suele suceder que las personas que actúan en calidad de víctimas de los perjuicios cuya indemnización se pretende, se encuentren en una situación de inferioridad respecto de la entidad pública (...) el Estado, parte fuerte por definición, acompañado del poder que le es connatural, así como de prerrogativas y un vasto aparato institucional que lo respalda, lo cual, intimidante y/o indoblegable per se, suele permitirle o al menos facilitarle la posibilidad de predeterminar las condiciones en las que está dispuesto a conciliar, parámetros que de ordinario se tornan en inamovibles y, por tanto, reducen o hasta eliminan cualquier margen para su negociación.

ACUERDO CONCILIATORIO - Puede llegar a un arreglo económico en el que la parte débil no participe real y efectivamente y obtenga por ello una reparación insuficiente / REPARACION INTEGRAL DE PERJUICIOS - Concepto y derecho constitucional reconocidos en caso de acreditarse daños antijurídicos causados por el Estado. Reiteración jurisprudencial

La parte "débil" de la relación conciliatoria puede verse impelida a aceptar un arreglo económico -en el cual no es posible que tenga o pueda tener participación real y efectiva en su determinación-, cuyo monto resulte inferior a lo que podría y/o debería recibir en el evento en que el proceso judicial hubiere sido resuelto de manera definitiva a través de una sentencia que acceda a sus pretensiones, para no tener que verse sometido a esperar hasta el momento en que se defina la litis. (...) La jurisprudencia de esta Corporación, de tiempo atrás, se ha referido a la importancia y relevancia que el ordenamiento le otorga a la obligación de la reparación integral de los daños antijurídicos ocasionados, concepto que encuentra fundamento constitucional en el referido artículo 90 de la Constitución Política y en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, en cuya virtud se pretende que la víctima sea llevada, al menos, a un statu quo, esto es a un punto cercano al que se encontraba antes de la ocurrencia del daño, a la restitución del núcleo esencial del derecho o derechos infringidos y a una indemnización plena y efectiva de todos los perjuicios que la conducta vulnerante ha generado

FUENTE FORMAL: LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 16 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 90

ACUERDOS CONCILIATORIOS - Celebrados con entidades estatales / ACUERDOS CONCILIATORIOS - Con presencia de entidades estatales suponen de antelación la existencia de responsabilidad del Estado en relación al daño antijurídico alegado por el particular / ACUERDOS CONCILIATORIOS - En conflictos de naturaleza pública son competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa / ACUERDOS CONCILIATORIOS - Control de legalidad / ACUERDOS CONCILIATORIOS - Surten efectos a partir de la ejecutoria de la aprobación que le imparta el juez competente

Los acuerdos conciliatorios que logren las partes tratándose de los conflictos que conozca o pueda conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, sólo están llamados a surtir efectos a partir de la ejecutoria de la aprobación que le imparta la autoridad judicial competente, para cuyo propósito, entre otros presupuestos (...) si la entidad pública correspondiente decide conciliar, va de suyo en esa decisión que para la propia autoridad no existe duda acerca de su responsabilidad en relación con el daño antijurídico cuya reparación se le deprecia -de otra forma el acuerdo no podrá ser aprobado por el juez-, de manera que esta certidumbre debe obligar con mayor razón a la entidad a proponer un acuerdo justo, equilibrado, razonable y proporcional al daño antijurídico cuya responsabilidad se encuentra debidamente acreditada.

CONTROL DE LEGALIDAD DEL ACUERDO CONCILIATORIO - Por juez contencioso administrativo quien evalúa las condiciones del arreglo y dispone si se ajustan o no a derecho los actos desplegados por la administración / CONDICIONES DE ACUERDOS CONCILIATORIOS - Fórmulas de arreglo no pueden ser lesivas para el patrimonio público ni desequilibrada o desproporcionada para el particular afectado

Resulta en extremo indispensable y necesario el control de legalidad que le ha sido asignado por la ley al operador judicial respecto de los acuerdos conciliatorios que se concluyeron con entidades públicas, comoquiera que ante cualquier ejercicio arbitrario, desproporcionado, irracional y/o abusivo de las facultades y prerrogativas de las que son titulares los diversos intervinientes, existe el deber de improbar el acuerdo conciliatorio por no ajustarse al ordenamiento jurídico (...) hay lugar a concluir que, así como el juez de lo Contencioso Administrativo debe improbar un acuerdo conciliatorio cuando este resulte lesivo para el patrimonio público, de manera correlativa y en estricto plano de igualdad, también debe proceder de idéntica manera cuando la fórmula de arreglo sea evidentemente lesiva, desequilibrada, desproporcionada o abusiva en contra del particular, afectado por la actuación u omisión del Estado. **NOTA DE RELATORIA:** En relación con la aprobación judicial de la conciliación contencioso administrativa, consultar auto de 21 de octubre de 2004, Exp. 25140, MP. Germán Rodríguez Villamizar

UNIFICACION JURISPRUDENCIAL - Parámetros para conciliación / PARAMETROS PARA CONCILIAR CON ENTIDADES ESTATALES - Unificación jurisprudencial / PARAMETROS PARA CONCILIAR CON ENTIDADES - El monto a reconocer debe oscilar entre el 70% y el 100% del valor fijado como indemnización en sentencia condenatoria proferida en proceso contencioso administrativo / CONCILIACIONES CON ENTIDADES PUBLICAS - De no existir monto de indemnización su valor se fija a partir del 70% y el 100% de las sumas estipuladas

Cuando exista sentencia condenatoria de primera instancia y el acuerdo tenga como objeto un porcentaje de esa indemnización, la conciliación podrá convenirse entre el 70% y el 100% de esa condena. (...) Cuando la sentencia de primera instancia no hubiere sido estimatoria de las pretensiones o ésta aún no se hubiere proferido, el monto del acuerdo conciliatorio podría acordarse entre el 70% y el 100% de las sumas que esta Corporación, también de forma indicativa, ha señalado como plausibles para el reconocimiento de las indemnizaciones a que puede haber lugar según el perjuicio de que se trate en razón de la situación fáctica y la intensidad y prolongación del daño

ACUERDO CONCILIATORIO - Celebrado entre la Fiscalía General de la Nación y un particular / ACUERDO CONCILIATORIO - Evidenció una posición de dominio por parte del organismo estatal que le permitió plantear unilateralmente una fórmula de arreglo favorable a sus intereses / FORMULA DE ARREGLO PROPUESTA POR LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION - Pago del 60% del valor por perjuicios materiales reconocidos en la sentencia y 70% de perjuicios morales / ACUERDO CONCILIATORIO - Celebrado entre las partes fue contrario al equilibrio económico exigido en las relaciones negociales / IMPROBACION DEL ACUERDO CONCILIATORIO - Por no ejecutarse en una real y efectiva igualdad de condiciones / IMPROBACION DE ACUERDO CONCILIATORIO - Por no ajustarse a los principios y reglas aplicables a los mecanismos alternativos de solución de conflictos

Dada su naturaleza de entidad pública y su aparato institucional, no cabe duda que en el acuerdo conciliatorio finalmente alcanzado por las partes, la Fiscalía General de la Nación ejerció una posición de dominio que le permitió proponer de manera unilateral una fórmula de conciliación que reduce a un 60% de los perjuicios materiales y a un 70% los perjuicios morales de la condena impuesta en primera instancia a favor de los demandantes allí relacionados. (...) el Comité de Conciliación de la Fiscalía General de la Nación consideró proponer como fórmula de arreglo de pago el equivalente de "hasta" el 60% del valor de los perjuicios materiales y "hasta" el 70% del monto reconocido a título de perjuicios morales, de manera que por encima de ese porcentaje la entidad demandada no estaba dispuesta a conciliar y lo que resulta peor es que el límite impuesto con la expresión "hasta", refleja que dicho Comité llegó a pretender incluso que el acuerdo conciliatorio pudiera ubicarse en niveles inferiores a tales topes porcentuales. (...) de conformidad con el material probatorio obrante en el proceso y dadas las circunstancias particulares del presente caso, para la Sala el acuerdo conciliatorio alcanzado en ejercicio de una posición de dominio por parte de la entidad demandada, resultó contrario al mínimo equilibrio que debe observarse y esperarse en las relaciones negociales, teniendo en cuenta, por demás, la intensidad del daño ocasionado a los demandantes, los cuales, se reitera, no se encuentran en una igualdad real y efectiva en relación con su contraparte que pudiera significar un contrapeso equivalente en el ejercicio de las negociaciones conciliatorias.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SALA PLENA

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 20001-23-31-000-2009-00199-01(41834)

Actor: OSCAR MACHADO TORRES Y OTROS

Demandado: RAMA JUDICIAL Y FISCALIA GENERAL DE LA NACION

**Referencia: APELACION AUTO - ACCION DE REPARACION DIRECTA
CONCILIACION JUDICIAL - UNIFICACION JURISPRUDENCIAL**

Procede la Sala Plena de la Sección Tercera a decidir por **importancia jurídica** y con el fin de **unificar la jurisprudencia** en relación con los parámetros que deben observar las entidades estatales para el ejercicio de su libertad dispositiva en materia de conciliación prejudicial, extrajudicial y judicial con ocasión del acuerdo

celebrado entre las partes el día 31 de octubre de 2013 ante esta Corporación, en la cual se acordó lo siguiente:

“1. Que la Fiscalía General de la Nación pagará hasta el 60% del monto de la condena impuesta en la sentencia de primera instancia a título de perjuicios materiales y hasta el 70% del monto de los perjuicios morales reconocidos a favor de los demandantes relacionados en la parte resolutive de la aludida sentencia de primera instancia, debidamente indexada al momento de ejecutoria del auto aprobatorio del acuerdo, y calculada con base en el salario mínimo legal vigente para ese mismo instante.

“2. Que la Fiscalía General de la Nación, efectuará el pago dentro de los dieciocho (18) meses siguientes a la ejecutoria de la providencia que apruebe la conciliación, previa presentación de la cuenta de cobro ante la entidad.

“3. Que la Fiscalía General de la Nación, reconocerá los intereses de que tratan los artículos 176 y 177 del C.C.A.” (fls. 841 a 844 c ppal). – (Se destaca).

I. ANTECEDENTES

1.- La demanda.

En escrito presentado el 6 de marzo de 2006, los señores Óscar Machado Torres, Lizdalis Isabel Machado Herrera, Óscar Alfonso Machado Daza, Laura Valentina Machado Daza, Sandra Milena Daza Daza, María Inés, Blanca, Luis Alfonso, Jarold Fernando Machado Torres y Carmen Rosa Torres de Machado, por conducto de apoderado judicial, formularon demanda en ejercicio de la acción de reparación directa contra la Nación – Rama Judicial y Fiscalía General, con el fin de que se declare a dichos entes administrativamente responsables por los perjuicios morales y materiales a ellos causados por la privación injusta de la libertad de la cual fue víctima el señor Óscar Machado Torres.

Como pretensiones, la parte actora solicitó el reconocimiento de \$30'000.000, suma que corresponde al pago de los honorarios del abogado que ejerció la defensa del señor Óscar Machado Torres en el proceso penal que se adelantó en su contra.

Asimismo, solicitaron el pago de \$ 200.000, correspondientes a los gastos que se generaron por concepto de alimentación, aseo personal, entre otros, para mitigar la estadía del señor Machado Torres en el centro carcelario en el cual fue recluido.

También reclamaron la suma de 1000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante.

A título de perjuicios morales solicitaron el equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de los actores.

2.- Surtido el trámite legal en primera instancia, el Tribunal Administrativo del Cesar profirió sentencia el día 7 de abril de 2011 y, mediante la misma, declaró “... *administrativamente responsable a la Nación – Fiscalía General de la Nación, de los perjuicios ocasionados a los demandantes, con motivo de la privación injusta de la libertad del señor ÓSCAR MACHADO TORRES, quien fue sindicado del delito de concierto para delinquir*”.

Como consecuencia de la anterior declaración, se condenó a la Nación – Fiscalía General de la Nación, a pagar las siguientes sumas de dinero:

“.....

Por perjuicios morales: Para ÓSCAR MACHADO TORRES (víctima), el equivalente a setenta (70) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia. Para CARMEN ROSA TORRES DE MACHADO (madre de la víctima), SANDRA MILENA DAZA DAZA (compañera permanente), LIZDALIS ISABEL MACHADO HERRERA, ÓSCAR ALFONSO y LAURA VALENTINA MACHADO DAZA (hijos), el equivalente a treinta y cinco (35) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, para cada uno. Para MARÍA INÉS, BLANCA, LUIS ALFONSO y JAROLD FERNANDO MACHADO TORRES (hermanos), el equivalente a diecisiete (17) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, para cada uno de ellos.

Por concepto de perjuicios materiales: Para ÓSCAR MACHADO TORRES (víctima), la suma de cincuenta y cinco millones, doscientos ochenta y un mil, trescientos cincuenta y tres pesos (\$55'281.353), correspondiente al lucro cesante; y para CARMEN ROSA TORRES DE MACHADO (madre), la cantidad de treinta y ocho millones, doscientos treinta y cuatro mil trescientos ochenta y cuatro pesos (\$38'234.384), por daño emergente.

(...)” - (fls. 638 a 652 c ppal).

3.- Inconforme con la anterior decisión, la parte demandada, Fiscalía General de la Nación, interpuso recurso de apelación, el cual fue admitido por esta Corporación mediante proveído calendarado el 23 de septiembre de 2011 (fls. 709 a 712 c ppal).

4.- Posteriormente, la parte demandante solicitó convocar a audiencia de conciliación judicial, la cual se celebró inicialmente el día 21 de marzo de 2013 y su aprobación se produjo en una primera oportunidad a través de auto de 2 de mayo del mismo año; sin embargo, al constatarse posteriormente que el aludido acuerdo conciliatorio no reunía uno de los presupuestos legales para su aprobación, comoquiera que no todos los demandantes beneficiarios del arreglo económico se encontraban debidamente representados, esta misma Sala, por medio de auto de 14 de agosto de 2013, dejó sin efectos su propia decisión, contenida en el auto de 2 de mayo de 2013, para cuyo efecto citó de nuevo a las partes para una nueva audiencia de conciliación, con el propósito de subsanar la falta de representación judicial que para ese momento afectaba a buena parte de los actores, audiencia que tuvo lugar el 31 de octubre del 2013 y que ahora es materia del presente pronunciamiento.

5.- Todos los demandantes confirieron en debida forma poder a su nueva mandataria judicial, quien en representación de todos ellos y con facultad expresa para conciliar, participó en la audiencia de conciliación materia de examen en esta decisión.

II. CONSIDERACIONES

De conformidad con el artículo 70 de la Ley 446 de 1998, pueden conciliar, total o parcialmente en las etapas prejudicial o judicial, las personas de derecho público, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado¹, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo.

Ahora bien, en relación con la responsabilidad extracontractual del Estado derivada de la privación injusta de la libertad, la Jurisprudencia unificada, consolidada y, por ende, reiterada² de la Sección Tercera de esta Corporación, ha precisado lo siguiente:

¹ Establece el párrafo 3º del Art. 1º de la Ley 640 de 2001 que "en materia de lo contencioso administrativo el trámite conciliatorio, desde la misma presentación de la solicitud deberá hacerse por medio de abogado titulado quien deberá concurrir, en todo caso, a las audiencias en que se lleve a cabo la conciliación."

² En ese sentido pueden consultarse, dentro de las providencias más importantes sobre el tema, las siguientes: Sentencias de diciembre 4 de 2006, exp. 13.168, actor: Audy Hernando Forigua Panche; de 2 de mayo de 2007, expediente: 15.463, demandante: Adielia Molina Torres y de

(...). Para resolver el asunto es necesario remitirse al artículo 68 de la Ley 270 de 1996, según el cual quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado la correspondiente reparación de perjuicios. En relación con este precepto, sostuvo la Corte lo siguiente en la misma sentencia C-037 de 1996:

‘Este artículo, en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 60, 28, 29 y 90 de la Carta. Con todo, conviene aclarar que el término ‘injustamente’ se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria. Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención.

(...)

En sentencia del 2 de mayo de 2007³, la Sala señaló que una lectura aislada del artículo 68 de la Ley 270, junto con las consideraciones tenidas en cuenta por la Corte Constitucional para declarar exequible el proyecto de dicha disposición, podría conducir a entender que la referida norma estatutaria habría restringido el ámbito de posibilidades dentro de las cuales sería posible declarar la responsabilidad del Estado por el hecho de la detención ordenada por autoridad judicial dentro de una investigación penal, a aquellos casos en los cuales tenga lugar ‘una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria’, es decir a supuestos en los cuales se acredite una falla del servicio de Administración de Justicia de las características descritas por la Corte en el apartado que se acaba de reproducir.

Teniendo en cuenta el criterio expuesto, la Sala concluyó, en la precitada sentencia, que para concretar el alcance del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 resulta imperioso conectarlo con el enunciado normativo contenido en el artículo 65 ibídem, de acuerdo con el cual ‘el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales’, norma que no introduce limitación o condicionamiento alguno encaminado a impedir el juzgamiento o la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado como consecuencia de la actividad de la

manera reciente la Sentencia de Unificación que profirió la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el día 17 de octubre de 2013, dentro del expediente 23.354, actor: Luis Carlos Orozco Osorio.

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo de 201. Exp.: 15.463.

Administración de Justicia, distinto de la causación de un daño antijurídico. No podía preverlo, por lo demás, como quiera que con ello conculcaría la regulación efectuada por el artículo 90 de la Carta, que igualmente constituye el concepto de 'daño antijurídico' en el elemento central cuya concurrencia debe evidenciarse para que proceda el reconocimiento de la responsabilidad estatal -siempre, claro está, que ese daño pueda imputarse jurídicamente a una autoridad pública-.

Como corolario de lo anterior, ha de entenderse que la hipótesis precisada por el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 referida a la calificación de injusta de la privación de la libertad y el alcance que la Corte Constitucional le ha dado a la norma no excluye la posibilidad de que tenga lugar el reconocimiento de otros casos en los cuales el Estado deba ser declarado responsable por el hecho de haber dispuesto la privación de la libertad de un individuo dentro del curso de una investigación penal, siempre que en ellos se haya producido un daño antijurídico en los términos del artículo 90 de la Constitución Política.

En definitiva, no resultan compatibles con el artículo 90 de la Constitución, interpretaciones de normas infraconstitucionales que restrinjan la cláusula general de responsabilidad que aquél contiene. Partiendo de la conclusión anterior, **la Sala determinó que en el artículo 90 de la Constitución Política tienen arraigo, aún después de la entrada en vigor de la Ley 270 de 1996, todos los supuestos en los cuales se produce un daño antijurídico imputable a la Administración de Justicia que no están contemplados –más no por ello excluidos, se insiste en el premencionado artículo 68 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia–, entre ellos, como en los eventos en los cuales se impone a un ciudadano una medida de detención preventiva como consecuencia de la cual se le priva del ejercicio del derecho fundamental a la libertad pero posteriormente se le revoca tal medida al concluir que los aspectos fácticos por los cuales el investigado fue detenido no constituyeron hecho delictuoso alguno, supuesto que estaba previsto en el artículo 414 del C. de P. P., y que compromete la responsabilidad de la Administración, pues con su actuación causó un daño antijurídico consistente en la privación de la libertad en contra de quien no cometió el hecho delictuoso imputado, circunstancia que torna injusta la medida y que debe ser reparada por la autoridad que produjo el hecho.** (Destaca la Subsección).

En este sentido, la Sala, en sentencia del 26 de marzo de 2008⁴, precisó:
(...)

Respecto del mismo artículo, la Sala ha considerado que su interpretación no se agota en la posibilidad de declarar la responsabilidad del Estado por detención injusta, cuando ésta sea ilegal o arbitraria. **En jurisprudencia reciente⁵, se ha determinado que las hipótesis de responsabilidad objetiva, también por detención injusta, contempladas en el derogado artículo 414 del decreto 2700 de 1991, mantienen vigencia para resolver, de la misma forma, la responsabilidad del**

⁴ Sentencia del 26 de marzo de 2008, expediente 16.902. M.P.: Dr. Enrique Gil Botero.

⁵ Sección Tercera, sentencia del dos de mayo de 2007, expediente: 15.463.

Estado derivada de privaciones de la libertad en las cuales se haya arribado a cualquiera de los tres supuestos a los que hacía referencia la citada disposición. Es decir, que después de la entrada en vigencia de la ley 270 de 1996, cuando una persona privada de la libertad sea absuelta 'porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible', se configura un evento de detención injusta. A las hipótesis citadas se les ha agregado el evento de absolución en aplicación del in dubio pro reo.

De acuerdo con los principios tutelares del Estado Social y Democrático de Derecho, entre los cuales la libertad y la justicia ocupan un lugar privilegiado, frente a la materialización de cualquiera de las hipótesis enunciadas, cuando una persona privada de la libertad sea absuelta, porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, la conducta no constituía hecho punible o por in dubio pro reo, se habrá de calificar sin ambages como detención injusta. **Es por ello, que se trata de una responsabilidad objetiva, dado que en eventos de esta naturaleza, ambos valores se encuentran en juego y un argumento de tipo utilitarista, en el sentido de afirmar que se trata de una carga que se debe soportar en bien de la mayoría, no tiene justificación alguna**⁶. (Negrillas y subrayas de la Subsección).

Pues bien, en cuanto a la responsabilidad patrimonial de la Nación - Fiscalía General por la privación injusta de la libertad, de la cual fue víctima el señor Óscar Machado Torres, la Subsección encuentra acreditado lo siguiente:

1.- Que mediante Resolución de fecha 10 de junio de 2003, la Unidad Nacional de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación le impuso al señor Óscar Machado Torres medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, por el delito de concierto para delinquir (fls. 352 a 363 c 2).

⁶ Ver también sentencia proferida por la Sala el 23 de abril de 2008, expediente 17.534. M.P.: Dr. Enrique Gil Botero, en la cual se concluyó:

i) Las hipótesis establecidas en el artículo 414 del C.P.P. de 1991 (decreto ley 2700) mantienen vigencia para resolver, de manera objetiva, la responsabilidad del Estado derivada de privaciones injustas de la libertad, en las cuales se haya arribado a cualquiera de las conclusiones a las que hace referencia la citada disposición, inclusive, con posterioridad a la ley 270 de 1996, en los términos precisados por la jurisprudencia de la Corporación ...

v) En conclusión, cuando se atribuye la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, existen eventos precisos y específicos en los cuales la jurisprudencia –con fundamento en el principio iura novit curia, ha aceptado la definición de la controversia a través de la aplicación de títulos de imputación de carácter objetivo, en los cuales, la conducta asumida por la administración pública no juega un papel determinante para la atribución del resultado. Por el contrario, las demás situaciones que desborden ese específico marco conceptual, deberán ser definidas y desatadas a partir de la verificación de una falla del servicio en cabeza del aparato estatal'.

2.- Que la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Fiscalía General de la Nación, mediante decisión calendada el 28 de mayo de 2004, profirió resolución de acusación contra el señor Óscar Machado Torres, entre otros, como autor del delito de concierto para cometer delitos de homicidio y por organizar, promover y constituir grupos al margen de la ley (fls. 9 a 114 c 1).

3.- Que en audiencia pública celebrada el día 9 de noviembre de 2005, el Juez Octavo Penal del Circuito de Bogotá profirió sentencia absolutoria a favor del señor Óscar Machado Torres, en los siguientes términos:

“

“La Resolución de Acusación de la Fiscalía se fundamenta especialmente, señalando su vínculo familiar con respecto a la familia MACHADO, la primera pregunta que puede formularse el Despacho es: ¿realmente el que una persona pertenezca a un grupo familiar, puede llegar a catalogarse que todos sus miembros o todos sus allegados tienen los mismos hábitos, las mismas costumbres o las mismas inclinaciones particularmente en el aspecto delictual?, de ese presupuesto fue que partió la Fiscalía General de la Nación respecto al señor Óscar Machado. Se podría decir que en determinado momento sería un leve pero muy levisimo indicio, llegar a establecer categóricamente que un ciudadano por pertenecer a un grupo familiar y que si en ese grupo familiar supuestamente hay unos delincuentes o supuestamente como en el caso concreto, hay unos miembros que pertenecen a un grupo paramilitar o subversivo y por lo mismo se debe estimar que esta persona también tiene esa misma tendencia es una equivocación radical, de ahí que la resolución de acusación de la Fiscalía desde ese punto de vista carece de un fundamento probatorio que tenga fuerza. Igualmente señaló la Fiscalía que se podía llegar a deducir que por el hecho de acompañar a reuniones, que se suponía que el señor Óscar Machado Torres acompañaba al señor Javier Machado a las reuniones al sitio El Alto, centro donde se ubican los paramilitares de la región según información allegada al expediente, esto no pasa de ser una afirmación de carácter genérico y sin ninguna justificación, sin ningún sustento. A un ciudadano cuando se le formula resolución de acusación no se le puede llegar a decir solamente, es que él va a tal parte, no, a un ciudadano siempre hay que imputarle hechos concretos, dónde, cuándo, cómo, con quién, pero llegar a hacer afirmaciones que se fundamentan en comentarios, tales como que el señor acompañaba a otras personas a un sitio o sitios, esto tampoco puede tenerse como prueba o fundamento para resolución de acusación y mucho menos para una sentencia de carácter condenatorio.

“... que por cualquiera de estas innumerables circunstancias el ciudadano ya pertenece o es miembro de ese grupo subversivo o de autodefensa es totalmente equivocado, de ahí que el sustento en este caso de la resolución de acusación proferida por la Fiscalía General de la Nación que lo acusa como autor de concierto para

delinquir carece en este caso de todo sustento de carácter probatorio.

(...)

“En mérito de lo expuesto el Juzgado Octavo Penal del Circuito Especializado de Bogotá, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley **RESULEVE: Primero:** Absolver a los ciudadanos JAINER ZEQUIERA IBARRA, MORLE LUIS QUIROZ BARRETO, JORGE LUIS VEGA ZEQUEIRA y **ÓSCAR MACHADO TORRES** de los hechos y cargos que por el delito de concierto para delinquir les formuló la Fiscalía General de la Nación. **Segundo:** Como consecuencia de lo anterior, **ordenar la libertad provisional inmediata a favor de los ciudadanos antes mencionados,** previa la firma de un acta de compromiso acorde a lo señalado por el artículo 368 del Código de Procedimiento Penal, se aclara que los ciudadanos no deben consignar alguna suma de dinero como caución. Igualmente que esta decisión se adopta en aplicación del numeral 3 del artículo 365 del Código de Procedimiento Penal; una vez hayan cumplido con la obligación de firmar el acta de compromiso se expedirán las correspondientes boletas de libertad. **Tercero:** Para notificar esta decisión y dar cumplimiento a lo anterior, se comisiona al Juzgado Especializado de la ciudad de Valledupar. **Cuarto:** En consideración a que en la presente audiencia no se encuentran todos los sujetos procesales, se ordena seguir el trámite de notificación corriente propio de las sentencias según el Código de Procedimiento Penal. **Quinto: Ejecutoriada esta sentencia la libertad provisional que hoy se ha concedido a favor de los precitados se convertirá en definitiva,** asimismo, se ordena remitir las comunicaciones de ley. En el evento en que no se interponga recurso alguno en contra de esta decisión se ordenará archivar el expediente en lo que corresponde a estos procesados”. (fls. 133 a 153 c 1) - (Se destaca en negrillas y en subrayas).

4.- Que la anterior sentencia quedó en firme el día 27 de diciembre de 2005, según la constancia de ejecutoria emitida por el Juzgado Octavo Penal del Circuito Especializado de Bogotá D.C., la cual obra a folio 154 del cuaderno 3 del expediente.

5.- Que el señor Óscar Machado Torres laboró en el Hospital San José E. S. E., del Municipio de Becerril, en el Departamento del Cesar desde el 14 de octubre de 2002, hasta el 6 de junio de 2003, con una asignación básica mensual de \$ 1'301.269, según la certificación laboral que emitió dicho centro hospitalario (f 166 c 1).

Así las cosas, la Subsección encuentra que el demandante Óscar Machado Torres fue privado de su Derecho Fundamental a la libertad desde el 10 de junio de 2003, hasta el 9 de noviembre de 2005, pero el Juzgado de conocimiento lo absolvió de

responsabilidad penal porque se demostró que él no cometió el delito, circunstancia que, por sí sola, constituye uno de los eventos determinantes de la privación injusta de la libertad que está llamado a comprometer la responsabilidad patrimonial y extracontractual del Estado, tal como se dejó expuesto anteriormente.

Por consiguiente, se impone concluir que el hoy demandante no estaba en la obligación de soportar el daño que el Estado le irrogó, el cual debe ser calificado como antijurídico, calificación que determina la consecuente obligación para la Administración de resarcir a dicha persona por ese hecho, tal como de manera reiterada lo ha expresado la Sala en los siguientes términos:

*“De acuerdo con los principios tutelares del Estado Social y Democrático de Derecho, entre los cuales la libertad y la justicia ocupan un lugar privilegiado, frente a la materialización de cualquiera de las hipótesis enunciadas, cuando una persona privada de la libertad sea absuelta, porque el hecho no existió, **el sindicado no lo cometió**, la conducta no constituía hecho punible o por in dubio pro reo, **se habrá de calificar sin ambages como detención injusta**. Es por ello, que se trata de una responsabilidad objetiva, dado que en eventos de esta naturaleza, ambos valores se encuentran en juego y un argumento de tipo utilitarista, en el sentido de afirmar que se trata de una carga que se debe soportar en bien de la mayoría, no tiene justificación alguna”⁷. (Se destaca).*

Ahora bien, en relación con la condición de víctimas que invocan los demandantes, beneficiarios de la condena de primera instancia y que ahora resultan beneficiarios del arreglo económico al cual se llegó en esta instancia, obran en el proceso los siguientes medios de prueba:

- Copia auténtica del registro civil de nacimiento del señor Óscar Machado Torres, el cual acredita que su madre es la también demandante Carmen Rosa Torres de Machado (fl. 156 c 1).
- Copia auténtica del registro civil de nacimiento de la actora Lizdalis Isabel Machado Herrera (hija de la víctima - fl. 159 c 1).
- Copia auténtica del registro civil de nacimiento del actor Óscar Alfonso Machado Daza (hijo de la víctima - fl. 160 c 1).

⁷ Sección Tercera, sentencia de 25 de febrero de 2009, exp. 25.508, reiterada por esta Subsección, mediante sentencia de 19 de octubre de 2011, exp. 18.001.

- Copia auténtica del registro civil de nacimiento de la demandante Laura Valentina Machado Daza (hija de la víctima - fl. 161 c 1).
- Copia auténtica del registro civil de nacimiento de la señora María Inés Machado Torres (hermana de la víctima - fl. 162 c 1).
- Copia auténtica del registro civil de nacimiento de la señora Blanca Machado Torres (hermana de la víctima - fl. 163 c 1).
- Copia auténtica del registro civil de nacimiento del señor Luis Alfonso Machado Torres (hermano de la víctima - fl. 164 c 1).
- Copia auténtica del registro civil de nacimiento del señor Járold Fernando Machado Torres (hermano de la víctima - fl. 165 c 1).

Además de los anteriores documentos, obran en el proceso los siguientes medios de acreditación:

- Constancias correspondientes al pago de honorarios del abogado que asumió la defensa judicial del señor Óscar Machado Torres en el proceso penal que se adelantó en su contra, sufragados por la señora Carmen Rosa Torres de Machado, madre de la víctima directa del daño (fls. 169 a 172 c 1), cuyo nombre del beneficiario de dichos pagos, bueno es precisarlo, coincide con aquel que representó al ahora demandante en el mencionado proceso penal y que además fue el apoderado inicial de todos los actores en este proceso.
- Declaración del señor Pedro Alcántara Patiño, a través del cual se demuestra la condición de compañera permanente de la señora Sandra Daza Daza respecto de la víctima directa del daño (fl. 262 c 2).

Pues bien, verificado el parentesco con los registros civiles correspondientes, la Sala tiene por demostrado el perjuicio moral en los actores como consecuencia de la privación injusta de la libertad de la cual fue objeto el señor Óscar Machado Torres, teniendo en cuenta que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que, en casos de detención domiciliaria o en establecimientos carcelarios, se presume el dolor moral, la angustia y la aflicción de la persona que

fue privada injustamente de su libertad⁸; asimismo, dicho dolor se presume respecto de sus seres queridos más cercanos, de conformidad con las reglas de la experiencia, tal como la Sala lo ha reconocido en diferentes oportunidades⁹, siendo claro, según tales reglas, que el dolor de los padres es, cuando menos, tan grande como el de sus hijos, en este caso, víctimas directas del daño¹⁰.

Y en cuanto a la oportunidad legalmente establecida para el ejercicio de la acción, la Sala encuentra que la misma no se encuentra caducada, dado que la demanda se instauró en ejercicio de la acción de reparación directa el día 6 de marzo de 2006, es decir dentro de los dos años siguientes a la ejecutoria de la sentencia que absolvió de responsabilidad penal al aquí demandante Óscar Machado Torres, firmeza que se obtuvo el día 27 de diciembre de 2005, según la constancia correspondiente emitida por el Juzgado Octavo Penal del Circuito Especializado de Bogotá D.C.

No obstante lo anterior, la Sala improbará el acuerdo conciliatorio, toda vez que el mismo resulta contrario al ordenamiento jurídico, para cuyo efecto se acogerán y se reiterarán las consideraciones expuestas recientemente por esta misma Subsección¹¹ dentro de un caso similar al que ahora se analiza, ello encaminado a determinar por qué la postura asumida por la entidad pública demandada respecto de su contraparte resulta abusiva y dominante.

2. Los términos del acuerdo conciliatorio alcanzado por las partes.

i) La autonomía de la voluntad en la conciliación.

La Carta Política prevé la posibilidad de que las personas, naturales o jurídicas, acudan a mecanismos alternos para la resolución de sus conflictos, situación que desarrolla la consagración que recoge el artículo 9 de la Ley 270 de 1996 – principio de alternatividad– al disponer que la ley podrá establecer mecanismos diferentes al proceso judicial para solucionar los conflictos que se presenten entre

⁸ Entre otras, Sentencia de 14 de marzo de 2002, exp. 12.076.

⁹ Sentencia del 20 de febrero de 2.008, expediente 15.980.

¹⁰ Sentencia del 11 de julio de 2012. Consejero Ponente Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Exp. 23688.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera - Subsección A, enero 29 de 2014, exp. 46.482.

los asociados¹².

Entre los mecanismos alternativos previstos en el ordenamiento para la resolución de los conflictos jurídicos se encuentra la conciliación, la cual ha sido concebida como el procedimiento por medio del cual un número determinado de individuos entre quienes exista una controversia deciden componerla con la intervención de un tercero neutral –conciliador– quien además de proponer fórmulas de arreglo, da fe de ese acuerdo y en algunos casos le imparte su aprobación; por regla general el convenio que se obtenga resulta obligatorio y definitivo para las partes que en su adopción intervengan.

En materia Contencioso Administrativa la Ley 23 de 1991 introdujo la conciliación también como mecanismo para descongestionar los despachos judiciales y al efecto previó que tanto en la etapa prejudicial como en la judicial, las personas jurídicas de derecho público podrían conciliar de manera total o parcial en aquellos conflictos de carácter particular y contenido patrimonial que se ventilaran ante la mencionada jurisdicción a través de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, de reparación directa y de controversias contractuales.

Se agrega que de conformidad con el artículo 65A de la Ley 23 de 1991, tratándose de este mecanismo alternativo de solución de conflictos que judicialmente deberían ser o son de conocimiento de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en el evento en que las partes logren un acuerdo conciliatorio, éste debe someterse a un control de legalidad u homologación, para lo cual el operador judicial competente debe verificar que el arreglo: *i)* cuente con las pruebas necesarias que lo sustenten; *ii)* que no sea violatorio de la ley y; *iii)* que no resulte lesivo para el patrimonio público.

Acerca del control de legalidad que debe ejercer el juez administrativo en relación con los acuerdos conciliatorios, la Sección Tercera de esta Corporación ha

¹² Sobre este principio se puede consultar la sentencia C-037 de 1996 de la Corte Constitucional, Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa: *"Para esta Corporación, las formas alternativas de solución de conflictos no sólo responden a los postulados constitucionales anteriormente descritos, sino que adicionalmente se constituyen en instrumentos de trascendental significado para la descongestión de los despachos judiciales, problema éste que desafortunadamente aqueja en forma grave y preocupante a la administración de justicia en el país. Adicionalmente, debe insistirse en que con los mecanismos descritos se logra cumplir con los deberes fundamentales de que trata el artículo 95 superior, como es el caso de colaborar con el funcionamiento de la justicia (Num 5o.) y propender al logro y el mantenimiento de la paz (Num. 6o). Con todo, conviene puntualizar que el término 'asociados' que hace parte de la norma bajo examen, incluye, además de los particulares, también a las entidades públicas"*.

expuesto:

“La conciliación en el derecho 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 Constitución Política¹³. 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 público¹⁴, 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 vigente¹⁵ y, por ello mismo, exige previa homologación judicial.¹⁶

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 acuerdo conciliatorio debe ser verificado por el juez, quien para aprobarlo debe establecer que éste sea legal¹⁷ y no resulte lesivo al patrimonio público.

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.¹⁸ O lo que es igual, la conciliación en el derecho administrativo -y

¹³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, auto de 10 de noviembre de 2000, Exp. 18.298.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Exp. 7891, Auto de 13 de octubre de 1993, en el mismo sentido Exp.16.298, Auto 30 de septiembre de 1999.

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Exp. 8331, Auto de 7 de febrero de 2002, en el mismo sentido Exp. 20801, Auto de diciembre 12 de 2001. Según la doctrina nacional “en derecho administrativo la conciliación debe ajustarse rigurosamente a la solución jurídica que da el ordenamiento al conflicto planteado... (supone) necesariamente que en todos sus aspectos aquélla se conforme rigurosamente a la norma positiva. Es por ello que no se trata de un mecanismo jurídico que a cualquier precio permita la solución de litigios, sino uno que implica que dicha solución siendo justa equilibre la disposición de intereses con la legalidad...Debe estar claro que la conciliación en derecho administrativo supone el estudio jurídico pormenorizado del caso sometido a estudio. La conciliación en este campo, se insiste, no es sólo un problema de voluntad sino de legalidad y de conocimiento jurídico” (MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO, La conciliación...Op. Cit., p. 15)

¹⁶ 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.

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Auto de 16 de marzo de 2005, Exp. 27.921.

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Exp. 15872, Auto de 20 de mayo de 1999.

por ende en controversias contractuales del Estado¹⁹- 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,²⁰ 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.²¹

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 paz²² (en tanto borra las huellas negativas del conflicto) y como instrumento de descongestión de los despachos judiciales, está suficientemente demostrada²³, no puede convertirse en un procedimiento expedito para manejar a su arbitrio el tema de la contratación pública²⁴.

Este control en modo alguno supone por parte de esta instancia un pre-juzgamiento, sino que su tarea se circunscribe a la revisión del acuerdo conciliatorio en orden a verificar su entera sujeción al ordenamiento jurídico. La conciliación supone, entonces, que la solución adoptada por las partes para poner fin al litigio sea ajustada a derecho, y si no es así el juez tiene la obligación de improbarla.²⁵ Por lo mismo, la conciliación sólo produce efecto hasta tanto el juez contencioso imparte su

¹⁹ Sobre la índole de la controversia en conciliaciones sobre actos contractuales vid: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Exp. 7633, Auto de 5 de febrero de 1993.

²⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, 22 de mayo de 1997, Actor: Tisnes Idárraga & Asociados Ltda. En el mismo sentido Exp. 14919, Auto de 22 de octubre de 1998.

²¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA Exp. 16116, Auto de 29 de junio de 2000.

²² Como advierte la doctrina “[l]as normas sobre conciliación no son más que la concreción de la filosofía liberal y pluralista en la solución de los litigios, que parte del reconocimiento del otro como forma de accionar social...Es decir, si la sentencia es la forma normal de terminación de un proceso en el cual las partes no pudieron avenir a un acuerdo, la conciliación es la forma anormal de terminación del litigio en el cual el acuerdo es posible precisamente por el reconocimiento del derecho ajeno” (MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO, La conciliación...Op. Cit Pág. 10).

²³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Exp. 17219, Auto de 10 de agosto de 2000, en el mismo sentido Exp.16116, Auto de 29 de junio de 2000.

²⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Exp. 20925, Auto de 7 de marzo de 2002.

²⁵ MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO, La conciliación en el derecho administrativo, Bogotá, segunda edición, enero de 1998, P. 14.

aprobación²⁶, en otros términos, para su eficacia jurídica requiere de homologación judicial.²⁷

Bajo el anterior contexto, estricto sensu, la aprobación del acuerdo conciliatorio depende de la fortaleza probatoria que lo sustenta, habida cuenta de que el juez, además de llegar a la íntima convicción de su fundamentación jurídica, tal y como se señaló, debe inferir que no resulte lesivo del patrimonio público. Nótese que, acorde con las voces del artículo 73 in fine de la Ley 446 de 1998 (que incorporó el artículo 65 A. de 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”²⁸, esto es, contar con el debido sustento probatorio²⁹”.

Si bien las anteriores consideraciones fueron expuestas en el marco del control que debe ejercer el juez administrativo tratándose de las conciliaciones en materia contractual, lo cierto es que revisten igual importancia y aplicación en relación con aquellos acuerdos que se efectúen con ocasión del trámite de los procesos iniciados en ejercicio de la acción de reparación directa, en los cuales, de igual manera, valga resaltarlo, al tiempo que se debe verificar que el arreglo cuente con las pruebas necesarias y no sea lesivo para el patrimonio público, éste debe ajustarse a la ley, esto es debe estar en consonancia, de manera estricta, con los valores, principios y reglas jurídicas que, *en su totalidad*, conforman el ordenamiento.

Cabe destacar, además, en punto de la conciliación que gira en torno a circunstancias que podrían dar lugar a un proceso Contencioso Administrativo, que a pesar de que inicialmente se había previsto que las conciliaciones podrían adelantarse tanto ante los agentes del Ministerio Público asignados a esta Jurisdicción especializada como ante los conciliadores de los centros de conciliación autorizados para conciliar en esta materia –artículo 23 de la Ley 640 de 2001–, la Corte Constitucional a través de la sentencia C-893 del 22 de agosto de 2001³⁰, declaró inexecutable el aparte que habilitaba a conciliadores de los

²⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA Exp.17436, Auto de 5 de octubre de 2000.

²⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA Exp. 18709, Auto de 10 de noviembre de 2000.

²⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Exp. 17219, Auto de 10 de agosto de 2000, en el mismo sentido Exp. 16758, Auto de 9 de marzo de 2000; Exp. 16116, Auto de 29 de junio de 2000; Exp. 22232, Auto de 22 de enero de 2003.

²⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 18 de julio de 2007. Expediente: 31838. M.P: Ruth Stella Correa Palacio.

³⁰ MP: Clara Inés Vargas Hernández.

centros de conciliación para adelantar tales actuaciones, al considerar que dicha habilitación suponía una delegación permanente de la función de administrar justicia y, por ende, contraria al artículo 116 de la Constitución Política; de esta manera se tienen que en la actualidad únicamente los agentes del Ministerio Público se encuentran legalmente facultados para actuar como conciliadores en asuntos prejudiciales que podrían lugar dar lugar a procesos que deberían promoverse ante esta Jurisdicción especializada.

Ahora bien, en relación con las finalidades de la conciliación como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, la Corte Constitucional se ha referido en los siguientes términos:

“Varios son los fines que se pretende alcanzar con la conciliación prejudicial obligatoria, a saber: (i) garantizar el acceso a la justicia; (ii) promover la participación de los individuos en la solución de sus disputas; (iii) estimular la convivencia pacífica; (iv) facilitar la solución de los conflictos sin dilaciones injustificadas; y (v) descongestionar los despachos judiciales.

*En primer lugar, la conciliación es un mecanismo de acceso a la administración de justicia. No sólo por las razones mencionadas cuando se aludió a las “olas” del movimiento de reformas sobre acceso a la justicia, sino al propio tenor de lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución Política, según el cual, los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia. Esto se cumple no sólo cuando los particulares actúan como conciliadores, sino también cuando las partes en conflicto negocian sin la intervención de un tercero y llegan a un **acuerdo**, como quiera que en ese evento también se administra justicia a través de la **autocomposición**.*

Como mecanismo de acceso a la justicia, la conciliación constituye una oportunidad para resolver de manera rápida un conflicto, a menores costos que la justicia formal. Esto resulta obvio si las partes llegan a un acuerdo, pues el conflicto se soluciona en el mínimo tiempo posible. Pero aún en el evento en que no se llegue a un acuerdo, la conciliación permite reducir los asuntos objeto de controversia a aquellos que realmente resultan relevantes y desestimula que el litigio se extienda a temas secundarios o a puntos en los que las partes coinciden, con lo cual el eventual proceso judicial resultará menos oneroso en términos de tiempo y recursos al poderse concentrar en los principales aspectos del conflicto.

*En segundo lugar, la conciliación **promueve la participación de los particulares en la solución de controversias**, bien sea como conciliadores, o como **gestores de la resolución de sus propios conflictos**. Por ello se ha calificado la conciliación como un mecanismo de autocomposición. Esta finalidad resulta compatible con lo establecido por el artículo 2º de la Constitución Política que señala como uno de los fines esenciales del Estado facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan. Como quiera que el papel del conciliador no*

es el de imponer una solución ni sustituir a las partes en la resolución del conflicto, **la conciliación constituye precisamente una importante vía para propiciar la búsqueda de soluciones consensuales y para promover la participación de los individuos en el manejo de sus propios problemas.**

En tercer lugar, la conciliación contribuye a la consecución de la convivencia pacífica, uno de los fines esenciales del Estado (artículo 2). El hecho de que a través de la conciliación **sean las partes**, con el apoyo de un conciliador, **las que busquen fórmulas de acuerdo para la solución de un conflicto**, constituye una clara revelación de su virtud moderadora de las relaciones sociales. La conciliación extrae, así sea transitoriamente, del ámbito litigioso la resolución de los conflictos, allanando un camino para que las disputas entre individuos se resuelvan por la vía del acuerdo. Además, **la conciliación estimula el diálogo**, reduce la cultura adversarial y elimina la agudización del conflicto como consecuencia del litigio.

En cuarto lugar, la conciliación favorece la realización del debido proceso (artículo 29), en la medida que reduce el riesgo de dilaciones injustificadas en la resolución del conflicto. Tal como lo ha reconocido la abundante jurisprudencia de esta Corporación, el debido proceso involucra, amén de otras prerrogativas ampliamente analizadas, el derecho a recibir una pronta y cumplida justicia y como quiera que la conciliación prejudicial ofrece, precisamente, una oportunidad para resolver el conflicto de manera expedita, rápida y sin dilaciones, desarrolla el mandato establecido por la Carta en su artículo 29.

En quinto lugar, la conciliación repercute de manera directa en la efectividad de la prestación del servicio público de administración de justicia, al contribuir a la descongestión de los despachos judiciales. En efecto, visto que los particulares se ven compelidos por la ley no a conciliar, pero si a intentar una fórmula de arreglo al conflicto por fuera de los estrados judiciales, la audiencia de conciliación ofrece un espacio de diálogo que puede transformar la relación entre las partes y su propia visión del conflicto, lo que contribuye a reducir la cultura litigiosa aún en el evento en que éstas decidan no conciliar.

En conclusión, los fines buscados por el legislador con la conciliación prejudicial obligatoria son legítimos e importantes desde el punto de vista constitucional³¹. (Se resalta y subraya).

Por su parte, la jurisprudencia constitucional también se ha referido al importante componente de diálogo, discusión y negociación que resulta propio, sustancial y necesario en la conciliación, al considerar:

*“La conciliación desde sus orígenes ha tenido como finalidad especial y primordial servir de medio para superar situaciones de conflicto y ha sido empleada para que las controversias sean solucionadas pacíficamente por las mismas partes, quienes con la ayuda de un tercero **plantean soluciones** para superar las controversias presentadas.*

³¹ Corte Constitucional. Sentencia C-1195 de 2001. MP. Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra.

(...)

La conciliación, como se advirtió, **se soporta en la voluntad y decisión de las partes, quienes mediante la deliberación, el diálogo y la discusión de sus posiciones, generan propuestas y alternativas que pongan fin a determinado conflicto.** La conciliación constituye una actividad preventiva, en la medida en que busca la solución del conflicto antes de acudir a la vía procesal o durante el proceso, caso en el cual éste termina sin que sea necesaria la decisión de una sentencia.

De manera general, este mecanismo de solución de conflictos puede presentarse bajo tres modalidades: (i) extraprocesal, en el que las partes acuden a una autoridad o conciliador autorizado para ello, a fin de someter la disputa a un arreglo privado, sin que la ley así lo exija, sino por directa voluntad de los interesados; (ii) preprocesal, en el que se recurre al trámite conciliatorio sin que exista todavía un proceso judicial, para cumplir con un requisito o presupuesto que la ley exige antes del proceso; y (iii) procesal, que se presenta dentro del trámite del litigio por mandato normativo.

(...)

La nota característica de este mecanismo de resolución de conflictos es la **voluntariedad** de las partes para llegar a la solución de su controversia, pues son ellas, ayudadas por el conciliador que no tiene una facultad decisoria, quienes presentan las fórmulas de acuerdo con las que se espera poner fin a sus divergencias. Es, entonces, un mecanismo de autocomposición porque son las partes en conflicto y no un tercero, llámese juez o árbitro, quienes acuerdan o componen sus diferencias. Sobre la autocomposición y la conciliación como una forma de mediación, la sentencia C-1195 de 2001³² señaló:

“En la autocomposición las partes pueden abordar la solución del conflicto, ya sea comunicándose e intercambiando propuestas directamente -y en este caso estamos ante una negociación-, o bien con la intervención de un tercero neutral e imparcial que facilita y promueve el **diálogo** y la **negociación** entre ellas -y en ese evento nos encontramos ante la mediación, en cualquiera de sus modalidades-. Si bien el término conciliación se emplea en varias legislaciones como sinónimo de mediación, en sentido estricto la conciliación es una forma particular de mediación en la que el tercero neutral e imparcial, además de facilitar la **comunicación** y la **negociación** entre las partes, puede proponer fórmulas de solución que las partes pueden o no aceptar según sea su voluntad”.

El acuerdo al que pueden llegar las partes debe ser vertido en un documento que por imperio de la ley hace tránsito a cosa juzgada y, por ende, obligatorio para éstas. En ese sentido, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el término conciliación tiene o admite dos acepciones: una jurídica procesal, que lo identifica o clasifica como un mecanismo extrajudicial o trámite procedimental judicial que persigue un

³² M.P. Manuel José Cepeda.

*fin específico; y otra jurídico sustancial que hace relación al acuerdo en sí mismo considerado*³³.

*Bajo estas dos acepciones **son las partes las que en ejercicio de su libertad dispositiva deciden voluntariamente si llegan o no a un acuerdo**, conservando siempre la posibilidad de acudir a la jurisdicción, es decir, a los órganos del Estado que constitucional y permanentemente tienen la función de administrar justicia para que en dicha sede se resuelva el conflicto planteado*³⁴ (Se resalta y subraya).

De lo expuesto se desprende con claridad que la conciliación, como mecanismo alternativo y de autocomposición de conflictos, se fundamenta principalmente en el acuerdo, en la gestión voluntaria y libre de resolver una controversia en atención a las expectativas de cada uno de los intervinientes, de manera que a través del consenso, la autorregulación de los intereses, el diálogo, el intercambio de ideas y propuestas se evite acudir a la jurisdicción o una vez se ha iniciado una disputa judicial se acuerde darla por finalizada a través del aludido mecanismo.

Así las cosas, la libertad negocial y dispositiva, esto es la autonomía de la voluntad, constituye el sustrato y a la vez el pilar fundamental en el que se sustenta la institución de la conciliación –al igual que los demás mecanismos de autocomposición de controversias- dado que al fin y al cabo se trata del libre intercambio de ideas entre personas y en el poder de autoobligarse como consecuencia del denominado efecto normativo de los pactos o acuerdos alcanzados.

ii) Alcance de la autonomía de la voluntad.

En relación con el alcance del principio-derecho de la autonomía de la voluntad, la doctrina ha resaltado su importancia de la siguiente forma:

“La autonomía de la voluntad privada, en la forma en que la entendieron los codificadores del Siglo XIX, es proyección del postulado más general, que erige la voluntad en el cimiento de la organización jurídica toda, en la cual el derecho es producto del mero querer de las personas, para lo cual se les dota –con restricciones menores- del máximo poder creador de sus propias relaciones, lo que logran a través del contrato. Por esto se encuentra un paralelismo entre la ley y el contrato, pues éste, como aquella, es generador de derechos y obligaciones y los contratantes deben someterse a sus propias estipulaciones, como están sometidos a la voluntad del legislador. Es así como se equiparan

³³ Cfr. Salvamento de voto a la sentencia C-893 de 2001, sentencia C-1195 de 2001 y C-204 de 2003, entre otras.

³⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-288 de 2013. MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

contrato y ley. Más precisamente puede decirse que es la voluntad – independientemente de la ley y en tanto que fuente de derecho autónomo- la que genera los efectos del contrato y determina su contenido. Se trata, entonces, de una voluntad creadora de reglas de derecho igual a la ley.

Esta concepción voluntarista del contrato reposa sobre dos fundamentos: el de la igualdad y el de la libertad. De ahí que se diga que el derecho entraña una tutela de libertades sobre un plano de igualdad.

De estos fundamentos la doctrina clásica hace derivar diversas consecuencias y aplicaciones prácticas. Es así como se afirma que las personas son libres para celebrar contratos, pues no se les obliga a ello, ya que cada individuo se encuentra en una situación de igualdad, dentro de la libertad, para decidir si contrata o no, según su conveniencia.

Así mismo, se dice que la ley asegura las condiciones de libertad para la celebración del contrato a través de la exigencia de una capacidad de ejercicio y mediante sanción por vicio del consentimiento.

Se reconoce igualmente libertad para la determinación del contenido del contrato, esto es, para la autorregulación de los contratantes, dejándoles un amplio campo de maniobra, limitado tan sólo por unas cuantas normas imperativas o prohibitivas. Así las cosas, se reconoce a la voluntad privada un amplio poder regulador, que permite a los particulares definir el contenido de sus estipulaciones según sus intereses y necesidades.

Todo lo anterior está respaldado en la fuerza vinculante del contrato, vale decir, en el poder de los individuos para autoobligarse en virtud del efecto normativo de los pactos, los cuales ligan a los contratantes y a sus causahabientes y les impide evadir sus compromisos. Se dice que esta fuerza obligatoria es fruto del uso de la libertad, mediante la cual cada parte se autoobliga. Y este poder normativo vincula también a los jueces e incluso al legislador, pues aquellos deben aplicar y hacer cumplir las previsiones contractuales que no vulneren disposición imperativa y éste no puede afectar con ordenamientos nuevos las relaciones jurídicas anteriores, las que deben ser gobernadas por la legislación vigente al tiempo de la celebración del contrato³⁵.

Bajo esta concepción clásica y finalista, se ha entendido que la autonomía de la voluntad comprende: *“decidir si se contrata o no; establecer con quién se contrata; escoger la figura iuris; obrar personalmente o valiéndose de un intermediario; escoger el medio o la forma de expresión y, por último, determinar libremente el contenido del negocio, o mejor, ejercer la libertad de configuración interna del contrato”³⁶.*

³⁵ Suescún Melo, Jorge. Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo. Tomo II. Segunda Edición. Editorial Legis. Bogotá, 2003. Págs. 2 y 3.

³⁶ Rengifo García, Ernesto. De abuso del derecho al abuso de la posición dominante. Universidad Externado de Colombia. 2002. Pág. 179.

Así mismo, dentro de esta noción tradicional, las ideas de justicia y equilibrio contractual se garantizan con fundamento en el ejercicio de la libertad y la no intervención del Estado, de manera que el contrato o el acuerdo, desde su inicio, siempre es justo y equilibrado, puesto que su contenido es el resultado de la libre manifestación de voluntad de los propios contratantes; de ahí que lo único y principal a examinar era que el consentimiento otorgado hubiere sido libre, esto es exento de vicios³⁷.

En este sentido:

“Los contratantes satisfacen sus respectivas necesidades valorando ventajas e inconvenientes, pactando libremente lo que consideran más ajustado a sus intereses y fines. Las ideas de igualdad y de libertad jurídicas, vieron en el contrato la palanca suprema de toda la vida social.

Ciertamente se hacía hincapié en que el principio dominante en el derecho contractual era el de conceder mayor libertad a los contratantes y, por esto mismo, la mayor eficacia a su voluntad. El contrato libremente discutido es necesariamente equitativo, toda traba del legislador compromete ese equilibrio e implica una injusticia. A consecuencia de que el individuo no está obligado sino por su propia voluntad, resulta inimaginable que consagre una injusticia contra sí mismo.

En la concepción tradicional, la relación contractual es obra de las dos partes en posición de igualdad, discutiendo libremente las cláusulas del acuerdo (face to face), por medio de tratos preliminares y recíprocas concesiones, cuyo resultado siempre aseguraba un negocio más o menos justo; de lo contrario ¿para qué contrataría?

Nunca, jamás el contrato sería injusto, ya que si la parte aceptó las reglas negociales es porque entendió justo celebrarlo. Era inconcebible que los acuerdos asumidos con libertad entre las partes no fueran observados, lo que se quiere no causa daño (volenti non fit injuria). Es lo que se llamó divinización del dogma de la voluntad.

En grandes líneas, GOUNOT resume espléndidamente esta concepción al decir que el contrato obligaba simplemente porque es el contrato, esto es el acuerdo libre de dos voluntades. El contrato es tenido por justo por el solo hecho de ser querido por ambas partes. Pues bien, basta la voluntad formalmente libre para hacer justo cualquier contenido que se proponga o que se establezca. Ya no se preguntará: es justo lo pactado?, sino ¿fue libremente consentido?³⁸.

³⁷ Benítez Caorsi, Juan J. La revisión del contrato. Segunda Edición. Editorial Temis. Bogotá. 2001. Pág. 85.

³⁸ Benítez Caorsi, Juan J. Ob. Cit. Pág. 86.

La aparición de nuevas formas de contratación basadas en las economías de escala, en la producción en masa, en la idea de ahorrar costos buscando la mayor eficacia, al tiempo que contribuyeron, por un lado, a generar crecimiento económico de la industria y proporcionar seguridad jurídica e igualdad, por lo menos, en relación con la situación de todos los “adherentes” y por el otro, la contratación fundamentada en las “condiciones generales” fue objeto de profundas críticas originadas en el aumento del poder de negociación del predisponente en perjuicio del cocontratante quien vio reducida o eliminada por completo su iniciativa en la discusión de las condiciones del acuerdo.

Acerca de la problemática generada con ocasión de esta nueva modalidad de contratación, resulta suficientemente dicente la siguiente manifestación doctrinal:

“Las empresas utilizan las condiciones generales de los contratos con otro fin: mejorar su posición contractual con respecto a la normal distribución de cargas y derechos prevista legalmente, desplazando riesgos y obligaciones hacia sus clientes o arrojándose derechos y facultades excesivos, sin contrapartida alguna para los adherentes. Aprovechando la necesidad de contratar con formularios uniformes, se introducen cláusulas novedosas (novedosas con relación a su regulación dispositiva) cuyo fin no es alcanzar un modelo de contratación más eficiente, un nuevo tipo contractual o una redistribución de cargas y derechos más acorde con la función del negocio, sino reducir los costes e incrementar los beneficios del empresario, así como asegurarse una posición de prevalencia en la relación, de modo que toda iniciativa del adherente queda eliminada, sometida a la voluntad del empresario. Así, no sólo se utilizan las condiciones generales para racionalizar, agilizar y abaratar la contratación y perfeccionar la organización institucional de la empresa, sino también para fortalecer su posición jurídica en el contrato, limitando sus obligaciones y responsabilidades y asegurando y extralimitando sus derechos de modo injusto, contrariando la equidad y la buena fe y a las legítimas expectativas de los adherentes, que se ven privados de los derechos que habría que suponer implícitos en el tipo contractual, o abrumados con las cargas insospechadas, por exorbitantes al contrato formado, etc. Los predisponentes se aprovechan de que en esta forma de contratación no cabe ningún tipo de negociación, de que no es posible alterar las cláusulas prerredactadas, de que la única opción es tomar o dejar lo que se ofrece –hasta el punto de que nadie se le ocurriría intentar una modificación de su contenido, puesto que se sabe de antemano que es inmutable-, para maximizar sus beneficios y reafirmar su posición de predominio en la relación, negando toda trascendencia jurídica al desequilibrio contractual originado”³⁹.

El abuso de la posición de dominio, el excesivo poder de negociación, la posibilidad de predisponer, en muchas ocasiones de forma abusiva, las

³⁹ Ballesteros Garrido, citado en Rengifo García. Ob. Cit. Pág. 189-190.

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

Respecto de la tendencia y la cultura encaminada a evitar y a combatir los desequilibrios contractuales generados con ocasión del poder de negociación y la posición de dominio, conviene resaltar el siguiente pronunciamiento de la doctrina:

“A través de una referencia panorámica se detecta que la tutela del débil aparece como una de las más significativas líneas evolutivas del derecho civil contemporáneo. Por consiguiente ha surgido una nueva moral contractual mediante la intervención del juez en el contrato para hacer reinar un mínimo de equidad en las relaciones negociales.

En el nuevo concepto de contrato, la equidad y la justicia vienen a ocupar el centro de gravedad en sustitución del mero juego de fuerzas volitivas e individualistas que en la sociedad de consumo, comprobadamente son llevadas al predominio, de la voluntad del más fuerte sobre el más vulnerable, resultando inaceptable el desequilibrio irrazonable de la ingeniería contractual, valorizándose el equilibrio intrínseco de la relación en su totalidad, redefiniéndose por tanto lo que es razonable en materia de concesiones del contratante más débil permitiendo así la existencia de un equilibrio mínimo en la relación contractual

Es oportuno recordar con CAMILLETI, que de principio existe un desinterés en el equilibrio contractual entendido como correspondencia de valores objetivos entre las prestaciones intercambiadas, siendo lógica consecuencia del reconocimiento de la autonomía privada. No obstante, si se exige una cierta proporción económica entre las prestaciones, el contrato conmutativo requiere una relación tendencial de congruidad, en cuanto el excesivo desequilibrio entre las prestaciones compromete de modo inaceptable la realización del sinalagma, considerado en su momento funcional. La entidad de la prestación no puede ser tan ínfima que vacíe de significado el contrato, de ahí que cuando su valor no satisfaga mínimamente el interés del que la recibe, ello equivale jurídicamente a una prestación inexistente que interrumpe el “nexo de interdependencia” constitutivo de la causa del contrato. Al margen de lo dicho, debe quedar claro que la exigencia de justicia simplemente impone un tendencial respeto de la relación de congruidad y no busca realizar un perfecto equilibrio objetivo entre las prestaciones; solo interviene tras una obligación manifiestamente inequitativa.

(...)

Adviértase que la buena fe objetiva actúa como criterio corrector del contenido de las obligaciones asumidas, en cuyo caso surge la tutela de la confianza como garantía del equilibrio en la relación contractual al exigir el respeto de una equitativa distribución de los riesgos, ventajas y desventajas del contrato como vestimenta formal de la operación económica. De manera que tutelar el equilibrio del intercambio, no significa reescribir el contrato, imponiéndose un modelo y contenido más oportuno, sino simplemente contemperar el reconocimiento de la autonomía privada con la necesaria remoción de la disparidad que impide su efectivo ejercicio⁴⁰.

La *razonabilidad, la conmutatividad, la equivalencia y la proporcionalidad*, se convierten entonces en los criterios que deben servir de parámetro al momento de determinar el equilibrio mínimo que debe caracterizar la relación negocial, de manera que lo irrazonable o lo desproporcionado en relación con las expectativas de los contratantes, en especial de la parte débil, debe ser el punto de entrada para que los controles legales, administrativos y judiciales tengan plena operancia y se garantice la congruidad y la equidad sustancial y esencial de las prestaciones.

En este sentido resultan pertinentes y muy ilustrativas las precisiones formuladas por destacados autores que con importante autoridad académica se han ocupado de esta materia, así:

“(...) EMMERT destaca la necesidad de un control sobre la economía (...) del contrato, cuya única finalidad es evitar la desproporcionalidad (...) en el cumplimiento de la obligación. En efecto, surge la noción de equivalencia funcional que determina la existencia de una razonable relación de equilibrio entre las prestaciones. El contrato como negocio jurídico debe satisfacer un mínimo de equivalencia, puesto que el desequilibrio dinamita el valor del cumplimiento por medio de un sinalagma razonable.

Bajo estas circunstancias, el contrato entonces sólo es obligatorio cuando responde a una recíproca libertad negocial. En caso contrario, aparece el control de contenido para cumplir una función de filtro que asegura un standard mínimo de razonabilidad, es decir, se presenta como una garantía de proporcionalidad (...) que permite mantener la reciprocidad del acuerdo. Simplemente evita el surgimiento del contrato injusto, entendido como aquel que no es capaz de efectuar un razonable equilibrio del conflicto de intereses. En resumen, el contrato injusto no es vinculante para la parte perjudicada, porque se desnaturalizó el instrumento de la libertad contractual y hubo abuso. Cabe precisar, entonces, que la operatividad del principio de proporcionalidad entre derechos y obligaciones, no se refiere a la equivalencia entre las prestaciones, sino a la prohibición de una desproporción excesiva e injustificada entre las obligaciones acordadas.

⁴⁰ Benítez Caorsi, Juan J. Ob. Cit. Pág. 72

De lo mencionado hasta aquí, se deduce que la razonabilidad deviene lineamiento para valorar la congruidad y la equidad sustancial de la regulación negocial, como criterio de garantía del equilibrio contractual mediante la exigencia de moderación de los acuerdos irrazonables.

(...)

Para que esto sea posible, se han establecido a la autonomía privada no solo límites negativos, sino exigencias positivas en cuanto al contenido de la regla privada para lograr la eficacia contractual. Se trata simplemente de exigir un cierto grado de justicia, evitando que el negocio jurídico se presente como irracionalmente favorable a una de las partes por ser expresión de un desequilibrio arbitrario, es decir, sin justificación adecuada. No toda injusticia en el contenido contractual justifica una intervención de justicia, sino solo cuando en la conclusión del negocio se originó un considerable perjuicio a causa del déficit en el funcionamiento de la libertad contractual.

La premisa básica del actual derecho de los contratos, consiste en la protección de la parte débil, mediante el reconocimiento de un mega principio de igualdad contractual, que entre sus proyecciones impone una relectura de la fuerza obligatoria del contrato, hecha bajo la reversa del principio de proporcionalidad, o mejor dicho por el control de la desproporción de los equilibrios negociales.

A pesar de lo expuesto, conviene aclarar que no puede afirmarse sin más la existencia de un principio general de la proporcionalidad; esta deviene en una excepción, funciona como una exigencia de adecuación frente al grave desequilibrio, en definitiva como una “excepción de proporcionalidad”. En esa misma orientación, GALGANO destaca que el único defecto de equivalencia sancionable es aquel que determina una estridente desproporción entre las prestaciones.

Convengo con HANS HANAU en que no existe un principio general de proporcionalidad, sino que sólo se trata de una prohibición de la desproporción. Este autor apunta a que debido a la pérdida de libertad (...), no puede concretarse la voluntad de una de las partes, lo que hace necesaria una proporción de justicia objetiva en la regla negocial mediante la proscripción del exceso.

En resumidas cuentas, será primordial el rescate ético del principio de igualdad en los contratos para lograr un ejercicio equilibrado de las relaciones jurídicas por medio de una distribución ecuánime de las cargas y los riesgos subyacentes a la actividad negocial. Excluir el papel relevante de las concretización de la igualdad sustancial en el destino de las relaciones privadas es un error muy grave en cuanto el ordenamiento debe ofrecer los caminos e instrumentos para que las personas determinen sus propias relaciones, abordándose una clara inviabilidad de la lectura formal del principio de igualdad⁴¹.

A manera de ejemplo, dentro de las medidas legislativas que en el derecho

⁴¹ *Ibídem.* Pág. 75-77.

comparado se han adoptado con el fin de evitar o atenuar los desequilibrios o los abusos en relación con los denominados contratos de adhesión, entre los cuales se encuentran, entre otros, el establecimiento de los “contratos imperativamente regulados”⁴², ocupan lugar de preeminencia las normas especiales tendientes a proteger al consumidor, así como la consagración de un listado de cláusulas de las cuales hacen presumir que su inclusión en un contrato obedece exclusivamente al abuso de una posición dominante.

Frente al tratamiento legislativo de las cláusulas abusivas y el contrato de condiciones generales, según la doctrina existen dos tendencias:

“La primera es una amplia, de origen alemán, en el sentido de que se defiende a todo destinatario contra las condiciones generales de la contratación, con especiales preceptos para las cláusulas abusivas. La segunda es propia de la legislación francesa que ofrece su defensa sólo a los consumidores en lo relativo a las cláusulas abusivas. La Directiva Europea 93/13/CEE del 5 de abril de 1993, se aproxima más a la segunda en el sentido que protege a los consumidores contra las cláusulas no negociadas individualmente, sean o no generales, pero en todo caso abusivas. Dentro de los consumidores se incluye a los profesionales que operen fuera de su ámbito común de actividad. Los otros intervinientes habituados al ramo de que se trate, quedan bajo la presunción de su autoprotección. Sobre estos profesionales que operan dentro del ámbito propio de actividad se entiende que están suficientemente protegidos por el conocimiento de su entorno y para éstos no opera la norma comunitaria sino el derecho interno”⁴³.

Dentro de las cláusulas que tanto la ley, como la jurisprudencia y la doctrina han identificado como presuntamente abusivas, se encuentran aquellas encaminadas a exonerar, limitar o extender la responsabilidad. La restricción de esa clase de estipulaciones y en algunos casos su prohibición encuentran las siguientes justificaciones según la doctrina:

“[La] exigencia de proteger la buena fe objetiva, en la medida en que ésta se relaciona con toda circunstancia cuya existencia y persistencia se considera objetivamente necesaria para que el negocio pueda subsistir como un reglamento sensato de intereses; abuso del derecho; desconocimiento del orden público; incompatibilidad con el concepto mismo de obligación, el cual presupone el deber de adaptar un comportamiento acorde con lo establecido en el contrato para satisfacer las expectativas de la otra parte; ilicitud de la causa u objeto; exigencia

⁴² “En los cuales se establece un régimen mínimo de responsabilidad para la parte fuerte, la cual no puede hacer más flexible, en su favor, dicho régimen, al adicionar defensas o exoneraciones no previstas o establecer límites de responsabilidad que no hayan sido expresamente autorizados”. Suescún Melo, Jorge. Ob. Cit. Pág. 9.

⁴³ Ibídem Pág. 12

*de la adecuación de las prestaciones o, en fin, con base en la regla según la cual la condonación del dolo futuro no vale*⁴⁴.

iii). Tratamiento en Colombia de las cláusulas abusivas, el abuso de la posición dominante en las relaciones negociales, la protección a la parte débil y el equilibrio del contrato.

3.1. Tratamiento legislativo.

Acerca de la materia que se viene examinando, conviene destacar que el Código Civil y el Código de Comercio, a pesar de sus orientaciones individualistas y liberales, no fueron indiferentes frente al desequilibrio de ciertas relaciones contractuales y menos han tenido el propósito de promover o autorizar abusos o desviaciones que resultan finalmente contrarias a la finalidad suprema de alcanzar un orden justo; por ello entre sus disposiciones, a pesar de la época en que cada uno de esos estatutos fue concebido e incluso no obstante de la connotada característica de limitarse a regular relaciones jurídicas entre particulares y, por tanto, constituirse en la base fundamental del Derecho Privado, a pesar de ello contienen diversas disposiciones según las cuales si bien no se hace referencia expresa a la prohibición de las cláusulas abusivas o al abuso de la posición dominante, sí evidencian una clara tendencia a limitar el alcance de la autonomía de la voluntad en esas materias y procurar la garantía de un equilibrio mínimo en las regulaciones negociales.

Sólo para enumerar algunos ejemplos, la figura de la lesión enorme (artículos 1946 y siguientes del Código Civil)⁴⁵, la prohibición de condonar el dolo futuro (artículo 1522⁴⁶ del Código Civil), el precio irrisorio (artículo 920⁴⁷ del Código de

⁴⁴ Suescún Melo, Jorge. Ob. Cit. Pág. 283.

⁴⁵ "ARTICULO 1946. <RESCISION POR LESION ENORME>. El contrato de compraventa podrá rescindirse por lesión enorme.

ARTICULO 1947. <CONCEPTO DE LESION ENORME>. El vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador a su vez sufre lesión enorme, cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella.

El justo precio se refiere al tiempo del contrato."

⁴⁶ ARTICULO 1522. <CONDONACION>. El pacto de no pedir más en razón de una cuenta aprobada, no vale en cuanto al dolo contenido en ella, si no se ha condonado expresamente. **La condonación del dolo futuro no vale.**

⁴⁷ ARTÍCULO 920. <PRECIO>. No habrá compraventa si los contratantes no convienen en el precio o en la manera de determinarlo. Pero si el comprador recibe la cosa, se presumirá que las partes aceptan el precio medio que tenga en el día y lugar de la entrega.

Comercio), la prohibición en los contratos de transporte terrestre, aéreo o marítimo de pactar cláusulas de exoneración de responsabilidad (artículo 992⁴⁸ del Código de Comercio)⁴⁹, el establecimiento de numerosas normas imperativas en el contrato de seguro, la obligación de indemnizar los perjuicios que causen las personas que abusen del derecho (artículo 830 del Código de Comercio)⁵⁰, la exigencia de la buena fe (artículo 1603⁵¹ del Código Civil) y la buena fe exenta de culpa (artículos 835⁵² y 871⁵³, entre otros, del Código de Comercio), la consagración de las normas de interpretación del contrato, en especial aquella según la cual las cláusulas ambiguas deben interpretarse en contra de quien las dictó⁵⁴ (*interpretatio contra proferentem*)⁵⁵, reflejan con claridad que en determinadas circunstancias y bajo ciertas condiciones, la manifestación de voluntad exenta de vicios no resulta vinculante y en estos casos la fuerza

El precio irrisorio se tendrá por no pactado.

⁴⁸ ARTÍCULO 992. <EXONERACIÓN TOTAL O PARCIAL DE LA RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTADOR>. El transportador sólo podrá exonerarse, total o parcialmente, de su responsabilidad por la inejecución o por la ejecución defectuosa o tardía de sus obligaciones, si prueba que la causa del daño lo fue extraña o que en su caso, se debió a vicio propio o inherente de la cosa transportada, y además que adoptó todas las medidas razonables que hubiere tomado un transportador según las exigencias de la profesión para evitar el perjuicio o su agravación.

Las violaciones a los reglamentos oficiales o de la empresa, se tendrán como culpa, cuando el incumplimiento haya causado o agravado el riesgo.

Las cláusulas del contrato que impliquen la exoneración total o parcial por parte del transportador de sus obligaciones o responsabilidades, no producirán efectos.

⁴⁹ No obstante que se admita que la parte fuerte renuncie en todo o parte de sus derechos y exoneraciones y aumente sus responsabilidades y obligaciones.

⁵⁰ ARTÍCULO 830. <ABUSO DEL DERECHO-INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS>. El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause.

⁵¹ ARTICULO 1603. <EJECUCION DE BUENA FE>. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.

⁵² ARTÍCULO 835. <PRESUNCIÓN DE BUENA FE>. Se presumirá la buena fe, aún la exenta de culpa. Quien alegue la mala fe o la culpa de una persona, o afirme que ésta conoció o debió conocer determinado hecho, deberá probarlo.

⁵³ ARTÍCULO 871. <PRINCIPIO DE BUENA FE>. Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.

⁵⁴ Siempre y cuando la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella.

⁵⁵ ARTICULO 1624. <INTERPRETACION A FAVOR DEL DEUDOR>. No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor.

Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella.

normativa del contrato no está llamada a surtir la plenitud de sus efectos.

En época más reciente, la Ley 142 de 1994 se encargó de establecer un listado de cláusulas que llevan a presumir que su incorporación en un contrato de servicios públicos domiciliarios ha sido consecuencia del abuso de la posición dominante de la empresa predisponente.

Por su parte, la Ley 1328 de 2009, por medio de la cual se regula el régimen de protección al consumidor financiero, prohíbe la utilización de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión elaborados por las entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera, para lo cual, de igual forma, se consagró un amplio listado del tipo de estipulaciones que deben considerarse abusivas.

Así mismo, la Ley 1480 de 2011, por medio del cual se expidió el Estatuto del Consumidor, prevé como derecho de los consumidores la obtención de protección contra cláusulas abusivas en los contratos de adhesión; en este sentido se establece como requisito para celebrar los contratos de Condiciones Generales o de adhesión, la obligación de informar de manera suficiente, anticipada y expresa al adherente acerca del alcance del clausulado del acuerdo, al tiempo que se prohíbe la inclusión de cláusulas que permitan al productor y/o proveedor modificar de manera unilateral el contrato o sustraerse de sus obligaciones. Finalmente, en lo que se refiere a la protección contractual al consumidor, se dispone que las condiciones del contrato deberán interpretarse de la manera más favorable al consumidor y que en caso de duda prevalecerán las cláusulas más favorables al consumidor sobre aquellas que no lo sean.

En el referido Estatuto se definen las cláusulas abusivas como *“aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afectan el tiempo, modo y lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones generales de la transacción particular que se analiza”*⁵⁶.

En el mismo sentido se prohíbe la inclusión por parte de los productores y proveedores de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores,

⁵⁶ Ley 1480 de 2011. Artículo 42.

so pena de la operancia de la ineficacia de pleno derecho⁵⁷.

3.2. Medidas administrativas.

De otra parte, entre las funciones de inspección, vigilancia y control asignadas a las Superintendencias en relación con algunas actividades previstas en el ordenamiento, se encuentra que las normas legales correspondientes se han ocupado de asignarles a las Superintendencias de Servicios Públicos, Financiera y de Industria y Comercio, atribuciones y competencias específicas en relación con la protección contractual de los usuarios y/o consumidores, en concreto para prevenir la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión y definir qué prácticas o estipulaciones no previstas en la ley pueden constituir cláusulas abusivas⁵⁸.

3.3. Jurisprudencia en relación con las cláusulas abusivas y el abuso del Derecho.

A su turno, la Corte Suprema de Justicia se ha referido al tema de las cláusulas abusivas, para lo cual ha encontrado como fundamento principal para la aplicación de dichos postulados, el principio de la buena fe objetiva y el abuso del derecho.

Cabe resaltar que según la jurisprudencia de la referida Corporación, el abuso en el ejercicio de la posición de dominio y la inclusión de cláusulas abusivas no es propia de los contratos de adhesión, ni mucho menos se circunscribe a los acuerdos típicamente contractuales, comoquiera que tales circunstancias “anómalas” dentro de una relación jurídica, bien pueden manifestarse en cualquier acto dispositivo o, lo que es igual, en toda manifestación de voluntad.

⁵⁷ Ley 1480 de 2011. Artículo 42.

⁵⁸ Ley 1328 de 2009. **Artículo 12. Prácticas abusivas.** *Se consideran prácticas abusivas por parte de las entidades vigiladas las siguientes:*

a) El condicionamiento al consumidor financiero por parte de la entidad vigilada de que este acceda a la adquisición de uno o más productos o servicios que presta directamente o por medio de otras instituciones vigiladas a través de su red de oficinas, o realice inversiones o similares, para el otorgamiento de otro u otros de sus productos y servicios, y que no son necesarias para su natural prestación.

b) El iniciar o renovar un servicio sin solicitud o autorización expresa del consumidor.

c) La inversión de la carga de la prueba en caso de fraudes en contra de consumidor financiero.

d) Las demás que establezca de manera previa y general la Superintendencia Financiera de Colombia.

Al respecto, en sentencia del 2 de febrero de 2001, se expuso:

“Cumple anotar que tratándose de negocios jurídicos concluidos y desarrollados a través de la adhesión a condiciones generales de contratación, como –por regla- sucede con el de seguro, la legislación comparada y la doctrina universal, de tiempo atrás, han situado en primer plano la necesidad de delimitar su contenido, particularmente para “excluir aquellas cláusulas que sirven para proporcionar ventajas egoístas a costa del contratante individual” (Lukes)⁵⁹.

*Con tal propósito, por vía de ejemplo, se promulgaron normas por la Comunidad Europea (Directiva 93/13 de 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores), que también se encuentran incorporadas, a nivel interno, en los derechos alemán (ley de 9 de dic/76), luxemburgués (ley 25/83), italiano (art. 1469 bis y ss. C.C.), francés (ley 95/96), español (ley 7/98) y, en similar sentido –además-, en las legislaciones brasileña (art. 51 CDC), paraguaya (art. 691 C.C.), argentina (art. 37 Ley 24.240 y el Decreto 1798/94), e igualmente en la colombiana, circunscrita ésta a los contratos de prestación de un servicio público (art. 133 ley 142/94), legislaciones en las cuales, de ordinario, se advierten **como características arquetípicas de las cláusulas abusivas** –primordialmente-: **a) que su negociación no haya sido individual; b) que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe negocial -vale decir, que se quebrante este postulado rector desde una perspectiva objetiva: buena fe probidad o lealtad-, y c) que genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes**⁶⁰.*

En este sentido, la calificación de abusiva, leonina o vejatoria –entre otras denominaciones más enderezadas a relieves el resquebrajamiento o erosión de la justicia contractual- de una cláusula que, como la aquí colacionada, impone al asegurado o beneficiario la carga de probar su derecho de una manera específica –o tarifaria-, limitando por esta vía indebidamente los diversos medios de prueba a su disposición, en contra de la preceptiva legal imperante, responde, preponderantemente, al hecho de que ella socava el equilibrio prestacional que, en línea de principio, debe existir en todo contrato, en la medida en que agrava –sin contrapartida- las condiciones en que aquellos pueden solicitar del asegurador que cumpla con su obligación de “pagar el siniestro”, concretamente como corolario de la acreditación de la ocurrencia o materialización del riesgo asegurado (onus probandi).

*Dicha exigencia restrictiva, in concreto, provoca una **inequitativa** y de paso inconsulta dilación en el cumplimiento del deber de prestación a cargo del asegurador, desnaturalizando así la inocultable teleología bienhechora reconocida universalmente al contrato de seguro, pues si de este negocio jurídico emana la obligación condicional de la entidad*

⁵⁹ Citado por Federico de Castro y Bravo. Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las Leyes. Civitas. Madrid. 1985, Pág. 56.

⁶⁰ Cfme; Adela Serra Rodríguez. Cláusulas abusivas en la contratación. Aranzadi. 1996. Págs. 35 y ss., Atilio Aníbal Alterini. Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas. Civitas. 1996. Pág. 89 y Vincenzo Roppo. La Nuova Disciplina Delle Clausole Abusive Nei Contratti Fra Imprese e Consumatori, en Clausole Abusive Nei e Assicurazione, Giuffrè, Milán, 1994.

aseguradora (nral. 4 art. 1045, en concordancia con el art. 1054 del C. Co., en lo pertinente), ocurrido el siniestro, en virtud de la realización del referido riesgo asegurado (arts. 1054 y 1072 ib.), surge –in actus- la obligación a cargo de ésta de satisfacer la prestación asegurada (art. 1080 ib.).

Lo abusivo -o despótico- de este tipo de cláusulas –que pueden estar presentes en cualquier contrato y no sólo en los de adhesión o negocios tipo-, se acentúa aún más si se tiene en cuenta que el asegurador las inserta dentro de las condiciones generales del contrato (art. 1047 C. de Co.), esto es, en aquellas disposiciones –de naturaleza volitiva y por tanto negocial- a las que se adhiere el tomador sin posibilidad real o efectiva de controvertirlas, en la medida en que han sido prediseñadas unilateralmente por la entidad aseguradora, sin dejar espacio –por regla general- para su negociación individual.

De esta manera, en caso de preterirse el equilibrio contractual, no solo se utiliza impropriamente un esquema válido -y hoy muy socorrido- de configuración del negocio jurídico, en el que no obstante que “el adherente no manifieste una exquisita y plena voluntad sobre el clausulado, porque se ve sometido al dilema de aceptar todo el contrato o renunciar al bien o al servicio”, en cualquier caso, “no puede discutirse que existe voluntad contractual”, o que ese acto no revista “el carácter de contrato”⁶¹, sino que también abusa de su derecho y de su específica posición, de ordinario dominante o prevalente, en franca contravía de los derechos de los consumidores (arts. 78, 95 nral. 1º y 333 inc. 4º C. Pol. y demás disposiciones concordantes), eclipsando al mismo tiempo el potísimo axioma de la buena fe, dada la confianza que el tomador -consumidor, lato sensu- deposita en un profesional de la actividad comercial, al que acude para trasladarle -figuradamente- un riesgo por el que ha de pagarle una prima (art. 1037 C. de Co.), en la seguridad de que si el suceso incierto configurativo del riesgo asegurado se materializa, esto es, cuando éste muda su condición ontológica (in potencia a in actus), el asegurador asumirá las consecuencias económicas o patrimoniales desfavorables que de él deriven, pues esta es su “expectativa objetivamente razonable”, como lo enseñan determinados autores, la que precisamente sirvió de báculo para contratar el seguro.

De ahí que la doctrina especializada haya calificado como abusiva -y de indiscutida inclusión en las llamadas “listas negras”, contentivas de las estipulaciones que, in radice, se estiman vejatorias-, aquella cláusula que “favorece excesiva o desproporcionalmente la posición contractual del predisponente y perjudica inequitativa y dañosamente la del adherente”, entre las cuales se encuentra “La limitación indebida de los medios de prueba o los pactos que modifiquen la distribución de la carga de la prueba conforme al derecho aplicable”⁶² (Se subraya), restricción objetiva que en

⁶¹ Luis Diez-Picazo y Ponce De Leon. Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas. Civitas. 1996. Pág. 30, y Georges Dereux. De la Nature Juridique des ‘Contrats D’Adhesion’. París. R.T.D.C. París. Pág., 541. Cfme: Carlos Gustavo Vallespinos. El contrato por adhesión a condiciones generales. Buenos Aires. 1984. Pág. 312; Juan Carlos Rezzonico. Contratos con cláusulas predispuestas. Astrea. Buenos Aires. 1987. Págs. 348 y ss y Juan M. Farina. Contratos Comerciales Modernos. Astrea. Buenos Aires. 1999. Pág. 128.

⁶² Rubén S. Stiglitz. Cláusulas abusivas en el contrato de seguro. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Pág. 69, y en El contrato de seguro como contrato por adhesión. Cláusulas abusivas. Control, en

el caso sometido a escrutinio de la Sala, se “acordó” en la cláusula 13 de las condiciones generales del seguro de cumplimiento tomado por la sociedad demandada, al estipularse como única manera de probar el siniestro, la copia auténtica de la sentencia o del laudo arbitral ejecutoriado, que declare el incumplimiento del afianzado (fl. 149, cdno. 1), lo que significa, lisa y llanamente, que a través de esa aludida –y cuestionada- cláusula, se modificó un precepto de carácter imperativo, en perjuicio del asegurado-beneficiario, lo cual tampoco resulta de recibo en el ordenamiento colombiano, no solo desde el punto de vista legal, como ha quedado expuesto, **sino también desde una perspectiva constitucional, si se tiene en cuenta que es deber de toda persona no abusar de sus derechos (nral.1º inc. 2º art. 95 C. Pol.); que el Estado debe evitar o controlar “cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional” (inc. 4º art. 333 ib.), e igualmente velar por los derechos de los consumidores (art. 78 ib.).**

Por eso la Sala ya ha puesto de presente, con innegable soporte en las normas constitucionales reseñadas y al mismo tiempo en el artículo 830 del Código de Comercio, que en la formación de un contrato y, específicamente, en la determinación de “las cláusulas llamadas a regular la relación así creada, pueden darse conductas abusivas”, ejemplo prototípico de las cuales “lo suministra el ejercicio del llamado ‘poder de negociación’ por parte de quien, encontrándose de hecho o por derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato, sino que en la fase de ejecución o cumplimiento de este último le compete el control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación” (CCXXXI, pág., 746)⁶³ - (Negrilla fuera del original).

En el mismo sentido, en sentencia del 19 de octubre de 2001, la Corte Suprema de Justicia reiteró:

“No obstante, la facultad dispositiva de las partes, no es absoluta, ni comporta el reconocimiento de un poder libérrimo e incontrolado. Contrario sensu, su ejercicio está sujeto al orden jurídico, y por consiguiente, a los presupuestos de validez del acto dispositivo, a la buena fe, corrección, probidad o lealtad exigibles en el tráfico jurídico, y exclusión de todo abuso del derecho. **El acto dispositivo, cualquiera sea su modalidad, a más de claro, preciso e inequívoco, debe acatar el ius cogens y las buenas costumbres y los requisitos de**

Memorias del Primer Foro de Derecho de Seguros. Ed. Max Limonad, Sao Paulo, 2000, págs. 99 a 124; y Luis Diez-Picazo y Ponce De Leon. Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas. Civitas. 1996. Pág. 43. Cfme: Jérôme Kullmann. Clauses abusives et contrat d'assurance, en Revue Générale du Droit des Assurances. París. 1996. Pág. 27 y Claudio Russo. L'incidenza della disciplina delle c.d.'clausole abusive' sui contratti assicurativi stipulati con i consumatori. Assicurazioni. 1998. Jul-Dic. Págs. 261 y 262.

⁶³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de febrero de 2001. Expediente No. 5670. MP: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

validez. Es menester la capacidad de las partes, la legitimación dispositiva e idoneidad del objeto o, la capacidad de los contratantes, la licitud de objeto y de causa, ausencia de vicio por error espontáneo o provocado, dolo, fuerza, estado de necesidad o de peligro. **Asimismo, la estipulación dispositiva en forma alguna debe configurar ejercicio de posición dominante contractual, cláusula abusiva, abuso del derecho, ni el aprovechamiento de la manifiesta condición de inferioridad, indefensión o debilidad de una parte.** Tampoco, implicar un fraude a la ley, ni utilizarse el contrato de agencia comercial para simular un acto diferente, *verbi gratia*, una relación laboral que, en todo caso prevalece con todas sus consecuencias legales.

Ahora, cuando el contrato de agencia o la estipulación dispositiva, sea por adhesión, estándar, en serie, normativo, tipo, patrón, global o mediante condiciones generales de contratación, formularios o recetarios contractuales, términos de referencia o reenvío u otra modalidad contractual análoga, sus estipulaciones como las de todo contrato, en línea de principio, se entienden lícitas, ajustadas a la buena fe y justo equilibrio de las partes. Con todo, dándose controversias sobre su origen, eficacia o el ejercicio de los derechos, **el juzgador a más de las normas jurídicas que gobiernan la disciplina general del contrato, aplicará las directrices legislativas singulares en su formación, celebración, contenido, interpretación, ejecución o desarrollo y terminación, para verificar su conformidad o disparidad con el ordenamiento y, en particular, el ejercicio de poder dominante contractual o la existencia de cláusulas abusivas, o sea, todas aquellas que aún negociadas individualmente, quebrantan la buena fe, probidad, lealtad o corrección y comportan un significativo desequilibrio de las partes, ya jurídico, ora económico, según los derechos y obligaciones contraídos** (cas.civ. sentencias de 19 de octubre de 1994, CCXXXI, 747; 2 de febrero de 2001, exp. 5670; 13 de febrero de 2002, exp. 6462), **que la doctrina y el derecho comparado trata bajo diversas locuciones polisémicas, tales las de cláusulas vejatorias, exorbitantes, leoninas, ventajosas, excesivas o abusivas con criterios disímiles para denotar la ostensible, importante, relevante, injustificada o transcendente asimetría entre los derechos y prestaciones, deberes y poderes de los contratantes, la falta de equivalencia, paridad e igualdad en el contenido del negocio o el desequilibrio "significativo"** (art. L-132-1, Code de la consommation Francia; artículo 1469 bis Codice Civile italiano) "importante" (Directiva 93/13/93, CEE y Ley 7ª/1998 -modificada por leyes 24/2001 y 39/2002- España), "manifiesto" (Ley 14/7/91 Bélgica), "excesivo" (art. 51, ap. IV. Código de Defensa del Consumidor del Brasil; art. 3º Ley de contratos standard del 5743/1982 de Israel) o "exagerado" (C.D. del Consumidor del Brasil), "sustancial y no justificado" (Ley alemana del 19 de julio de 1996, adapta el AGB-Gesetz a la Directiva 93/13/93 CEE) en los derechos, obligaciones y, en menoscabo, detrimento o perjuicio de una parte, o en el reciente estatuto del consumidor, las "que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos", en cuyo caso "[p]ara establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, **serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza**", no podrán incluirse por los productores y proveedores en los contratos celebrados con los

consumidores, y "en caso de ser incluidas serán ineficaces de pleno derecho" (artículos 42 y ss), y que igualmente las Leyes 142 de 1994 (artículos 131, 132 y 133) y 1328 de 2009 (D.O. 47.411, julio 15 de 2009, arts. 2o, 7o, 9o, 11 y 12), prohíben estipular⁶⁴ (Se destaca).

El Consejo de Estado también se ha referido al tema de la inclusión de cláusulas abusivas en un negocio contractual para efectos, entre otros, de determinar cuál debe ser la consecuencia jurídica de esta circunstancia. Dijo en esa oportunidad, esta Corporación:

"La limitación que por orden público se impone a los contratos de seguros, en el sentido de que una de sus cláusulas no puede tener por efecto la inejecución del objeto mismo del vínculo, se deriva tanto de su carácter bilateral como de la onerosidad que es característica de este tipo de contratos; así lo ha entendido la doctrina en materia de derecho de seguros, por ello para el profesor Ruben Stiglitz:

"El contrato de seguro es oneroso pues, los beneficios (provechos) concedidos por el asegurador lo son a cambio de la prestación (perjuicio) ejecutada o prometida por el asegurado y, viceversa, la prestación a la que se obliga o realiza el asegurado lo es en vista de la prestación que asume efectivamente o promete el asegurador"⁶⁵.

*Respecto de las **cláusulas abusivas** en el contrato de seguros, el mismo autor afirmó:*

"Es característica definitoria de la cláusula abusiva, que importe un desequilibrio significativo entre los derechos del asegurado/usuario y las obligaciones y cargas del asegurador/profesional, derivadas del contrato en perjuicio del primero.

(...)

"... es precisamente la desventaja exagerada lo que desnaturaliza la relación de equivalencia en perjuicio del usuario de servicios asegurativos, pues presupone inexistencia de contrapartida o de fundamento suficiente que justifique el desequilibrio en que desemboca.

"O, dicho con otras palabras, la inequivalencia presupone ampliación de las ventajas o provechos del asegurador (profesional), o aligeramiento o supresión de sus obligaciones y, consecuentemente, agravamiento de las cargas y obligaciones del asegurado sin que de la correlación de los polos provecho/sacrificio surja una contrapartida en beneficio del usuario, o sea un fundamento legítimo, con el que quedaría preservado el principio de la máxima reciprocidad de intereses"⁶⁶.

⁶⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de octubre de 2011. Expediente 2001-847. MP: William Namén Vargas.

⁶⁵ Rubén Stiglitz, *Derecho de seguros*, T. I, 2ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 126 a 127.

⁶⁶ *Ibídem*, p. 372 a 373.

En este marco, dentro del concepto de cláusulas abusivas, para el profesor Stiglitz, se deben incorporar las llamadas cláusulas sorprendidas que son aquellas que contradicen “de modo trascendente las expectativas normales (razonables) que genera en el adherente un contrato de la naturaleza del concluído y que aparece insólitamente en el contenido del negocio, provocando una desnaturalización de la relación de equivalencia”⁶⁷.

Desde el punto de vista del carácter bilateral del contrato de seguros, el doctrinante J. Efrén Ossa afirmó:

“Es bilateral en cuanto que genera obligaciones para las dos partes contratantes. Para el asegurado, más jurídicamente, para el tomador, la de pagar la prima, fuera de otras que los expositores denominan cargas, y para el Asegurador, la de asumir el riesgo y, consecuentemente la de pagar la indemnización si llega a producirse el evento que la condiciona. Aunque, a decir verdad, la mera asunción del riesgo no es exactamente una obligación. Sin ella simplemente no se conforma, no puede conformarse, el contrato de seguro”⁶⁸.

Más recientemente, la doctrina nacional ha señalado que:

“Las cláusulas abusivas violan el principio de la buena fe pues alejan al adherente de aquello que razonablemente esperaba del contrato de seguro, o sustraen de aquél, obligaciones que deberían entenderse incluidas. Mediante las cláusulas abusivas las compañías aseguradoras se sustraen de cumplir el contrato (de ejecutarlo) conforme a su normal o natural entendimiento; mediante aquéllas, las aseguradoras restringen amparos que el tomador creyó haber adquirido plenamente, o, limitan el valor asegurado de una manera tal que el tomador no habrá precavido su riesgo como originalmente lo pretendió”⁶⁹.

De lo anterior resulta que la cláusula segunda de la referida póliza contentiva de la exclusión en comento constituye, sin lugar a dudas, una cláusula abusiva, respecto de la cual se impone determinar la sanción que le corresponde y establecer su alcance en cuanto al impacto que pueda tener en el contrato de seguros suscrito entre ECOPETROL y CONFIANZA”⁷⁰.

Se reitera que uno de los presupuestos para aprobar un acuerdo conciliatorio por parte del juez administrativo, radica en que éste no resulte lesivo para el patrimonio público, lo cual, según la jurisprudencia de esta Corporación, quiere significar que, al tiempo que debe existir prueba que lo sustente, resulta

⁶⁷ *Ibíd*em, p. 380.

⁶⁸ J. Efrén Ossa, *Tratado Elemental de Seguros*, 2ª edición, Lerner, Bogotá, 1963, p. 271.

⁶⁹ Carlos Andrés Laguado Giraldo, “Condiciones generales, cláusulas abusivas y el principio de buena fe en el Contrato de Seguros”, *Revista Universitas*, Universidad Javeriana, No. 5, junio 2003, p. 246.

⁷⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 2 de mayo de 2013. Expediente. 24603.

indispensable que guarde armonía con las directrices jurisprudenciales de la Sala sobre indemnización de perjuicios y que sea congruente con lo pedido en la demanda⁷¹.

Como puede verse, en el Derecho Colombiano existe una clara tendencia a proscribir y limitar los acuerdos que contengan cláusulas abusivas, vejatorias, leoninas, esto es aquellas que muestren de manera evidente, injustificada e irrazonable una total asimetría entre los derechos, prestaciones, deberes y/o poderes de los intervinientes, en especial cuando uno de ellos sea el mismo Estado, todo lo cual, debe enfatizarse, encuentra amplio y suficiente fundamento constitucional, partiendo del preámbulo de la Carta Política; el artículo 2° según el cual constituyen fines del Estado, entre otros, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y asegurar la vigencia de un orden justo; el artículo 6° que consagra el principio de legalidad, según el cual los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y la ley y por *“omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”*; el artículo 13 que prevé que el Estado debe proteger especialmente a *“aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”*; el artículo 83 según el cual todas las actuaciones que adelanten las autoridades públicas deben ceñirse a los postulados de la buena fe; el artículo 90 que obliga al Estado a reparar los daños antijurídicos que le sean imputables; el numeral 1° del artículo 95 que establece el deber de toda persona de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios; los principios con fundamento en los cuales debe desarrollarse la función administrativa (artículo 209), en especial los de igualdad, moralidad e imparcialidad, los cuales, en virtud del principio de irradiación constitucional, deben aplicarse a cualquier actuación que adelante la Administración.

iv). El equilibrio económico en los acuerdos conciliatorios.

Si bien las anteriores consideraciones en relación con las cláusulas abusivas, el abuso de la posición dominante, la búsqueda de un equilibrio mínimo y proporcional en los acuerdos negociales, la aplicación del principio de la buena fe objetiva, encuentran su origen, desarrollo y, en principio, encuentran aplicación en

⁷¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 12 de octubre de 2011. Expediente: 38225. MP: Ruth Stella Correa Palacio.

los acuerdos de origen contractual de derecho privado, en especial aquellos contratos denominados de adhesión, lo cierto es que tales razonamientos también están llamados a tener aplicación en el terreno de la contratación estatal (artículo 13⁷² de la Ley 80 de 1993) y a juicio de la Sala dichos criterios encuentran campo fértil para su aplicación en todos los terrenos en los cuales están llamadas a generar efectos jurídicos las manifestaciones de voluntad, comoquiera que tanto en el ámbito eminentemente contractual como en todos aquellos en que el ordenamiento vigente autoriza y tutela el ejercicio de la autonomía de la voluntad, el fundamento es idéntico, esto es la búsqueda del equilibrio y evitar cualquier comportamiento abusivo en las negociaciones.

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

Ciertamente, tanto en los contratos como en las conciliaciones se requiere de la existencia de partes, esto es de dos o más sujetos entre los cuales exista una relación recíproca, que tengan capacidad para contraer obligaciones y el poder de disposición de sus derechos; de igual forma se requiere del consentimiento, esto es de la manifestación o declaración de voluntad recíproca, recepticia y exenta de vicios, encaminada a producir efectos jurídicos; así mismo debe estar presente la causa –objetiva y subjetiva-, amén de que la misma debe ser posible y lícita; finalmente debe existir un objeto posible, lícito y determinado o determinable.

Por consiguiente, cuando las partes⁷³ de forma libre, espontánea y voluntaria deciden poner fin a un conflicto o precaver el inicio de uno a través de su decisión

⁷² **Artículo 13°.-** *De la Normatividad Aplicable a los Contratos Estatales.* Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley.

⁷³ Capaces y con libre disposición de sus derechos.

y/o de concesiones recíprocas⁷⁴, eso sí con la ayuda de un tercero, sin duda alguna el acuerdo al que finalmente lleguen los sujetos que hacen parte de esa relación jurídica comparte características importantes y efectos propios de los contratos como negocios jurídicos.

Resulta pertinente reiterar, según se expuso con anterioridad, que la conciliación, como mecanismo de autocomposición, se fundamenta principalmente en la participación de los sujetos interesados en la resolución de sus propias controversias, a través de la discusión, la negociación, la búsqueda de soluciones consensuadas, con el fin de lograr un acuerdo que consulte de manera directa y efectiva las expectativas legítimas de cada uno de los intervinientes y alcanzar, de esta manera, un equilibrio mínimo entre las prestaciones fruto del acuerdo alcanzado.

Así las cosas, en la medida en que el referido mecanismo alternativo de solución de conflictos se soporta, al igual que cualquier contrato, principalmente en la *voluntad y decisión* de las partes -perspectiva desde la cual cabe señalar que se caracteriza por su sustrato de innegable naturaleza contractual- hay lugar a precisar que quienes mediante la deliberación y negociación, en principio en plano de igualdad, generan propuestas y alternativas para poner fin a sus controversias, pueden verse afectados en determinadas circunstancias por razón de un ejercicio abusivo del poder de negociación que genere una ventaja excesiva e injustificada respecto de aquel interviniente que se sitúe en una posición de dominio, en perjuicio de la parte “débil” de la relación y que, por ello, rompa de golpe con el sinalagma que debe informar cualquier acuerdo jurídico conforme a Derecho.

Tratándose de las conciliaciones –prejudiciales, extrajudiciales o judiciales- que se adelantan ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en especial aquellas que se celebran con el fin de solucionar una controversia generada por la eventual reparación de un daño antijurídico ocasionado por la acción u omisión de una autoridad pública, no en pocos casos suele suceder que las personas que actúan en calidad de víctimas de los perjuicios cuya indemnización se pretende, se encuentren en una situación de inferioridad respecto de la entidad pública a la cual se le imputa la ocurrencia del daño antijurídico, situación que se manifiesta, entre otras razones, por la sola pero suficiente circunstancia de que en el extremo

⁷⁴ Este concepto se acomoda al contrato de transacción, también como mecanismo alternativo de solución de conflictos.

opuesto al de las víctimas, de ordinario integrado por personas naturales y/o jurídicas de naturaleza particular o privada, se encuentra el Estado, parte fuerte por definición, acompañado del poder que le es connatural, así como de prerrogativas y un vasto aparato institucional que lo respalda, lo cual, intimidante y/o indoblegable *per se*, suele permitirle o al menos facilitarle la posibilidad de predeterminar las condiciones en las que está dispuesto a conciliar, parámetros que de ordinario se tornan en inamovibles y, por tanto, reducen o hasta eliminan cualquier margen para su negociación.

En este orden de ideas, la víctima de entrada afectada, atropellada, violentada por la acción u omisión generadora del daño antijurídico que le ha menguado o incluso limitado o eliminado los derechos que paradójicamente ese mismo Estado tenía el deber constitucional de protegerle y garantizarle (doble victimización), al formular su expectativa legítima de obtener un acuerdo justo y equilibrado que le permita reparar, al menos parcialmente, el daño que le fue ocasionado, suele enfrentarse, con impotencia, a la situación consistente en tener que aceptar la fórmula de conciliación que le sea ofrecida, so pena de no obtener oferta distinta, dado que no tiene margen alguno de injerencia o poder de negociación en la alternativa que se le pone en consideración por la entidad pública, sumado ello a la circunstancia de que en la decisión de si se accede o no a la propuesta que se le plantea, la víctima se ve presionada muchas veces por la necesidad y urgencia de obtener algún reconocimiento ante la cruel realidad que refleja el sistema judicial, afectado y atrapado por una congestión que, lamentablemente, impide la adopción de decisiones definitivas en plazos razonables.

En este sentido, la parte “débil” de la relación conciliatoria puede verse impelida a aceptar un arreglo económico -en el cual no es posible que tenga o pueda tener participación real y efectiva en su determinación-, cuyo monto resulte inferior a lo que podría y/o debería recibir en el evento en que el proceso judicial hubiere sido resuelto de manera definitiva a través de una sentencia que acceda a sus pretensiones, para no tener que verse sometido a esperar hasta el momento en que se defina la litis.

Las circunstancias antes descritas imponen a las entidades públicas que forman parte de ese Estado que ha ocasionado e irrogado los perjuicios cuya reparación se demanda (a lo cual en una situación ideal de orden justo y eficiente debería proceder de manera oficiosa), en atención a los deberes de lealtad y buena fe

objetiva con arreglo a los cuales tienen el deber de actuar y dada la prohibición del abuso del derecho, ejercer el poder de negociación de forma razonable, equilibrada y proporcional, de manera que sin dejar de atender el interés público y las finalidades para las cuales determinada autoridad se encuentre instituida, eviten obtener ventajas y menos si ellas resultan excesivas o irrazonables en perjuicio de la contraparte a la que han lesionado, más aún cuando ésta no se encuentra en una posición de igualdad real y efectiva.

El deber de toda autoridad pública de ejercer la libertad negocial de forma adecuada, esto es con sujeción a los valores, principios y reglas que conforman el ordenamiento, adquiere mayor significación cuando se trate del ejercicio de la autonomía de la voluntad en el marco de la conciliación a través de la cual se persigue la solución de una controversia originada en el daño antijurídico imputable a una entidad pública, en atención a las estrictas normas jurídicas que regulan estos asuntos.

En modo alguno puede dejarse de lado que una de las finalidades esenciales del Estado la constituye la garantía efectiva y real de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política, los cuales incluyen la necesidad de brindar especial protección a los más débiles y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, por lo que, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación *“[o]mitir el cumplimiento de esas funciones no sólo genera responsabilidad personal del funcionario sino además responsabilidad institucional, que de ser continua pone en tela de juicio su legitimación”*⁷⁵.

En este sentido, al Estado le corresponde tanto respetar como adoptar todas las medidas pertinentes para garantizar los derechos y libertades de las personas, al tiempo que, en los términos del artículo 90 de la Constitución Política, ante el incumplimiento de estos mandatos, debe responder y reparar de manera integral, los perjuicios generados con ocasión de los daños antijurídicos imputables.

La jurisprudencia de esta Corporación, de tiempo atrás, se ha referido a la importancia y relevancia que el ordenamiento le otorga a la obligación de la reparación integral de los daños antijurídicos ocasionados, concepto que encuentra fundamento constitucional en el referido artículo 90 de la Constitución

⁷⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 20 de noviembre de 2008, expediente 20511. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Política y en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, en cuya virtud se pretende que la víctima sea llevada, al menos, a un *statu quo*, esto es a un punto cercano al que se encontraba antes de la ocurrencia del daño, a la restitución del núcleo esencial del derecho o derechos infringidos y a una indemnización plena y efectiva de todos los perjuicios que la conducta vulnerante ha generado⁷⁶.

En este orden de ideas, la obligación constitucional que se le impone a toda autoridad pública de responder de manera íntegra por cualquier daño antijurídico que llegue a ocasionar, necesariamente se encuentra acompañada de unos parámetros de conducta y comportamiento especiales cuando esa misma autoridad pretende acudir a los mecanismos alternativos de solución de conflictos, en especial cuando se trata de aquellos que se fundamenten en la autocomposición, comoquiera que *so pretexto* de acudir a una herramienta prevista en el ordenamiento, como lo es, por ejemplo, la conciliación y, con ello, buscar en el mejor de los casos la protección del patrimonio público, no puede llegar a tal extremo que en aprovechamiento de la posición de dominio que pueda ostentar en un momento determinado, desconozca o simplemente haga nugatoria, la obligación que se enmarca, por demás, en los fundamentos básicos de lo que debe entenderse por Justicia en un Estado Social de Derecho, consistente en reparar, de manera plena y efectiva, los daños que la misma Administración ha ocasionado.

Debe tenerse presente que en este caso no se trata de la regulación de aspectos eminentemente privados en los cuales sólo entran en consideración intereses de naturaleza económica –circunstancia por sí sola suficiente para aplicar los postulados que se han mencionado a lo largo de la presente providencia- en la medida en que lo que se encuentra en juego, finalmente -independiente de la facultad que tienen las personas de disponer de sus derechos de contenido económico- es la obligación constitucional del Estado de *responder* por los daños antijurídicos ocasionados y el deber de indemnizar de manera integral -en aplicación también de los postulados de justicia, verdad y reparación- los perjuicios causados a las víctimas de estas circunstancias.

Cabe reiterar que los acuerdos conciliatorios que logren las partes tratándose de

⁷⁶ Ver entre otras: Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 20 de febrero de 2008. Expediente No. 16996. MP: Enrique Gil Botero.

los conflictos que conozca o pueda conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, sólo están llamados a surtir efectos a partir de la ejecutoria de la aprobación que le imparta la autoridad judicial competente, para cuyo propósito, entre otros presupuestos, debe contarse con las pruebas necesarias, esto es, como lo ha dicho de manera reiterada esta Corporación, el juez de conocimiento debe tener la certeza de la existencia de una condena contra la Administración en el evento en que, surtiéndose el proceso judicial correspondiente, existiere una decisión definitiva en este sentido. Al respecto, el Consejo de Estado ha dicho:

“Respecto de este requisito, esta Sección del Consejo de Estado, de manera general y reiterada, ha sostenido que 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 acuerdo conciliatorio debe ser examinado por el juez, quien para aprobarlo debe establecer que ese arreglo económico se ajuste a la ley y no resulte lesivo para el patrimonio público⁷⁷.

En tales condiciones, el solo acuerdo de voluntades entre las partes involucradas en el conflicto no basta para que dicha conciliación surta efectos jurídicos, dado que la aprobación del acuerdo conciliatorio depende de la fortaleza probatoria que lo sustenta, dado que el juez, además de llegar a la convicción de su fundamentación jurídica, debe verificar que no resulte lesivo para el patrimonio público, pues según los dictados del artículo 65 A de la Ley 23 de 1991 -adicionado por el 73 de la Ley 446 de 1998-, el acuerdo conciliatorio debe estar fundado en las pruebas necesarias, esto es contar con el debido sustento probatorio.

En cuanto a las pruebas, éstas deben ser de tal entidad que lleven al juez al convencimiento y la certeza de que lo acordado por las partes cuenta con pleno sustento fáctico y jurídico, de manera que cualquier duda, confusión o contradicción que se presente al realizar el debido estudio de legalidad, debe considerarse como razón suficiente para improbar la conciliación realizada.

Así lo ha dicho de manera reiterada esta Corporación:

*“En éste mismo sentido, ha manifestado la Sala, que la conciliación en materia contenciosa administrativa y su posterior aprobación, deben estar respaldadas con elementos probatorios idóneos y suficientes respecto del derecho objeto de controversia, por estar en juego el patrimonio estatal y el interés público, de manera que, con el acervo probatorio allegado, el juez de conocimiento **no tenga duda alguna acerca de la existencia de la posible condena en contra de la administración** y que por lo tanto la aprobación del*

⁷⁷ En este sentido, ver autos de julio 18 de 2007, exp. 31.838; M.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio y de septiembre 4 de 2008, exp. 33.367, entre otros.

acuerdo conciliatorio resultará provechoso para los intereses de las partes en conflicto.”⁷⁸⁷⁹.

Por consiguiente, si la entidad pública correspondiente decide conciliar, va de suyo en esa decisión que para la propia autoridad no existe duda acerca de su responsabilidad en relación con el daño antijurídico cuya reparación se le depreca –de otra forma el acuerdo no podrá ser aprobado por el juez-, de manera que esta certidumbre debe obligar con mayor razón a la entidad a proponer un acuerdo justo, equilibrado, razonable y proporcional al daño antijurídico cuya responsabilidad se encuentra debidamente acreditada.

De manera que el sentido de lo “justo”, del “deber ser”, de la responsabilidad, de la legalidad, de la lealtad y buena fe, de la protección del débil, imponen verdaderos mandatos de comportamiento que exigen que las entidades públicas eviten abusar de su posición de privilegio a través de la imposición de condiciones en exceso ventajosas para los intereses de dicha autoridad, pero en perjuicio desmesurado, descomedido y en extremo lesivo y desequilibrado para las personas que ya en una oportunidad anterior sufrieron las consecuencias negativas de las conductas de la Administración y que acuden ante ella -contando también con el respaldo de la Administración de Justicia- con la expectativa legítima y razonable de que finalmente, a través de una conciliación, se alcance un acuerdo equilibrado que permita reparar de una forma justa el daño antijurídico del que fueron víctimas.

En este punto resulta en extremo indispensable y necesario el control de legalidad que le ha sido asignado por la ley al operador judicial respecto de los acuerdos conciliatorios que se concluyeron con entidades públicas, comoquiera que ante cualquier ejercicio arbitrario, desproporcionado, irracional y/o abusivo de las facultades y prerrogativas de las que son titulares los diversos intervinientes, existe el deber de improbar el acuerdo conciliatorio por no ajustarse al ordenamiento jurídico⁸⁰.

⁷⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 21 de octubre de 2004. Expediente 25000-23-26-000-2002-2507-01(25.140) DM. MP. Germán Rodríguez Villamizar.

⁷⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 3 de marzo de 2010. Expediente 37.644.

⁸⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 19 de julio de 2001. Expediente: 18296. MP: Germán Rodríguez Villamizar.

“Si se tiene en cuenta que “aprobar”, en términos semánticos, consiste en “Calificar o dar por bueno o suficiente algo o a alguien”; en tanto que “modificar” es “Limitar, determinar o restringir las cosas a cierto estado en que se singularicen y distingan unas a otras. Reducir las cosas a los términos justos, templando el exceso o exorbitancia. Transformar o cambiar una cosa mudando alguno de sus accidentes.” cabe concluir que la decisión contenida en el auto apelado se traduce en una modificación de la conciliación prejudicial a que llegaron las partes.

Ciertamente, la circunstancia de que dentro de los presupuestos especiales contenidos en la ley para aprobar un acuerdo conciliatorio no se hubiere incluido control de legalidad alguno en relación con los montos de la indemnización cuando éstos sean inferiores a aquellos que se hubieren reconocido si se hubiere surtido hasta su finalización un proceso judicial, de manera alguna resulta óbice para que el operador judicial permanezca impávido y omita aplicar los demás postulados, principios y reglas jurídicas consagradas en el ordenamiento también aplicables y que tienden a la protección de la parte débil en una relación jurídica, a evitar el abuso y garantizar en todo caso y circunstancia los derechos y libertades de las personas.

En este orden de ideas, de conformidad con el esquema normativo y jurisprudencial antes precisado, hay lugar a concluir que, así como el juez de lo Contencioso Administrativo debe improbar un acuerdo conciliatorio cuando este resulte lesivo para el patrimonio público, de manera correlativa y en estricto plano de igualdad, también debe proceder de idéntica manera cuando la fórmula de arreglo sea evidentemente lesiva, desequilibrada, desproporcionada o abusiva en contra del particular, afectado por la actuación u omisión del Estado.

Precisamente en aplicación coherente y sistemática del ordenamiento, esta Corporación, en un caso similar al que ahora se estudia, en el cual el acuerdo conciliatorio versó sobre el 50% del valor de la condena de primera instancia, la Subsección B de la Sección Tercera improbo el aludido arreglo económico al considerar que al estar involucrado en el acuerdo un menor de edad, los términos del arreglo comprometían la satisfacción de sus necesidades básicas, situación que no podía homologarse por el operador judicial, comoquiera que de

La providencia apelada contiene consideraciones propias de las providencias en las cuales el juez se pronuncia sobre las pretensiones mediante la aplicación del derecho subjetivo. En este caso el Tribunal estudió y valoró las pruebas aportadas con la solicitud de conciliación, y con fundamento en los hechos que consideró probados determinó la existencia de una obligación a cargo del Departamento y en favor del convocante, pero en cuantía inferior al valor conciliado entre las partes.

Al respecto la Sala precisa que la ley no prevé la posibilidad de que el juez modifique la conciliación a efecto de hacerla menos lesiva para la administración; esa potestad escapa a su competencia y riñe con la esencia de la figura de la conciliación que se sustenta en un acuerdo interpartes de solución de conflictos.

Cuando el juez considere que el acuerdo a que llegaron las partes es lesivo para la administración debe improbarlo porque no se ajusta a todos los supuestos que al efecto prevé la ley”.

conformidad con el artículo 44⁸¹ de la Constitución Política, el Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006) y los instrumentos internacionales que sobre la materia ha suscrito Colombia, imponían la obligación de adoptar medidas especiales de protección para los menores⁸².

En un Estado como Colombia, que constitucionalmente se caracteriza por ser Social y de Derecho, mal podría el juez de lo Contencioso Administrativo mantenerse indiferente, permanecer mudo o peor aún impartir su aprobación ante los acuerdos conciliatorios que resulten exageradamente desproporcionados, lesivos, vejatorios y/o abusivos en contra de las víctimas que pretendiendo de manera lícita, legítima y con sujeción a los mandatos constitucionales, la reparación de los perjuicios antijurídicos que el Estado les ha ocasionado, terminarían teniendo que soportar de manera inadmisiblemente reiterado el desconocimiento de su dignidad, al menos por las siguientes circunstancias:

Una primera por la causación de un daño antijurídico que nunca debió ocurrir, daño imputable al Estado que en lugar de atropellar o violentar a sus asociados se encuentra en el deber de protegerlos y garantizarles sus derechos y libertades.

Una segunda violación, cuando el Estado no asumió directamente su deber constitucional de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que ha ocasionado y que obliga a los afectados a someterse al vía crucis consistente en recorrer los complejos, estrechos, difíciles y enredados caminos administrativos y/o judiciales para obtener la restauración de sus derechos o la reparación, al menos parcial, de los daños que le han ocasionado.

Una tercera ocasión cuando valiéndose de su condición de parte fuerte en la

⁸¹ "ARTICULO 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

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

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás".

⁸² Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Auto del 1° de febrero de 2012. MP: Stella Conto Díaz del Castillo.

negociación, el Estado le formula o mejor le impone a la víctima una fórmula conciliatoria que constituye la predeterminación del único acuerdo posible, cercenándole al afectado cualquier opción real de negociar y eliminándole la posibilidad de incidir en los términos del proyecto de acuerdo, dado que los extremos por regla general, son definidos por un calificado Comité de Conciliación ajeno al escenario de la audiencia de conciliación y ante el cual no tiene acceso alguno la víctima que clama por el reconocimiento de sus derechos y libertades.

Mal podría entonces el juez de lo Contencioso Administrativo permitir y menos patrocinar que se configurara una cuarta escena de desconocimiento o violación de la dignidad de las víctimas al impartir su aprobación a un acuerdo conciliatorio cuyos términos resulten objetivamente desproporcionados, abusivos o vejatorios en contra de las mismas.

Conviene aclarar, finalmente, que no se pretende de manera alguna que sea el juez de conocimiento el que, con ocasión de la revisión de legalidad del acuerdo conciliatorio correspondiente, sea el que, en últimas, imponga las condiciones en las cuales debe celebrarse y ejecutarse ese acuerdo, en la medida en que son las partes en el libre ejercicio de su voluntad las que deben discutir y negociar como mejor les parezca, los términos en los cuales consideran debe ponerse fin a un conflicto; sin embargo y sólo en aquellos eventos en los cuales sea evidente que la fórmula de solución resulte excesivamente ventajosa y/o irrazonablemente desequilibrada en perjuicio de alguna de las partes, más aún cuando dicha desproporción ha sido fruto del ejercicio de una posición de dominio, el operador judicial no puede permanecer inalterado y convertirse, finalmente, en un testigo silencioso de una injusticia, puesto que los principios y reglas constitucionales y legales que regulan su primordial función le exigen la adopción de las medidas adecuadas y necesarias –de acuerdo con su competencia y *las circunstancias propias de cada caso*– para alcanzar un mínimo equilibrio en las relaciones negociales.

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

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

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

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

Por último, debe precisarse que las consideraciones y los parámetros antes señalados no están llamados a aplicarse en aquellos eventos en los cuales, aunque se encuentre acreditado el daño, no suceda lo mismo en relación con el *quantum* del perjuicio, situaciones en las cuales el propio juez debería acudir a la equidad como principio y fundamento para determinar el monto de la indemnización a decretar; en consecuencia, cuando en estas circunstancias se pretenda alcanzar un acuerdo conciliatorio, el margen de negociación entre las partes será mayor y serán ellas las que en su criterio y libre disposición –eso sí respetando los postulados de razonabilidad y proporcionalidad y evitando siempre el abuso de la posición dominante de una de las partes- definan los términos de su respectiva conciliación y, por su puesto, corresponderá al juez competente evaluar y definir, de conformidad con las particularidades de cada caso concreto, la legalidad del respectivo negocio jurídico.

Finalmente cabe reiterar que, en todo caso, toda entidad pública que en un momento dado y bajo determinadas circunstancias ocupe una posición de dominio, tiene el deber de ejercer esa prerrogativa de forma razonable, motivada y proporcional de tal forma que en sus relaciones negociales, de cara en especial a la contraparte débil o aquella que no se encuentre en una posición de igualdad real, se logren acuerdos justos y equilibrados.

v). Caso concreto.

Como se dejó expuesto, las partes concurren a la diligencia de conciliación con el fin de solucionar la controversia que dio origen al proceso judicial de la referencia.

Para la Sala, dada su naturaleza de entidad pública y su aparato institucional, no cabe duda que en el acuerdo conciliatorio finalmente alcanzado por las partes, la Fiscalía General de la Nación ejerció una posición de dominio que le permitió proponer de manera unilateral una fórmula de conciliación que reduce a un 60% de los perjuicios materiales y a un 70% los perjuicios morales de la condena impuesta en primera instancia a favor de los demandantes allí relacionados.

Ciertamente, según el documento que obra a folio 835 del cuaderno principal, el Comité de Conciliación de la Fiscalía General de la Nación consideró proponer como fórmula de arreglo de pago el equivalente de “*hasta*” el 60% del valor de los perjuicios materiales y “*hasta*” el 70% del monto reconocido a título de perjuicios morales, de manera que por encima de ese porcentaje la entidad demandada no estaba dispuesta a conciliar y lo que resulta peor es que el límite impuesto con la expresión “*hasta*”, refleja que dicho Comité llegó a pretender incluso que el acuerdo conciliatorio pudiera ubicarse en niveles inferiores a tales topes porcentuales.

Así las cosas, a los demandantes en este proceso no les quedaba otra opción diferente a aceptar o rechazar la fórmula de arreglo, en la medida en que la propuesta, en los términos en que fue planteada, no dio margen alguno para la negociación.

Por consiguiente, de conformidad con el material probatorio obrante en el proceso y dadas las circunstancias particulares del presente caso, para la Sala el acuerdo conciliatorio alcanzado en ejercicio de una posición de dominio por parte de la entidad demandada, resultó contrario al mínimo equilibrio que debe observarse y esperarse en las relaciones negociales, teniendo en cuenta, por demás, la intensidad del daño ocasionado a los demandantes, los cuales, se reitera, no se encuentran en una igualdad real y efectiva en relación con su contraparte que pudiera significar un contrapeso equivalente en el ejercicio de las negociaciones conciliatorias.

En consecuencia, la Subsección estima que el acuerdo conciliatorio objeto del presente estudio no reúne los presupuestos para su aprobación, comoquiera que no se ajusta a los principios y reglas aplicables previstos en el ordenamiento, por lo cual se improbará.

Por consiguiente, además, se concederá prelación al presente asunto, con el fin de que una vez quede en firme esta decisión, se remita el expediente al Despacho del Magistrado Ponente de la presente providencia para elaborar el proyecto de sentencia que deberá ser registrado en su oportunidad para análisis y discusión en Sala de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena,

RESUELVE:

PRIMERO: UNIFICAR la jurisprudencia en relación con los parámetros que deben observar las entidades estatales para el ejercicio de su libertad dispositiva en materia de conciliación extrajudicial y judicial.

SEGUNDO: IMPROBAR el acuerdo conciliatorio suscrito entre las partes, el día 31 de octubre de 2013.

TERCERO: CONCEDER prelación de fallo al presente asunto.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Presidenta

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO

RAMIRO PAZOS GUERRERO

DANILO ROJAS BETANCOURTH

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

DISCREPANCIA UNIFICACION JURISPRUDENCIAL - Sobre parámetros establecidos para conciliación / CONCILIACION - Parámetros para ejercer la libertad dispositiva de negociación / PARAMETROS PARA EJERCER LA LIBERTAD DISPOSITIVA EN MATERIA DE CONCILIACION - No constituyen criterios para unificar jurisprudencia / LIBERTAD DISPOSITIVA - Parámetros / PARAMETROS PARA CONCILIAR - Se fijaron a partir de pretensiones generales de indemnización / PARAMETROS PARA CONCILIAR - Prohíben abusos por parte de la posición dominante / ABUSO DE PODER - No se evidenció ni se acreditó por parte del Comité de Conciliación asignado para negociar / ACUERDO CONCILIATORIO - Improbado por considerar juez de segunda instancia que no se ejecutó en una real y efectiva igualdad de condiciones / DISCREPANCIA ACUERDO CONCILIATORIO - No se acreditó posición subordinada de la víctima ni abuso de poder de la entidad estatal

Me aparto de la decisión de unificar la jurisprudencia para que se entienda que los parámetros establecidos por la decisión mayoritaria deben ser tenidos en cuenta por las entidades estatales en el ejercicio de su libertad dispositiva en materia de conciliación extrajudicial y judicial, so pena de que el juez impruebe los acuerdos conciliatorios, por razones que tienen que ver con que no resulta posible i) a partir del estudio de una conciliación en sede judicial, sobre los perjuicios ocasionados por la privación injusta de la libertad, unificar la jurisprudencia con pretensiones de generalidad sobre todos los casos susceptibles de ser conocidos por esta jurisdicción; ii) aplicar al acuerdo conciliatorio las prohibiciones encaminadas a la prevención o control del abuso de posición dominante en la contratación, de las cláusulas excluyentes de la responsabilidad y el criterio de reciprocidad de las obligaciones sinalagmáticas y iii) deducir que el ejercicio de las funciones que le corresponde a la entidad demandada, a través del Comité de Conciliación, cuando se materializa en la definición de un porcentaje inferior al fijado por decisión mayoritaria, constituye, per se, abuso de posición dominante

PARAMETROS PARA CONCILIAR CON ENTIDADES ESTATALES - Fijados sin tener en cuenta su naturaleza y régimen de responsabilidad /

CONCILIACION EXTRAJUDICIAL Y JUDICIAL - Difieren en algunos aspectos que el juez debe valorar para decidir sobre su aprobación / RESPONSABILIDAD POR PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Supeditado a un régimen objetivo especial que favorece su imputación al Estado, facilita la indemnización a la víctima y limita al juez a decidir en defensa del patrimonio público y del equilibrio económico entre las partes / DISCREPANCIA PARAMETROS OBJETO DE UNIFICACION JURISPRUDENCIAL - Se extendieron a todos los casos de conciliación judicial y extrajudicial a pesar de fijarse a partir de un caso concreto de privación injusta de la libertad / DISCREPANCIA PARAMETROS OBJETO DE UNIFICACION JURISPRUDENCIAL PARA CONCILIACIONES EXTRAJUDICIALES - No son vinculantes por tratarse de asuntos ajenos a la decisión y circunstancias fácticas que motivaron el fallo

De modo que, con la pretensión de unificar la jurisprudencia en el sentido de establecer parámetros que deben observar las entidades públicas en las conciliaciones, se pasó por alto que i) si bien gozan de características comunes, las conciliaciones extrajudicial y judicial presentan particularidades que el juez tendrá que valorar en el caso concreto para decidir sobre la aprobación, ii) el ordenamiento tiene dispuesto un régimen objetivo especial para la responsabilidad por la privación injusta de la libertad, que favorece su imputación al Estado, facilita la indemnización de la víctima y le imposibilita al juez adentrarse en el estudio de las razones que llevaron a la causación del daño, necesarias de cara a establecer si los acuerdos sobre la indemnización limitan injustificadamente la responsabilidad, como sostiene el derecho comparado. Además de que se generalizó la unificación a la conciliación extrajudicial, la judicial sobre asuntos distintos de la privación injusta de la libertad y la que tiene lugar sin que medie sentencia condenatoria, ajenas al sub lite (...) los parámetros que la posición mayoritaria estableció, por vía de interpretación de las disposiciones legales que rigen en la materia, no resultan vinculantes en las conciliaciones extrajudiciales, pues ese no era el caso objeto de decisión y han de predicarse ajenos a las conciliaciones que surgen en el marco de acciones de reparación o restablecimiento por daños antijurídicos que no tocan los derechos e intereses relacionados con la libertad persona; pues simplemente se trata de asuntos extraños a la decisión y, por lo mismo, a las circunstancias fácticas que la postura mayoritaria habría tenido que considerar. De donde habrá de afirmarse que se trató de asuntos que a manera de ratio obiter dicta se abordó en la decisión

PARAMETROS PARA CONCILIAR - Sustituyeron el poder de disposición dado a las partes en relación con las pretensiones de reparación / PARAMETROS PARA CONCILIAR - Decisión judicial de aprobar o improbar los acuerdos a partir de porcentajes arbitrarios / ERROR DE INTERPRETACION EN PARAMETROS PARA CONCILIAR - De la conmutatividad contractual, el equilibrio natural y la posición dominante del Estado, aspectos tenidos en cuenta por las partes en las fórmulas de arreglo

Según la decisión mayoritaria de la que disiento, no merecen aprobación del juez administrativo los acuerdos para poner fin al proceso, en los que se conviene en el pago de sumas por fuera de los límites comprendidos entre el 70 y el 100%, del valor de la condena apelada o de las fijadas por esta Corporación en otros casos, en cuanto ajenos al “equilibrio mínimo” surgido del deber moral de reparación integral del daño, del que debe gobernar la libertad negocial y del principio de reciprocidad contractual. En cuanto comportan, per se, ejercicio abusivo del poder estatal (...) no queda sino concluir que la posición mayoritaria impuso a los acuerdos conciliatorios una nueva moral, la propia dirigida a sustituir el poder de

disposición que les asiste a las partes en relación con las pretensiones de reparación ante esta jurisdicción. Como si se tratase de definir cláusulas restrictivas o excluyentes de responsabilidad. Confundiendo, en todo caso, la conmutatividad contractual, el equilibrio natural ajeno a la voluntad privada, la posición dominante del Estado y el carácter indisponible de la acción y la indemnización de los perjuicios. Aspectos a los que acudió la posición mayoritaria, para unificar jurisprudencia en torno a la posición dominante de la entidad estatal, que circunscribe su oferta conforme los dictados del Comité de Conciliación.

FUNCION CONCILIATORIA DEL JUEZ - Surge a partir del interés de las partes de dirimir sus diferencias sobre el monto a indemnizar a través de la intervención de un tercero capacitado / FUNCION CONCILIATORIA DEL JUEZ - No puede extralimitarse e imponerle a las partes fórmulas de arreglo que impidan el ejercicio de su voluntad real y efectiva / REPARACION INTEGRAL DE PERJUICIOS - Derecho económico de la víctima que posibilita a las partes obtener su reconocimiento a través del consenso sin que ello constituya una igualdad ficticia

El juez debe decidir lo que le corresponde a cada una de las partes, cuando así se lo han pedido, sin que ello comporte el imponerles la renuncia a dirimir de común acuerdo el conflicto. ¿Si por la petición de parte es que el juez puede inmiscuirse en la decisión de los intereses sujetos al poder de disposición, cómo impedir la conciliación, esto es estorbar hasta hacer nugatorio el derecho a poner fin al conflicto, en los términos en que, conforme con su libre voluntad, consideran justo? (...) a mi juicio, tampoco es dable erigir al juez como único árbitro de la reparación integral y a esta como un derecho irrenunciable de la víctima y un deber absoluto en contra del Estado, por la mismas razones que impiden i) confundir los derechos inalienables, expatrimoniales y el carácter económico de la compensación o indemnización del perjuicio, objeto de la acción de responsabilidad por la afectación de aquellos y ii) asumir una justicia natural, inmutable, ajena a la evolución progresiva en los aspectos éticos, filosóficos y políticos del hombre y la sociedad, de la que pudiera afirmarse que solamente la que emana del juez es justicia real, en tanto la proveniente del consenso obedece a teorías fundadas en una igualdad ficticia, como lo supone la posición mayoritaria

ACUERDOS CONCILIATORIOS SOBRE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS - Límites fijados arbitrariamente por el juez / LIMITES PARA CONCILIAR INDEMNIZACION DE PERJUICIOS - Impide a las partes tasar sus intereses por debajo del porcentaje establecido por el juez / INDEMNIZACION DE PERJUICIOS TASADOS POR LAS PARTES - En desconocimiento del límite fijado, es considerado contrario al orden público / INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR DEBAJO DE PORCENTAJE FIJADO JURISPRUDENCIALMENTE - No es contrario al ordenamiento por tratarse de una tasación anticipada del daño

También me aparto de la posición mayoritaria que dio por sentado que los acuerdos conciliatorios sobre la indemnización de perjuicios por debajo de un límite fijado al arbitrio por el juez, constituyen cláusulas limitantes de la responsabilidad, prohibidas o contrarias al orden público y al ordenamiento, cuando lo que se deja de ver es que, estricto sensu, estas se convienen de manera anticipada al daño. De manera que cómo sostener que el consenso sobre la indemnización del perjuicio causado, implica i) concertar cláusulas generales de irresponsabilidad sobre el daño futuro; ii) pactar sobre derechos que se encuentran por fuera del comercio, esos sí inalienables y diferentes de la reparación, indemnización o compensación económicas, sujetas al poder de

disposición y iii) acordar la exoneración del dolo o la culpa grave. Todo esto dispuesto, además, en la codificación civil, conforme con la cual –se destaca- “[e]l pacto de no pedir más en razón de una cuenta aprobada, no vale en cuanto al dolo contenido en ella, si no se ha condonado expresamente.

ACUERDO CONCILIATORIO - Podía contener una reducción de la indemnización por no evidenciarse dolo o culpa grave en la actuación desplegada por las partes / PARAMETROS PARA CONCILIAR CON ENTIDADES ESTATALES - Se fijaron por el fallador a partir de una supuesta presunción de debilidad, necesidad y urgencia manifiesta de la víctima frente a la jurisdicción encargada de aprobar o improbar el acuerdo / DEBILIDAD MANIFIESTA - Por la privación injusta de la libertad infligida por el Estado, su posición dominante aunado a la congestión de los despachos judiciales / ABUSO DE PODER DE ENTIDAD ESTATAL - No acreditada dado que la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad no supone la mala fe en caso de conciliar la indemnización de los perjuicios causados

Lo procedente tenía que ver con admitirse la reducción de la indemnización, atendiendo a la imputación objetiva de la responsabilidad a la entidad estatal, si se considera, además, que en el sub lite ninguna muestra de dolo o culpa grave se conoció, al contrario, incluso en uno de los rubros se convino en el límite; sin hesitación frente a la responsabilidad, de donde no es dable imputar objetivamente la responsabilidad, empero desconocer igual objetividad en la indemnización, como lo entendió la posición mayoritaria (...) disiento del fallo, en cuanto se partió de la presunción, no tasada legalmente, consistente en que en los procesos ante esta jurisdicción la víctima se encuentra en condiciones de debilidad, necesidad y urgencia manifiesta, no solo por la congestión de los despachos judiciales y el daño infligido por el Estado, sino porque, además, la entidad estatal demandada ostenta posición dominante. Esto, en cuanto sostuvo que se trata de imponer abusivamente a la víctima lo resuelto unilateralmente por el Comité de Conciliación –al que el ordenamiento le ordena consultar y oír-, porque, en esas condiciones, a la víctima no le queda más que someterse a la propuesta predefinida (...) De ahí que no resulte dable sostener que, prima facie, en el sub lite la parte actora se encontraba en condiciones de debilidad, en razón de la congestión judicial, la que no solamente afecta a la víctima, en cuanto le impide acceder a la indemnización prontamente, sino que además pesa contra el presupuesto de la entidad estatal, en tanto se le impone asumir la pérdida del poder adquisitivo del dinero hasta la decisión judicial. Y, a mi juicio, resulta, cuando menos odioso, sostener que por el solo hecho de serle imputable el daño, deba presumirse que la entidad estatal no actúa impulsada por la buena fe, sino por el ejercicio abusivo del deber legal que le asiste de tratar y definir a través de su Comité de Conciliación, los términos en que está dispuesta a conciliar

PRELACION DE FALLO - Ordenado por el juez era improcedente / PRELACION DE FALLO - No se invocaron causales legales establecidas por ley / PRELACION DE FALLO - Vulneró principio de igualdad para acceder a la administración de justicia / IMPROBACION DE ACUERDO CONCILIATORIO - No constituye causal de prelación de fallo

No comparto la decisión mayoritaria de “conceder prelación de fallo al presente asunto”, haciendo caso omiso de las causales legales por las cuales procede ese trato preferente. (...) El derecho de igualdad exige que los asuntos se fallen siguiendo el orden en que entraron al despacho para esos efectos, sin que resulte posible la prelación por fuera de los casos expresamente autorizados en la ley, por

tratarse de un asunto de competencia reservada al legislador (...) Además de que la decisión no da cuenta de las razones por las que se dispuso fallar el asunto sin sujeción al principio de igualdad, debe tenerse en cuenta que negar la aprobación de la conciliación no constituye una razón válidamente admitida, para proceder como lo dispuso la decisión mayoritaria, ordenando que se decida el asunto con prelación

SALVAMENTO DE VOTO DOCTORA STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

Con el respeto habitual por la posición mayoritaria, manifiesto mi desacuerdo con las decisiones de i) unificar la jurisprudencia en el sentido de establecer –se destaca- *“los parámetros que **deben observar las entidades estatales** para el ejercicio de su libertad dispositiva en materia de conciliación extrajudicial y judicial”*, consistentes en que, cuando (a) *“...exista sentencia condenatoria de primera instancia y el acuerdo tenga como objeto un porcentaje de esa indemnización, la indemnización podrá convenirse entre el 70% y el 100% de esa condena”* y (b) *“...la sentencia de primera instancia no hubiere sido estimatoria de las pretensiones o ésta aún no se hubiere proferido, el monto del acuerdo conciliatorio podría acordarse entre el 70% y el 100% de las sumas que esta Corporación, también de forma indicativa, ha señalado como plausibles para el reconocimiento de las indemnizaciones a que puede haber lugar según el perjuicio de que se trate en razón de la situación fáctica y la intensidad y prolongación del daño –entre otros factores”*, en el entendido de que los acuerdos por fuera de los límites fijados por mayoría, en tanto obedecen a extremos definidos por la entidad demandada, por fuera de la audiencia de conciliación, con desconocimiento de la libertad de negociación de la víctima y con criterios desproporcionados y desequilibrados, impuestos por el *“ejercicio de una posición de dominio”* en contra de los demandantes, son indignos de aprobación por parte del juez de lo contencioso administrativo; ii) improbar el acuerdo conciliatorio logrado entre las partes y iii) disponer que el proceso se falle con prelación.

Para apoyar la unificación, la posición mayoritaria puso de presente que, en cuanto el *“diálogo, discusión y negociación”*, son elementos *“propios, sustanciales y necesarios”* para que los acuerdos logrados a través de la conciliación pongan fin al conflicto, superada la concepción conforme con la cual el *“contrato o el acuerdo”* es justo o equilibrado, en cuanto su contenido proviene de la libre manifestación de la voluntad, por las *“nuevas formas de contratación basadas en las economías de escala, en la producción en masa, en la idea de ahorrar costos*

buscando la mayor eficiencia... en las condiciones generales”, que llevaron al “aumento del poder de negociación del predisponente en perjuicio del cocontratante quien vio reducida o eliminada por completo su iniciativa en la discusión de las condiciones del acuerdo”, resulta necesario establecer medidas tendientes “a evitar y a combatir los desequilibrios contractuales generados con ocasión del poder de negociación y la posición de dominio”, pues, a juicio de la postura de la que me aparto, “[e]l abuso –de esa posición-, el excesivo poder de negociación, la posibilidad de predisponer, en muchas ocasiones de forma abusiva, las condiciones del acuerdo y, más importante, el evidente desequilibrio existente entre las partes como en los términos del propio contrato en perjuicio de las razones expectativas de la parte débil, ha generado la necesidad de emprender, desarrollar y aplicar medidas legislativas, administrativas y judiciales tendientes a garantizar y restablecer un equilibrio mínimo en las prestaciones, a través del cual, sin negar la autonomía de la voluntad, se dignifique su ejercicio, con el fin de lograr una verdadera justicia conmutativa en las relaciones negociales”.

Así, se puso de presente la necesidad de “controles legales, administrativos y judiciales” para que mediante la aplicación de los criterios de “razonabilidad, conmutatividad, equivalencia y proporcionalidad” se determine «el equilibrio mínimo [o el “mínimo de equivalencia”] que debe caracterizar la relación negocial», de manera que “...se garantice la congruidad y la equidad sustancial y esencial de las prestaciones” de cara a satisfacer las expectativas de la parte contratante débil, como se reclama desde la doctrina que aboga por i) la necesidad de –se destaca- “...**una nueva moral contractual** mediante la intervención del juez en el contrato para hacer reinar un mínimo de equidad en las relaciones negociales”; ii) la prohibición de una desproporción excesiva e injustificada entre “las obligaciones acordadas”, como garantía de la reciprocidad del acuerdo y del carácter vinculante del contrato, pues resulta injusto exigir sus efectos a la parte que, afectada por la desnaturalización de la libertad contractual y el abuso, convino en un contrato “que no es capaz de efectuar un razonable equilibrio del conflicto de intereses” y iii) la fijación de límites negativos a la autonomía privada y de “...exigencias positivas en cuanto al contenido de la regla privada para lograr la eficacia contractual. Se trata simplemente de exigir un cierto grado de justicia, evitando que el negocio jurídico se presente como irracionalmente favorable a una de las partes por ser expresión de un desequilibrio arbitrario, es decir, sin justificación adecuada”, sin que, en todo caso “...pueda afirmarse sin más la existencia de un principio general de la

proporcionalidad; esta deviene en una excepción [que] funciona como una exigencia de adecuación frente al grave desequilibrio”.

En esa línea, se señaló que, con la finalidad de proteger a los contratantes en general o a los consumidores en particular i) en la legislación comparada se limita el alcance de la autonomía privada, procurando un equilibrio mínimo en las *“relaciones negociales”*, a través de la definición de cláusulas en las que se presume el abuso de posición dominante, por contrariar la buena fe, el orden público y envolver objeto y causa ilícitos, al igual que ocurre en el orden interno con arreglo al cual debe hacerse prevalecer la buena fe, la rescisión de la compraventa por lesión enorme o precio irrisorio; la obligación de indemnizar los perjuicios del ejercicio abusivo del derecho; la *interpretatio contra proferentem* y las prohibiciones de condonar el dolo futuro y de pactar cláusulas encaminadas a exonerar, limitar o extender la responsabilidad en materia del contrato de seguros, de prestación de los servicios públicos domiciliarios y de protección al consumidor, de que tratan los artículos 1522 del Código Civil, 992 del Código de Comercio y las Leyes 142 de 1994, 1328 de 2009 y 1480 de 2011; ii) se confiere facultades a las autoridades administrativas *“...para prevenir la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión y definir qué prácticas o estipulaciones no previstas en la ley pueden constituir cláusulas abusivas”*, como las que detentan las superintendencias encargadas de la inspección, vigilancia y control de los sectores de servicios públicos domiciliarios, financiero, de industria y comercio; iii) la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, además de que da por sentado que el ejercicio abusivo de la posición dominante y las cláusulas abusivas *“...bien pueden manifestarse en cualquier acto dispositivo”*, viene señalando que esas *“circunstancias anómalas”* se presentan en las manifestaciones de voluntad ajenas a la negociación individual, que lesionan la buena fe y desequilibran significativamente los derechos y obligaciones, pues *“...atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación”*. Además de que esta Corporación tiene por establecido, como criterio para la aprobación del acuerdo conciliatorio, que *“al tiempo que debe existir prueba que lo sustente, resulta indispensable que guarde armonía con las directrices jurisprudenciales de la Sala sobre la indemnización de los perjuicios y que sea congruente con lo pedido en la demanda”*.

Fundada en los cánones 2º, 6º, 13, 83, 90, 95 y 209 constitucionales, la posición mayoritaria concluyó que en los acuerdos conciliatorios no resulta admisible que el Estado imponga “...cláusulas abusivas, vejatorias, leoninas, esto es aquellas que muestren de manera evidente, injustificada e irrazonable una total asimetría entre los derechos, prestaciones, deberes y/o poderes de los intervinientes”, porque, si bien, “las cláusulas abusivas, el abuso de posición dominante, la búsqueda de un equilibrio mínimo y proporcional en los acuerdos negociales, la aplicación del principio de la buena fe objetiva, encuentran su origen, desarrollo y, en principio, encuentran aplicación en los acuerdos de origen contractual de derecho privado, en especial aquellos contratos denominados de adhesión, lo cierto es que tales razonamientos también están llamados a tener aplicación en el terreno de la contratación estatal”, en cuanto regida por “la búsqueda del equilibrio y el deber de evitar cualquier comportamiento abusivo en las negociaciones”, dado que el acuerdo logrado –se destaca- **“con la ayuda de un tercero”**, para “poner fin a un conflicto o precaver el inicio de uno a través de su decisión y/o de concesiones recíprocas... comparte características importantes y efectos propios de los contratos...”, en cuanto la conciliación, como **“cualquier contrato”**, i) “comporta como elemento esencial el acuerdo de voluntades o consentimiento con el objeto de crear, regular o extinguir obligaciones, vinculante para las partes, razón por la que es posible sostener, sin temor a equivocarse, que respecto de una y otra figura jurídica deben predicarse iguales supuestos para su existencia, validez y eficacia, con la diferencia, ya señalada, de que en la conciliación se requiere de la intervención **del tercero calificado**, amén de la aprobación judicial igualmente exigida por la ley para aquellos eventos en los cuales interviene como parte una entidad de naturaleza estatal o pública”; ii) requiere “...de la existencia de partes, esto es de dos o más sujetos entre los cuales exista una relación recíproca (sic), que tengan capacidad para contraer las obligaciones y el poder de disposición de sus derechos; de igual forma se requiere del consentimiento, esto es de la manifestación o declaración de voluntad recíproca, recepticia y exenta de vicios, encaminada a producir efectos jurídicos; así mismo debe ser posible y lícita; finalmente debe existir un objeto posible, lícito y determinado o determinable” y iii) supone “...un acuerdo que consulte de manera directa y efectiva las expectativas legítimas de cada uno de los intervinientes y alcanzar, de esta manera, un equilibrio mínimo entre las prestaciones fruto del acuerdo alcanzado”.

Discurrió la posición mayoritaria hacia la línea de pensamiento conforme con la cual, en cuanto el daño infligido y el poder que detenta del Estado doblegan la voluntad de la víctima, necesitada y urgida de la indemnización al punto que, en ausencia de una oportuna decisión judicial, no le queda otra opción que la de aceptar la oferta de la entidad demandada, al margen del carácter sinalagmático en que debe sustentarse el acuerdo y del deber de reparación integral del daño, se impone que el juez administrativo intervenga para improbar el acuerdo conciliatorio que, en las condiciones anotadas, contraviene el ordenamiento.

Así se señaló en el fallo que no comparto –se destaca–:

Tratándose de las conciliaciones –prejudiciales, extrajudiciales o judiciales- que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en especial aquellas que se celebran con el fin de solucionar una controversia generada por la eventual reparación de un daño antijurídico ocasionado por la acción u omisión de una autoridad pública, no en pocos casos suele suceder que las personas que actúan en calidad de víctimas de los perjuicios cuya indemnización se pretende, se encuentren en una situación de inferioridad respecto de la entidad pública a la cual se le imputa la ocurrencia del daño antijurídico, situación que se manifiesta, entre otras razones, por la sola pero suficiente circunstancia de que en el extremo opuesto al de las víctimas, de ordinario integrado por personas naturales y/o jurídicas de naturaleza particular o privada, se encuentra el Estado, parte fuerte por definición, acompañado del poder que le es connatural, así como de prerrogativas y un vasto aparato institucional que lo respalda, lo cual, intimidante y/o indoblegable per se, suele permitirle o al menos facilitarle la posibilidad de predeterminar las condiciones en las que está dispuesto a conciliar, parámetros que de ordinario se toman en inamovibles y, por tanto, reducen o hasta eliminan cualquier margen para su negociación.

En este orden de ideas, la víctima de entrada afectada, atropellada, violentada por la acción u omisión generadora del daño antijurídico que le ha menguado o incluso limitado o eliminado los derechos que paradójicamente ese mismo Estado tenía el deber constitucional de protegerle y garantizarle (doble victimización), al formular su expectativa legítima de obtener un acuerdo justo y equilibrado que le permita reparar, al menos parcialmente, el daño que le fue ocasionado, suele enfrentarse, con impotencia, a la situación consistente en tener que aceptar la fórmula de conciliación que le sea ofrecida, so pena de no tener oferta distinta, dado que no tiene margen alguno de injerencia o poder de negociación en la alternativa que se le pone en consideración por la entidad pública, sumado ello a la circunstancia de que en la decisión de si se accede o no a la propuesta que se le plantea, la víctima se ve presionada muchas veces por la necesidad y urgencia de obtener algún reconocimiento ante la cruel realidad que refleja el sistema judicial, afectado y atrapado por una congestión

que, lamentablemente, impide la adopción de decisiones definitivas en plazos razonables.

En este sentido, **la parte “débil” de la relación conciliatoria puede verse impelida a aceptar un arreglo económico** –en el cual no es posible que tenga o pueda tener participación real y efectiva en su determinación-, **cuyo monto resulte inferior a lo que podría y/o debería recibir en el evento en que el proceso judicial hubiere sido resuelto de manera definitiva a través de una sentencia** que acceda a las pretensiones, para no tener que verse sometido a esperar hasta el momento en que se defina la litis.

Las circunstancias antes descritas imponen a las entidades públicas que forman parte del Estado que ha ocasionado e irrogado los perjuicios cuya reparación se demanda (a lo cual en una situación ideal de orden justo y eficiente debería proceder de manera oficiosa), en atención a los deberes de lealtad y buena fe objetiva con arreglo a los cuales tienen el deber de actuar y dada la prohibición del abuso del derecho, ejercer el poder de negociación de forma razonable, equilibrada y proporcional, de manera que sin dejar de atender el interés público y las finalidades para las cuales determinada autoridad se encuentra instituida, **eviten obtener ventajas y menos si ellas resultan excesivas o irrazonables en perjuicio de la contraparte a la que han lesionado**, más aún cuando esta no se encuentra en una posición de igualdad real y efectiva (...).

En este sentido, **al Estado** le corresponde tanto respetar como adoptar todas las medidas pertinentes para garantizar los derechos y libertades de las personas, al tiempo que, en los términos del artículo 90 de la Constitución Política, ante el incumplimiento de estos mandatos, **debe responder y reparar de manera integral**, los perjuicios con ocasión de los daños antijurídicos imputables (...).

Debe tenerse presente que en este caso no se trata de la regulación de aspectos eminentemente privados en los cuales sólo entran en consideración intereses de naturaleza económica –circunstancia por sí sola suficiente para aplicar los postulados que se han mencionado a los largo de la presente providencia- en la medida en que lo que se encuentra en juego, finalmente –independiente de la facultad que tienen las personas de disponer de sus derechos de contenido económico- **es la obligación constitucional del Estado de responder por los daños antijurídicos ocasionados y el deber de indemnizar de manera integral** –en aplicación también de los postulados de justicia, verdad y reparación- los perjuicios ocasionados a las víctimas de estas circunstancias.

Cabe reiterar que los acuerdos conciliatorios que logren las partes tratándose de los conflictos que conozca o pueda conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, sólo están llamados a surtir efectos a partir de la ejecutoria de la aprobación que le imparta la autoridad judicial competente, para cuyo propósito, entre otros presupuestos, debe contarse con las pruebas necesarias, esto es, como lo ha dicho de manera reiterada esta Corporación, el juez de

conocimiento debe tener la certeza de la existencia de una condena contra la Administración en el evento en que, surtiéndose el proceso judicial correspondiente, existiere una decisión definitiva en este sentido (...).

Por consiguiente, si la entidad pública correspondiente decide conciliar, va de suyo en esa decisión que para la propia autoridad no existe duda acerca de su responsabilidad en relación con el daño antijurídico cuya reparación se le depreca –de otra forma el acuerdo no podrá ser aprobado por el juez- de manera que esta certidumbre debe obligar con mayor razón a la entidad a proponer un acuerdo justo, equilibrado, razonable y proporcional al daño antijurídico cuya responsabilidad se encuentra debidamente acreditada (...).

En este punto resulta en extremo indispensable y necesario el control de la legalidad que le ha sido asignado por la ley al operador judicial respecto de los acuerdos conciliatorios que se concluyeron con entidades públicas, como quiera que ante cualquier ejercicio arbitrario, desproporcionado, irracional o abusivo de las facultades y prerrogativas de las que son titulares los diversos intervinientes, existe el deber de improbar el acuerdo conciliatorio por no ajustarse al ordenamiento jurídico.

También, se trajo a colación una decisión de la Subsección B de la Sección, con ponencia de quien suscribe este salvamento, que improbo el acuerdo conciliatorio logrado en esa oportunidad por el 50% del valor de la condena de primera instancia, por encontrar que no se acompasaba con la obligación de adoptar medidas especiales de protección de los menores edad, de que trata el ordenamiento supranacional vigente en el orden interno, el artículo 44 constitucional y la Ley 1098 de 2006, para concluir la posición mayoritaria que similar decisión debe adoptarse “...ante los acuerdos conciliatorios que resulten exageradamente desproporcionados, leoninos, vejatorios y/o abusivos en contra de las víctimas”, pues no resulta posible que, además de que haya dañado a la víctima, al Estado se le permita continuar con la violación al no exigírsele que asuma el deber de reparación integral, fundado en las prerrogativas de predeterminar “el único acuerdo posible” y de cercenar la libertad de negociación de la víctima, “...dado que los extremos por regla general, son definidos por un calificado Comité de Conciliación ajeno al escenario de la audiencia de conciliación y ante el cual no tiene acceso alguno la víctima que clama por el reconocimiento de sus derechos y libertades”.

Finalmente, aplicando el criterio a cuyo entendimiento la definición previa, por parte del Comité de Conciliación de la entidad demandada, de indemnizaciones inferiores a los montos decididos por la posición mayoritaria, que “no da margen

alguno para la negociación”, constituye abuso de posición dominante y es “*contraria al mínimo equilibrio que debe observarse y esperarse en las relaciones negociales*”, se improbo el acuerdo logrado y se decidió fallar con prelación el proceso.

Me aparto de la decisión de unificar la jurisprudencia para que se entienda que los parámetros establecidos por la decisión mayoritaria deben ser tenidos en cuenta por las entidades estatales en el ejercicio de su libertad dispositiva en materia de conciliación extrajudicial y judicial, *so pena* de que el juez impruebe los acuerdos conciliatorios, por razones que tienen que ver con que no resulta posible i) a partir del estudio de una conciliación en sede judicial, sobre los perjuicios ocasionados por la privación injusta de la libertad, unificar la jurisprudencia con pretensiones de generalidad sobre todos los casos susceptibles de ser conocidos por esta jurisdicción; ii) aplicar al acuerdo conciliatorio las prohibiciones encaminadas a la prevención o control del abuso de posición dominante en la contratación, de las cláusulas excluyentes de la responsabilidad y el criterio de reciprocidad de las obligaciones sinalagmáticas y iii) deducir que el ejercicio de las funciones que le corresponde a la entidad demandada, a través del Comité de Conciliación, cuando se materializa en la definición de un porcentaje inferior al fijado por decisión mayoritaria, constituye, *per se*, abuso de posición dominante.

También disiento de las decisiones de i) no aprobar el acuerdo conciliatorio logrado en el caso concreto, en cuanto las razones invocadas no justifican la decisión mayoritaria y ii) “*conceder prelación de fallo al presente asunto*”, haciendo caso omiso de las causales legales por las cuales procede ese trato preferente.

1. En cuanto el carácter vinculante de los precedentes se predica de la *ratio decidendi* y esta resulta inescindible de la situación fáctica, es dable concluir que nada se unificó en torno a las conciliaciones extrajudiciales y las acordadas en sede judicial sobre asuntos distintos de privación injusta de la libertad o sobre indemnización de perjuicios no decidida mediante sentencia

Dado que la Sala pretendía unificar jurisprudencia, le resultaba imperativo tomar como marco el proceso en el que los actores procuran la indemnización de perjuicios ocasionados por la privación injusta de la libertad, acorde con el cual

“...la Fiscalía General de la Nación pagará hasta el 60% del monto de la condena impuesta en la sentencia de primera instancia a título de materiales y hasta el 70% del monto de los perjuicios morales reconocidos a favor de los demandantes relacionados en la parte resolutive de la aludida sentencia de primera instancia, debidamente indexada al momento de ejecutoria del auto aprobatorio del acuerdo, y calculada con base en el salario mínimo legal vigente para ese mismo instante”.

Siendo así, cabía entrar a considerar la indemnización de los perjuicios ocasionados por la privación injusta de la libertad, como lo acordaron las partes, teniendo en cuenta la sentencia condenatoria apelada, el carácter dispositivo de las pretensiones y los poderes conferidos al juez en la materia.

Entendió la posición mayoritaria que debía considerar la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación injusta de la libertad y el acuerdo logrado por las partes sobre la indemnización de los perjuicios, a partir de los valores fijados en la condena apelada y que, asimismo, unificaba la jurisprudencia en el sentido de establecer, acorde con la motivación relativa al deber de los jueces de no permitir el ejercicio abusivo del poder dominante estatal, que en la conciliación, extrajudicial y judicial, las entidades estatales i) no pueden fijar límites por fuera del rango entre el 70% y el 100% del valor de la condena de primera instancia o de las sumas que esta Corporación, *“ha señalado como plausibles para el reconocimiento de las indemnizaciones a que puede haber lugar según el perjuicio de que se trate en razón de la situación fáctica y la intensidad y prolongación del daño”* y ii) no pueden preestablecer las condiciones en las que están dispuestas a conciliar, en tanto le restringen a la víctima su libertad de negociación, comoquiera que esas conductas habrán de ser consideradas contrarias al ordenamiento, en cuanto desconocen el deber de reparación integral del daño y devienen en abusivas.

En efecto, así delimitó y justificó la posición mayoritaria la necesidad de unificar la jurisprudencia, en lo relativo a los parámetros que deben observar las entidades estatales, a partir del caso concreto –se destaca–:

*Procede la Sala Plena de la Sección Tercera a decidir por **importancia jurídica** y con el fin de **unificar la jurisprudencia** en relación con los parámetros que deben observar las entidades estatales para el ejercicio de su libertad dispositiva en materia de conciliación prejudicial, extrajudicial y judicial con*

ocasión del acuerdo celebrado entre las partes el 31 de octubre de 2013 ante esta Corporación, en la cual se acordó lo siguiente:

“1. Que la Fiscalía General de la Nación pagará hasta el **60%** del monto de la condena impuesta en la sentencia de primera instancia a título de materiales y hasta el **70%** del monto de los perjuicios morales reconocidos a favor de los demandantes relacionados en la parte resolutive de la aludida sentencia de primera instancia, debidamente indexada al momento de ejecutoria del auto aprobatorio del acuerdo, y calculada con base en el salario mínimo legal vigente para ese mismo instante.

“2. Que la Fiscalía General de la Nación, efectuará el pago dentro de los dieciocho (18) meses siguientes a la ejecutoria de la providencia que apruebe la conciliación, previa presentación de la cuenta de cobro ante la entidad.

“3. Que la Fiscalía General de la Nación, reconocerá los intereses de que tratan los artículos 176 y 177 del C.C.A” (fls. 841 a 844 c ppal). –se destaca-.

2.- Surtido el trámite legal en primera instancia, el Tribunal Administrativo del Cesar profirió sentencia el día 7 de abril de 2011 y, mediante la misma, declaró “...administrativamente responsable a la Nación-Fiscalía General de la Nación, de los perjuicios ocasionados a los demandantes, con motivo de la privación injusta de la libertad del señor ÓSCAR MACHADO TORRES, quien fue sindicado del delito de concierto para delinquir”.

Como consecuencia de la anterior declaración, se condenó a la Fiscalía General de la Nación, a pagar las siguientes sumas de dinero:

“.....

Por perjuicios morales: Para ÓSCAR MACHADO TORRES (víctima), el equivalente a setenta (70) salarios mínimos mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia. Para CARMEN ROSA TORRES DE MACHADO (madre de la víctima), SANDRA MILENA DAZA DAZA (compañera permanente), LIZDALIS ISABEL MACHADO DAZA (hijos), el equivalente a treinta y cinco (35) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, para cada uno. Para MARIA INÉS, BLANCA, LUIS ALFONSO y JAROLD FERNANDO MACHADO TORRES (hermanos), el equivalente a diecisiete (17) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, para cada uno de ellos.

Por concepto de perjuicios materiales: Para ÓSCAR MACHADO TORRES (víctima), la suma de cincuenta y cinco millones, doscientos ochenta y un mil, trescientos cincuenta y tres pesos (\$55.281.353), correspondiente al lucro cesante; la cantidad de treinta y ocho millones, doscientos treinta y

cuatro mil trescientos ochenta y cuatro pesos (\$38.234.384), por daño emergente (...).

3.- Inconforme con la anterior decisión, la parte demandada, Fiscalía General de la Nación, interpuso recurso de apelación, el cual fue admitido por esta Corporación mediante proveído calendado el 23 de septiembre de 2011 (fls. 709 a 712 c ppal).

(...) la Sala improbará el acuerdo conciliatorio, toda vez que el mismo resulta contrario al ordenamiento jurídico, para cuyo efecto se acogerán y se reiterarán las consideraciones expuestas recientemente por esta misma Subsección (sic) dentro de un caso similar al que ahora se analiza, ello encaminado a determinar por qué la postura asumida por la entidad pública demandada respecto de su contraparte resulta abusiva y dominante.

De modo que, con la pretensión de unificar la jurisprudencia en el sentido de establecer parámetros que deben observar las entidades públicas en las conciliaciones, se pasó por alto que i) si bien gozan de características comunes, las conciliaciones extrajudicial y judicial presentan particularidades que el juez tendrá que valorar en el caso concreto para decidir sobre la aprobación, ii) el ordenamiento tiene dispuesto un régimen objetivo especial para la responsabilidad por la privación injusta de la libertad, que favorece su imputación al Estado, facilita la indemnización de la víctima y le imposibilita al juez adentrarse en el estudio de las razones que llevaron a la causación del daño, necesarias de cara a establecer si los acuerdos sobre la indemnización limitan injustificadamente la responsabilidad, como sostiene el derecho comparado. Además de que se generalizó la unificación a la conciliación extrajudicial, la judicial sobre asuntos distintos de la privación injusta de la libertad y la que tiene lugar sin que medie sentencia condenatoria, ajenas al *sub lite*.

Ahora, el carácter vinculante que se le atribuye al precedente judicial se sostiene de la *ratio decidendi*. Esto es así, porque la fuerza vinculante se afirma para indicar que la solución del caso futuro semejante debe seguir la razón en que se fundó la decisión anterior.

Debe tenerse en cuenta que la *ratio decidendi* se integra por i) la identificación de la fuente formal aplicable al caso concreto -directamente, por analogía o por interpretación extensiva-, esto es la Constitución, la ley, la costumbre o los principios generales; ii) el criterio, regla o sentido obtenidos por el juez a partir de

la interpretación de la fuente formal, para fundamentar la decisión y iii) la calificación jurídica de los hechos enjuiciados, realizada por el juez.

En ese orden, los parámetros que la posición mayoritaria estableció, por vía de interpretación de las disposiciones legales que rigen en la materia, no resultan vinculantes en las conciliaciones extrajudiciales, pues ese no era el caso objeto de decisión y han de predicarse ajenos a las conciliaciones que surgen en el marco de acciones de reparación o restablecimiento por daños antijurídicos que no tocan los derechos e intereses relacionados con la libertad persona; pues simplemente se trata de asuntos extraños a la decisión y, por lo mismo, a las circunstancias fácticas que la postura mayoritaria habría tenido que considerar. De donde habrá de afirmarse que se trató de asuntos que a manera de *ratio obiter dicta* se abordó en la decisión. Esto es así, porque para fundar la decisión se abordó i) la reciprocidad de los contratos sinalagmáticos; ii) la prevención y control del abuso de posición dominante; iii) las cláusulas que excluyen o restringen la responsabilidad; al lado de i) la reparación integral del daño y ii) la facultad del juez para decidir sobre la aprobación de los acuerdos conciliatorios, para asimismo concluir que, cuando las partes convienen en una indemnización fuera del rango comprendido entre el 70% y el 100% del valor de la condena apelada o de los valores fijados *ex arbitrio iudice* por esta Corporación, no queda sino concluir que la libertad de negociación de la víctima fue vulnerada; se incurrió en abuso de posición dominante y se infringió el equilibrio moral que supone el deber de reparación integral.

2. En los acuerdos conciliatorios judiciales no resulta posible sustituir la facultad de disponer de las pretensiones, por un criterio de reciprocidad automático, impuesto por el juez; aplicar las prohibiciones relativas a las cláusulas predispuestas para excluir la responsabilidad y sustraer el control del abuso del derecho del principio dispositivo

Según la decisión mayoritaria de la que disiento, no merecen aprobación del juez administrativo los acuerdos para poner fin al proceso, en los que se conviene en el pago de sumas por fuera de los límites comprendidos entre el 70 y el 100%, del valor de la condena apelada o de las fijadas por esta Corporación en otros casos, en cuanto ajenos al “*equilibrio mínimo*” surgido del deber moral de reparación integral del daño, del que debe gobernar la libertad negocial y del

principio de reciprocidad contractual. En cuanto comportan, *per se*, ejercicio abusivo del poder estatal.

A esa decisión se llegó, después de considerar que, en tanto la ley sometió a aprobación el acuerdo logrado en el asunto de la referencia, para poner fin al proceso, al juez le corresponde tomar medidas en orden a garantizar que la conciliación, “*como cualquier contrato*”, sea el resultado del libre consentimiento expresado en la discusión de los términos del acuerdo, entre ellas la definición del “*equilibrio mínimo*”, exigido desde la moral en la reparación integral de la víctima y el control del abuso de la posición dominante en que incurre la entidad estatal, cuando predefine su disposición a conciliar por debajo del límite señalado por el juez. Esto, por cuanto, como lo entendió la mayoría, el ordenamiento demanda parámetros objetivos de control sobre el respeto de la buena fe, la reciprocidad en el trato y la reparación integral del daño; para, asimismo, impedir acuerdos lesivos, precios irrisorios u otras limitaciones que anulan, restringen la responsabilidad y hacen prevalecer el poder que ostenta la entidad estatal, dadas la debilidad, necesidad y urgencia en que se encuentra la víctima, por el daño infligido y la congestión judicial. Como ocurre, según se concluyó en la providencia de la que disiento, cuando las partes convienen en una indemnización por fuera de los rangos previamente establecidos en la jurisprudencia de la Sección, mediante sentencia de unificación.

So pretexto de señalar unos criterios indicativos, la posición mayoritaria predeterminó unos límites imperativos al ejercicio de la voluntad privada en los acuerdos conciliatorios, pues no otra cosa se entiende del hecho de que la unificación consistió en i) establecer –se destaca– “*los parámetros que **deben observar las entidades estatales para el ejercicio de su libertad dispositiva en materia de conciliación extrajudicial y judicial***”, los que no los acataren se entenderán contrarios al “*equilibrio mínimo*” fijado por la decisión mayoritaria, al ordenamiento, al deber de reparación integral y propios de un ejercicio abusivo del poder dominante de la entidad estatal y, ii) asimismo, negar la aprobación del acuerdo conciliatorio, por la sola circunstancia de que la parte actora aceptó la propuesta, definida por el Comité de Conciliación de la entidad. Se consideró, en consecuencia, que la víctima fue privada de su derecho a negociar una indemnización superior y hacer prevalecer los baremos fijados en una decisión previa de la Sección, la que, además, lejos está de establecer límites de obligatorio cumplimiento, sino criterios de orientación.

De donde, ¿cómo sostener que se trató de la unificación en torno a unos criterios indicativos, dirigidos a contrarrestar una posición abusiva, siendo que de tales criterios nada se conoce?

De consiguiente, no queda sino concluir que la posición mayoritaria impuso a los acuerdos conciliatorios una nueva moral, la propia dirigida a sustituir el poder de disposición que les asiste a las partes en relación con las pretensiones de reparación ante esta jurisdicción. Como si se tratase de definir cláusulas restrictivas o excluyentes de responsabilidad. Confundiendo, en todo caso, la conmutatividad contractual, el equilibrio natural ajeno a la voluntad privada, la posición dominante del Estado y el carácter indisponible de la acción y la indemnización de los perjuicios. Aspectos a los que acudió la posición mayoritaria, para unificar jurisprudencia en torno a la posición dominante de la entidad estatal, que circunscribe su oferta conforme los dictados del Comité de Conciliación.

Discrepo del entendimiento acorde con el cual a los acuerdos conciliatorios se les atribuyó la naturaleza de contrato, específicamente sinalagmático, pues no son el consenso y la conmutatividad los que definen esta categoría, si se considera que no se trata de cualquier convención, sino de aquella que crea o modifica relaciones jurídicas, amén de que puede ser unilateral y aleatoria en sus efectos. Y es que, a mi juicio, ni siquiera puede equipararse la conciliación judicial con el negocio de transacción, pues se deja de ver que a aquella concurren las partes, en el ámbito extrajudicial o judicial, en todo caso asistidas por una autoridad investida en el ordenamiento con poderes jurisdiccionales, mientras que lo propio de la transacción estriba precisamente en que el poder negocial se expresa sin interferencias.

Tampoco resulta aceptable que la posición mayoritaria haya acudido a la reciprocidad orientada a lograr un mínimo equilibrio, propia de las relaciones contractuales; a la lesión enorme por precio irrisorio y, menos aún, a la obligación de reparación integral del daño, todo esto con miras a justificar un reproche falaz, en cuanto pretendió construir un abuso de posición dominante inexistente. Lo anterior, si se considera que, i) en cuanto orientada a poner fin al proceso, la conciliación extingue las pretensiones, de suyo aleatorias, de suerte que su naturaleza comulga con el pago, transformando la incertidumbre en certeza; ii) siendo las pretensiones resarcitorias ajenas a la reciprocidad predicable solo de

prestaciones preestablecidas y evaluables, aquellas no pueden ser equivalentes a estas; iii) la lesión enorme se predica de las prestaciones onerosas, relativas a la enajenación de los inmuebles, sin que, en todo caso, le sea dado al juez declararla de oficio, apartándose de los criterios objetivos fijados por la ley; iv) no resulta posible poner el ejercicio de la voluntad de la administración en el campo de la fuerza sin contención, del aprovechamiento deshonesto, del abuso, por el solo hecho de provenir del Comité de Conciliación de la entidad estatal a la que se le endilga el daño y, v) en cuanto el proceso, incluyendo la etapa de la conciliación, está sometido a la dirección del juez; las pretensiones resarcitorias al principio dispositivo y la aprobación a la imparcialidad del primero, no resulta posible sostener, *a priori*, el abuso de la posición dominante en las actuaciones procesales y, menos aún, conferir al juez, *per se* y *motu proprio*, el control de un incontrovertible abuso. Desconociendo, de antemano, la buena fe y sustrayendo la autonomía privada, capaz, en todo caso, de velar por lo suyo y con derecho a que sus decisiones no sean menospreciadas, bajo el ropaje equivocado de un paternalismo judicial, sin sustento en el ordenamiento y al margen de lo probado.

En efecto, fijándose la *litis* en el marco de las pretensiones de reparación formuladas por los actores, la conciliación judicial se orienta a la negociación de esas reclamaciones y el acuerdo, de lograrse, a la extinción de las obligaciones pendientes de definirse. ¿Cómo sostener, entonces, el equilibrio mínimo al que aludió la posición mayoritaria, fundada en la “*reciprocidad del contrato*”?

Ahora, desde las épocas tempranas de formación del derecho, en la tradición latina –*civil law*–, se distinguen las obligaciones de origen contractual, de aquellas que provienen del daño. ¿Si el equilibrio en los contratos se predica de obligaciones recíprocas, esto es, nacidas del mismo acto, cómo introducir a la conciliación la reciprocidad o el equilibrio prestacional, en cuanto el daño ocurre al margen de cualquier negociación, así el acuerdo se oriente a dirimir el conflicto generado en la afectación a un derecho o interés reparable? De donde no resulta posible proyectar sobre el acuerdo conciliatorio siquiera el carácter sinalagmático imperfecto, que se atribuye a los contratos unilaterales. Es que el consenso no implica necesariamente el equilibrio o la conmutatividad en las prestaciones, como equívocamente lo entendió la posición mayoritaria, al deducir del consentimiento la característica propia de los contratos bilaterales, onerosos y conmutativos, al margen del contenido de las declaraciones de voluntad.

En cuanto se refiere a la lesión enorme, además de prevista por el ordenamiento para los negocios onerosos, relativos a inmuebles, los actos de partición, los intereses, la fianza, la hipoteca y de la reparación regida por el principio dispositivo, no queda sino concluir que se trata de un desequilibrio tasado objetivamente por la ley⁸³, sin que para el efecto tengan que ver consideraciones de abuso, de aprovechamiento injusto, de debilidad o necesidad manifiestas de la víctima. Estas últimas invocadas por la posición mayoritaria para extender, erradamente, a mi juicio, los efectos de esa institución a la conciliación.

Se destaca que, si bien un sector de la doctrina enfoca la lesión enorme entre los vicios del consentimiento predicable no solo de los negocios jurídicos de venta de inmuebles, fundados en el aprovechamiento de la ignorancia o la necesidad, aun así, se enfatiza en que no se trata de cualquier lesión, sino de aquella que denota un desequilibrio grave en la conmutatividad del acto, esto es, que atenta ostensiblemente contra la justicia y la equidad⁸⁴. En todo caso, con sujeción al

⁸³ Así, de conformidad con la codificación civil –se destaca-, “[e]l vendedor sufre lesión enorme **cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio** de la cosa que vende; y el comprador a su vez sufre lesión enorme, **cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella**. // El justo precio se refiere al tiempo del contrato” (art. 1947); “[e]l interés convencional **que exceda de una mitad al que se probare haber sido interés corriente al tiempo de la convención**, será reducido por el juez a dicho interés corriente, si lo solicitare el deudor” y “[l]os intereses que estipularen estarán sujetos, en caso de lesión enorme, a la misma reducción que en el caso de mutuo” (arts. 2231 y 2466); en el caso de los actos de partición, “[l]a rescisión por causa de lesión se concede **al que ha sido perjudicado en más de la mitad de su cuota**” (art. 1405); “[e]l fiador no puede obligarse en términos más gravosos que el principal deudor, no sólo con respecto a la cuantía sino al tiempo, al lugar, a la condición o al modo del pago, o a la pena impuesta por la inexecución del contrato a que exceda la fianza, pero puede obligarse en términos menos gravosos. // (...) **La fianza que excede bajo cualquiera de los respectos indicados en el inciso primero, deberá reducirse a los términos de la obligación principal**” (art. 2370); “[l]a hipoteca podrá limitarse a una determinada suma, con tal que así se exprese inequívocamente, pero **no se extenderá en ningún caso a más del duplo del importe conocido o presunto, de la obligación principal**, aunque así se haya estipulado. // El deudor tendrá derecho para que se reduzca la hipoteca a dicho importe” (art. 2455).

⁸⁴ En ese sentido señaló Pothier –se destaca-: “[l]os vicios que pueden encontrarse en los contratos, son: el error, la violencia, el dolo, la lesión, el defecto de causa en el compromiso, y el defecto de parentesco (...) // La equidad debe reinar en todas las convenciones, de donde se sigue que en los contratos interesados, en los cuales uno de los contratantes da o hace alguna cosa para recibir cualquiera cosa, como, por ejemplo, el precio de la cosa que da o hace, la lesión que sufre uno de los dos contratantes aun en el caso de que el otro no haya empleado artificio alguno para engañarle, es bastante en sí mismo para considerar vicioso el contrato. Pues la equidad desde el punto de vista comercial, consiste en la igualdad, y así desde el momento que esta igualdad se siente herida y que uno de los contratantes da más que no recibe, el contrato es vicioso, por cuanto peca contra la igualdad que en el mismo ha de reinar. // Por otra parte, hay imperfección en el consentimiento de la parte lesionada, puesto que no ha querido dar lo que ha dado en el contrato, sino en la falsa suposición de que lo que ella recibe en cambio vale tanto como lo que ha dado; pues estaba en disposición de no dar la cosa, si hubiere sabido que lo que por ella recibía valía

principio dispositivo, el desequilibrio debe probarse y su declaratoria sujetarse a un juicio previo con la plenitud de las garantías constitucionales; pues solo así el juez podría desconocer el acuerdo; al margen de criterios subjetivos, sino con la desproporción objetiva fijada por la ley. Y en cuanto la acción rescisoria de la compraventa se orienta, principalmente, a permitir el ajuste del precio, con deducción del 10% en favor de la parte beneficiada con la lesión enorme, se concluye que, en esencia, el Estado interviene en la economía, a través de la ley, como corresponde, orientada a regular el provecho o utilidad permitida en los negocios relativos a inmuebles, cuando el precio convenido resulta desproporcionado frente al valor comercial. Facultad interventora ajena al poder del juez, a quien no le queda más que aplicar los criterios objetivos, fijados en el ordenamiento y no definir unos distintos.

Siendo así y, aun en gracia de discusión, admitiendo la aplicación extensiva a la que se acudió en el fallo, al margen de las características no contractual y conmutativa de la conciliación, ¿cómo sostener la lesión enorme por fuera del desequilibrio objetivo fijado por la ley, esto es por debajo del 50% o por encima del

menos. // Por lo demás, es necesario observar: // 1º. Que el precio de las cosas de ordinario no consiste en un punto indivisible; pues se da cierta latitud a los tratos entre las partes y por consiguiente no hay lesión, ni inequidad en un contrato, a menos que lo que uno de los contratantes ha recibido no esté por encima del precio máximo, o por debajo del precio del precio mínimo de la cosa dada//. 2º. Bien que toda lesión, sea la que sea, hace inicuos los contratos y, por consiguiente, viciosos, y que el fuere interior obligue a suplir el justo precio, empero en el fuere exterior no se reciben las instancias de lesión por mayor, a menos que la lesión no sea enorme; punto sabiamente establecido por la seguridad y libertad del comercio, que exige que no se puede volver fácilmente contra las convenciones; pues de otro modo no nos atreveríamos a contratar por temor de que aquel con quien hubiésemos contratado no nos instruya un proceso creyendo haber sido lesionado...”; en “Tratado de las Obligaciones”, traducción al español de la versión francesa de 1824; Ed. Atalaya; Buenos Aires, 1947, págs. 29 y ss.

En sentido similar, VALENCIA ZEA, Arturo: “[h]emos dicho que los vicios del consentimiento en los negocios jurídicos son cuatro: el error, el dolo, la violencia y la lesión...// Para que la lesión vicie el consentimiento en la venta, se requiere: 1) que se trate de una lesión enorme; 2) que se trate de la venta de cosas inmuebles...// I. Es enorme la lesión cuando el inmueble se ha vendido por un precio inferior a la mitad de su precio real o superior al doble de su precio...// III. La lesión enorme como vicio del consentimiento.- La lesión es, ante todo, un vicio del consentimiento; más para algunos no lo es, ya que parten de la idea de que los únicos vicios que afectan la libertad individual, son el error, el dolo y la violencia. Este es un punto de vista excesivamente estrecho, pues el estado de necesidad, la inexperiencia o la ignorancia son vicios de la voluntad, ya que quien vende en estado de necesidad no es libre...// En nada se opone, sino que más bien complementa la idea expuesta, el dar como fundamento de la lesión enorme la idea de la equivalencia que debe reinar en los contratos conmutativos, de los cuales el principal es la venta...// Por último, puede sostenerse que la lesión enorme no solo es vicio del consentimiento, sino que atenta, además contra las buenas costumbres vigentes en una sociedad que pretende regirse por elementales principios de equidad y justicia”; en Derecho Civil-De los Contratos; Tomo IV, Ed. Temis, 7ª edición; Bogotá D.C., 1988, págs. 27 y ss.

200% del “*justo precio*”, como lo concluyó la posición mayoritaria? ¿Con fundamento en cuál disposición se resolvió que el equilibrio mínimo del acuerdo conciliatorio se ubica entre el 70% y el 100% del monto fijado *ex arbitrio ex iudice* para la indemnización? Es que la indemnización, en cuanto ajena a la noción de precio comercial, esto es al valor de un bien o servicio en el mercado, no se rige ni puede regirse por una institución destinada a que el Estado intervenga en el precio de los inmuebles, imponiendo una conmutatividad y, menos aún, por un control objetivo derivado de las supuestas debilidad y necesidad manifiestas de la víctima, porque, de presentarse, esa situación sería relevante en cuanto afecte la libre expresión de la voluntad, empero, enteramente sujeta al poder dispositivo y ajena a los límites oficiosos.

Es que no resulta posible desconocer que al juez se confía la tarea de reivindicar, mediante la reparación, indemnización o compensación económica, los derechos, libertades o intereses particulares afectados, estos es, decidir sobre la responsabilidad; empero, sin desconocer que es la víctima, en cuanto titular, la llamada a asegurar su disfrute y defensa. Y aunque se consideren arcaicos y contrarios a la libertad los tiempos en los que se consideró el mundo regido por la fuerza individual, lo cierto es que la intervención del Estado para decir el derecho – *iuris dictio*-, en materia del daño, pretende reemplazar la venganza privada y distribuir los intereses en conflicto; empero no erigirse en única medida de equidad, al punto de sustituir la voluntad privada en la solución de los conflictos, esto es, como razón de la justicia.

Tampoco puede desatenderse que los derechos, libertades y demás intereses jurídicos, de naturaleza social y relativos en tiempo, lugar y contenido, en cuanto orientados a las relaciones interpersonales eminentemente cambiantes, expresan acción y se reafirman en el ejercicio de la voluntad privada, encaminada a la adquisición, conservación y eficacia, incluso a través de los mecanismos judiciales de protección. Razones elementales de las que emana el milenario principio dispositivo del proceso judicial, como no puede ser distinto, si se considera que nada permite decidir las distintas formas procesales de cara a la protección de los intereses particulares, confiados al criterio y la voluntad de su propio titular. Como se reconoce desde antaño –se destaca-, “[l]os poderes, si violados, deben ser defendidos en vía privada. La defensa privada es consonante con la derivación del nombre de *agere* y su aplicación exclusiva a la actividad de las partes. Surgido el Estado, las viejas acciones, la *manus iniectio* y la *legis actio sacramento in rem*, no

otra cosa representan que la formalización y estilización de las primarias y mentales actitudes de defensa –física y personal del propio poder”⁸⁵.

En ese orden si, conforme con el principio dispositivo, al interesado le corresponde, en lo que toca con la acción de reparación directa, i) la voluntad de ejercerla, ii) la definición de las pretensiones y la *causa petendi*; iii) la elección de las pruebas que pretende hacer valer y iv) el desistimiento, con mayor razón se comprende en la autonomía privada el convenir en la terminación del proceso, mediante la libre renuncia a las pretensiones o el acuerdo sobre la indemnización de los perjuicios, salvo los límites impuestos por el ordenamiento al principio dispositivo, entre los cuales no se encuentra la prohibición de acordar montos inferiores a las fijadas *ex arbitrio iudice*, como tampoco el imperativo de declarar *per se* el abuso de la posición dominante. A las que acudió la posición mayoritaria por la vía de una asimilación insostenible.

De no ser ello así, se desnaturaliza el carácter rogado de la jurisdicción. Es que no puede ser de otra manera, si se considera que la Sala resolvió arrogarse la facultad de garante de un deber absoluto de reparación integral, detentador de un equilibrio natural ajeno al poder dispositivo de las partes y controlador oficioso del abuso de la posición dominante. En esas condiciones, ¿qué sentido tiene atribuir al principio dispositivo el ejercicio de la acción, fijar las pretensiones, desistir o conciliar los intereses en litigio, si el juez se autoproclama garante de un deber absoluto de una reparación previamente fijada por él mismo, fundado en un equilibrio natural irrenunciable, por ser el daño imputable al Estado? ¿De cuándo acá lo que las partes consideran libremente como correcto o equitativo en la indemnización del daño, dentro del ámbito de su poder de disposición, no puede serlo para el juez?

A mi juicio, no resulta posible, sin caer en el absolutismo, que se sostenga que *per se* el ejercicio de la voluntad es ajeno al derecho y encarna injusticia. Destaco que el entendimiento de la posición mayoritaria, en el sentido de asimilar el ejercicio de la voluntad con la fuerza sin contención que lleva a la imposición de las propias razones y al abuso, no cabe siquiera en las más remotas épocas del Estado incipiente. Además de que, si se tratara de valorar la justicia en la

⁸⁵ Cfr., Juan Iglesias; *Derecho Romano-Historia e Instituciones*; 11ª edición; Ed. Ariel Derecho; Barcelona; 1993, pág. 169.

indemnización desde la óptica moral, no puede entenderse sustituida por el poder del juez la voluntad constante y perpetua de dar a cada quien lo suyo.

El juez debe decidir lo que le corresponde a cada una de las partes, cuando así se lo han pedido, sin que ello comporte el imponerles la renuncia a dirimir de común acuerdo el conflicto. ¿Si por la petición de parte es que el juez puede inmiscuirse en la decisión de los intereses sujetos al poder de disposición, cómo impedir la conciliación, esto es estorbar hasta hacer nugatorio el derecho a poner fin al conflicto, en los términos en que, conforme con su libre voluntad, consideran justo?

El reconocimiento de la autonomía de la voluntad, entre otras, “descansa sobre la idea de que el individuo lleva en sí, en su sentimiento jurídico y en su energía, la razón de su derecho; circunscribiéndose a sí mismo y a su propia fuerza para la realización de ese derecho”⁸⁶, descartándose de plano la pretenciosa prevención, conforme con la cual de antemano se pone al ejercicio de la voluntad, del consenso, en el campo de la fuerza física, al margen del derecho y la justicia, en cuanto reservadas estas últimas al Estado.

Basta recordar que, desde la génesis de la ciencia jurídica, se radica en la voluntad el origen el derecho privado y se repudia la presunción general de que su ejercicio contraría el ordenamiento. En ese sentido, pone de presente la doctrina – se destaca-:

La fuerza individual es el origen del derecho, decimos, y estas palabras son casi ininteligibles para nosotros, que habituados a confiarlo todo al Estado, a definir el derecho como si fuera la voluntad del Estado y abandonarle su realización, apenas si conocemos la fuerza individual, y donde quiera que se muestra sin autorización del Estado la perseguimos y la castigamos como un atentado al orden jurídico. Pero así como a nuestros ojos la fuerza y el derecho se diferencian el uno del otro, así la intuición actual que tenemos de esas dos ideas difiere de la que poseían los antiguos romanos... Nuestra rigurosa distinción del derecho y de la fuerza ¿es, por otra parte, tan exacta? ¿no existe hoy mismo terreno en el que caminan de consuno? Hemos declarado la guerra a la fuerza en el campo exiguo de la vida civil, donde se manifiesta tímida y disimuladamente, sin sospechar que hubo un tiempo que aun en aquel terreno alcanzó el más extenso poder; pero la fuerza, desterrada de las humildes

⁸⁶ Cfr., IHERING, Rudolph Von; “El Espíritu del Derecho Romano”; Ed. Comares S.L.; Granada; 1998, págs. 88 y ss.

*regiones de la vida privada, se refugia en las cimas donde se agita la historia del mundo*⁸⁷.

Se reprocha que la fuerza no encarne justicia, esto es que los derechos cedan ante la fuerza bruta. ¿Cómo pretender, entonces, trasladar a las decisiones judiciales la imposición al margen de la razón? Pues no otra cosa puede decirse del *arbitrio juris* que, *so pretexto* de realizar la justicia, reemplaza la voluntad negocial, con el mensaje claro de que es la verdad construida por el juez la única posible.

A mi juicio, no es sostenible la pretensión de desterrar el consenso privado como expresión de lo que en el caso concreto le corresponde a cada quien, dentro del poder de disposición privada, por la insuperable razón de que, aún en los sistemas positivistas, la honestidad, la rectitud, la lealtad constituye uno de los pilares de la justicia, además, revelador de la vinculación entre la moral y el derecho.

Como se recordará –se destaca–:

Ulpiano define la iustitia como «la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho»: constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi. La justicia de que aquí se habla no es la justicia pura, la más alta justicia –virtud íntegra e inmovible que abraza en sí a todas las virtudes–, sino es justicia terrena –in uso cotidiano– que, estableciendo una cierta igualdad entre los hombres, propende por la consecución del bien común (...).

Según el mismo Ulpiano, tres son los preceptos jurídicos fundamentales: honeste vivere, alterum non laeder, suum cuique tribuere (vivir honestamente, no dañar a otro, dar a cada uno lo suyo). Por más que se piense en la formación tardía –bizantina– de tales preceptos no cabe negar que guardan relación con el derecho, pues el Derecho se entronca con la virtud moral, aunque no agote su materia. Los tres preceptos atañen a toda suerte de normas sociales, a las que es común un mismo principio o medida universal sobre el obrar, pero adquieren máxima significación referidos al Derecho, cuya esencia radica en el imperativo que pone a la voluntad. La esfera de lo honestum es más amplia que la de «lo lícito», mas de aquí no se infiere que lo honestum no sea un postulado de la justicia. Honestus se relaciona con virtus –de vir y con honor–, como expresión o reconocimiento de aquélla⁸⁸.

⁸⁷ Cfr., IHERING, Rudolph Von; "El principio de la voluntad subjetiva es la fuente originaria del derecho privado...", en "El Espíritu del Derecho Romano", Ed. Comares S.L.; Granada; 1998, pág. 84.

⁸⁸ Cfr., IGLESIAS, Juan; Ob. Cit., págs. 89 y 91.

Pensamiento romanístico que vino a erigirse en principio, positivado en las codificaciones del siglo XIX, en cuanto en ellas se reconoció la virtud, la honestidad, la lealtad, en fin, la buena fe, como razón subyacente, que impulsa el ejercicio de la voluntad privada y tajantemente se limitó la presunción de la fuerza sin contención, de la intención de causar daño, del abuso, a los casos señalados en la ley⁸⁹. Además de elevados a rango constitucional en 1991, como principio general la primera, en cuanto “[l]as actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas” –art. 83- y como prohibición el abuso –art 95-.

De donde no resulta posible, conforme con los *tria juris precepti* sobre los que descansa el ordenamiento, que el juez sustituya, con pretensión de generalidad, el libre consenso como expresión de la equidad en la indemnización de los perjuicios comprendidos en su poder de disposición, comoquiera que el imperativo le exige presumir el ejercicio de la voluntad privada como manifestación de la honestidad, la rectitud, la lealtad, esto es, expresión de la voluntad constante y perpetua de dar lo que le corresponde al otro en el caso concreto y controlar el abuso, a petición de parte, sujeto a la demostración de los presupuestos de la presunción especial o de la actuación de mala fe, dolosa o abusiva. Preceptos de los que hizo caso omiso la posición mayoritaria.

Ahora bien; a mi juicio, tampoco es dable erigir al juez como único árbitro de la reparación integral y a esta como un derecho irrenunciable de la víctima y un deber absoluto en contra del Estado, por la mismas razones que impiden i) confundir los derechos inalienables, expatrimoniales y el carácter económico de la compensación o indemnización del perjuicio, objeto de la acción de responsabilidad por la afectación de aquellos y ii) asumir una justicia natural, inmutable, ajena a la evolución progresiva en los aspectos éticos, filosóficos y políticos del hombre y la sociedad, de la que pudiera afirmarse que solamente la que emana del juez es justicia real, en tanto la proveniente del consenso obedece

⁸⁹ Así, conforme con los artículos 63, 769 y 1516 del Código Civil –se destaca-, “**la buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria. // En todos los otros, la mala fe deberá probarse**”. Y el dolo, que “...consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”, “...no se presume sino en los casos especialmente previsto por la ley. **En los demás debe probarse**”.

a teorías fundadas en una igualdad ficticia, como lo supone la posición mayoritaria.

A mi juicio, una justicia basada enteramente en derechos irrenunciables y deberes absolutos de reparación integral, lejos de fundarse en la equidad hacia la que viene evolucionando la obligación de reparar los daños, rememora las épocas ya transitadas en que la humanidad entendía la responsabilidad a luz de la emoción y la venganza. Si al individuo se le quitó de sus manos la represalia por el daño particular, no fue para trasladarla al Estado y, mucho menos, para erigirla en la forma de administración de justicia, sino para hacer la vida social más sensible al consenso, justa, agradable y pacífica.

¿Cómo pretender subordinar la certidumbre y prontitud en la solución satisfactoria del conflicto mediante el libre consenso, a la severidad de una reparación integral *arbitrio iuris* como la que pregona la posición mayoritaria? ¿Es que acaso el resentimiento colectivo, derivado de la imposibilidad de dirimir oportunamente los conflictos a través de la jurisdicción estatal, no es razón suficiente para que el juez detentador de la única justicia, acepte el consenso como fórmula de arreglo de los intereses en conflicto? ¿No es acaso este el fin superior de la conciliación? Ay de las sociedades que abandonan la justicia del consenso, con la pretensión de sustituirla enteramente por los tribunales, porque, no solamente se la pone al margen de la voluntad privada, de dar a cada quien lo suyo en el caso concreto, sino que, además de desbordados por la consiguiente proliferación de los conflictos, los administradores de justicia terminan siendo árbitros de intereses ajenos al litigio.

Pareciera entenderse, por parte de la posición mayoritaria, que la justicia se institucionalizó de espaldas a la evidencia que el mundo ofrece en materia de equidad y el trato honesto que se acuerda diariamente, hasta en las más elementales relaciones cotidianas. Como si la causación del daño fuera razón suficiente para despojar a las partes de la honestidad y el sentido de justicia que les asiste. ¿Desde cuándo dejó de ser honesto que el Estado ofrezca y la víctima de la privación injusta de la libertad acepte libremente una indemnización inferior al 70% del valor tasado por el juez, sin más consideraciones que su propio sentido de la justicia?

También me aparto de la posición mayoritaria que dio por sentado que los acuerdos conciliatorios sobre la indemnización de perjuicios por debajo de un límite fijado al arbitrio por el juez, constituyen cláusulas limitantes de la responsabilidad, prohibidas o contrarias al orden público y al ordenamiento, cuando lo que se deja de ver es que, *estricto sensu*, estas se convienen de manera anticipada al daño. De manera que cómo sostener que el consenso sobre la indemnización del perjuicio causado, implica i) concertar cláusulas generales de irresponsabilidad sobre el daño futuro; ii) pactar sobre derechos que se encuentran por fuera del comercio, esos sí inalienables y diferentes de la reparación, indemnización o compensación económicas, sujetas al poder de disposición y iii) acordar la exoneración del dolo o la culpa grave. Todo esto dispuesto, además, en la codificación civil, conforme con la cual –se destaca– “[e]l pacto de no pedir más en razón de una cuenta aprobada, no vale en cuanto al dolo contenido en ella, si no se ha condonado expresamente. **La condonación del dolo futuro no vale**” –art. 1522-.

Es que, al margen de que el daño deviene en cierto y reparable, aún en tratándose de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad, el control judicial se rige por el principio dispositivo, sujeto a que se establezca la ilicitud e inequidad en cada caso y no, *a priori*, de manera objetiva, con efectos generales, como lo entendió la posición mayoritaria.

Al respecto señala la doctrina⁹⁰:

La casación italiana durante la vigencia del codice civile de 1942 se ha pronunciado en cuatro casos sobre la validez de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad extracontractual y aunque en esos procesos determinó la nulidad de las mismas por haber sido contrarias a sus límites generales de validez, por cuanto ellas se pactaron sobre la responsabilidad extracontractual en caso de daño a la persona y porque el hecho ilícito del cual se pretendía restringir la responsabilidad se cometió con culpa grave, en todo caso se dejó abierta la posibilidad de que ellas sean pactadas de manera lícita si se hacen dentro de los límites de validez de las mismas.

La posición sobre la admisibilidad general que se ha sostenido en el sistema italiano también se comparte por la doctrina mayoritaria francesa, en la medida

⁹⁰ Cfr., GUAL ACOSTA, José Manuel; “Cláusulas de exoneración y limitación de la responsabilidad civil”; Ed. Ibáñez; Bogotá, D.C.; 2008, págs. 399 y ss.

que la cláusula restrictiva de la responsabilidad aquiliana solo será nula cuando el hecho generador del daño sea de cierta gravedad, y la apreciación sobre esa gravedad con que se cometió por su autor el hecho ilícito generador del daño se deja al juez de manera que serán nulas cuando deriva de un hecho cometido con dolo o culpa grave.

La regla sobre la gravedad del hecho se complementa con la prohibición de las cláusulas restrictivas de responsabilidad, que tengan por objeto eliminar la reparación de los delitos sufridos por la persona en su integridad, pues todo pacto sobre el cuerpo humano está por fuera del comercio y de los pactos privados, pues lo contrario sería contrario (sic) al orden público. La posición de la doctrina francesa con acierto y contraria a la posición de la jurisprudencia de ese país sostiene que el régimen de responsabilidad extracontractual no es de orden público.

De donde la presunción general de dolo, esto es de la intención positiva o el abuso en el provecho inequitativo está proscrita. Permitido y deseable sí el control de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad y por ende de la pretensión de hacerlas valer una vez realizado el daño. Ello al margen de una relación previa, esto es predicable de la responsabilidad extracontractual.

Asimismo, destaco que, como se reconoce en el derecho comparado, son admisibles las cláusulas generales que limitan la reparación integral del daño, salvo que su invocación –no su estipulación- resulte manifiestamente injusta.

Como señala la doctrina⁹¹:

Los PCCI [“Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010”] reconocen la validez de principio de las cláusulas restrictivas de responsabilidad (art. 1.1). Pues a las partes mediante pacto les es permitido limitar de manera válida el principio de la reparación integral del daño y por tanto la responsabilidad que surge del incumplimiento del deudor o de sus auxiliares, pero tales cláusulas deben mantener la equidad o justicia derivada de la finalidad del contrato, por tanto no se podrá considerar válida una cláusula restrictiva de responsabilidad si el hecho de invocarla resulta manifiestamente injusto. Podrá resultar manifiestamente injusto invocar la cláusula restrictiva cuando ella es por su esencia injusta y su aplicación determina un manifiesto desequilibrio normativo entre las partes; o cuando la cláusula no sea en sí misma injusta el invocarla sí lo sea, p.ej., ello así ocurriría cuando el deudor invoca una cláusula restrictiva de responsabilidad ante un incumplimiento por el cometido a causa de una conducta derivada de su culpa grave o dolo.

⁹¹ Cfr., GUAL ACOSTA, José Vicente, Ob. Cit., págs. 656 y 657.

Y, en tratándose de un caso de reparación por la privación de la libertad, dejó de ver la posición mayoritaria que, conforme con los reiterados criterios jurisprudenciales de esta Corporación, la responsabilidad es eminentemente objetiva, en cuanto desde el ordenamiento se da por establecido que la detención es injusta, cuandoquiera que el juez penal concluye que el hecho no existió, el afectado no lo cometió o la conducta no es punible. Régimen conforme con el cual se acompasa la limitación o reducción de la indemnización, precisamente, porque la víctima asume la *litis* con un alto porcentaje de prosperidad. Fácilmente entendible dado que la presunción de inocencia no fue desvirtuada pero desequilibrante, en cuanto al alea del trámite procesal.

En ese sentido, sostiene en la jurisprudencia y la doctrina comparadas⁹² -se destaca-:

3. Principio de igualdad e indemnización de daños.

Como digo, el tratamiento del principio de igualdad dado por la STC, 181/2000 es poco satisfactorio. Es cierto que como dice la sentencia (y que se repite en otras posteriores...) «de la Constitución no se deriva que el instituto de la responsabilidad civil extracontractual tenga que ser objeto de un tratamiento normativo uniforme e indiferenciado ni, como es obvio, la Norma fundamental contiene una prohibición por la que se impida al legislador regular sus contenidos, adaptándose a las peculiaridades de los distintos contextos en que se desenvuelven las relaciones sociales» (F.11). Pero el hecho de que los diferentes ámbitos de la responsabilidad puedan regularse de distinta manera no debe ocultar que si bien hay ciertos elementos del régimen de responsabilidad que admiten ese trato diferenciado, hay otros en los que debe primar la igualdad. Puede considerarse razonable que en las actividades de riesgo la norma establezca un régimen objetivo de responsabilidad, y mantenga la culpa de carácter general. Puede considerarse como no discriminatorio el que se fijen diferentes regímenes prescriptivos, o que en unos casos se imponga la contratación de un seguro de RC y en otros no (aunque la tendencia es hacia la imposición del seguro en la práctica totalidad de las actividades económicas), etc. Pero el daño es un elemento que no admite fácil diferenciación. Decía más arriba que en una sociedad desarrollada la responsabilidad objetiva debe erigirse en canon normativo en ciertos ámbitos de riesgo porque dispone de los mecanismos necesarios para la distribución y socialización de los daños. Por ello es generalmente aceptado que las indemnizaciones en los sistemas objetivos de responsabilidad se hallen sujetas a límites cuantitativos. Que en unos casos la imputación sea objetiva y en otros subjetiva, y que en el

⁹² Cfr., en "Tratado de Responsabilidad Civil"; REGLERO CAMPOS, L. Fernando; Ed. Aranzadi S.A.; Navarra (España); 2002; págs. 89 y ss.

primero la cuantía indemnizatoria esté sometida a límites, y no el segundo, son circunstancias que no se consideran atentatorias del principio de igualdad entre las víctimas, porque existen razones que justifican ese tratamiento desigual... Es admisible que quien sufrió daños por valor de 100 sea indemnizado en 50 porque el daño se imputó objetivamente al responsable. Y que por ese mismo daño, el perjudicado reciba 100, porque el daño se imputó subjetivamente al responsable. Lo que no es fácil de justificar es que, quedando obligado el responsable por el mismo título de imputación, uno reciba 50 y el otro 100. Desde luego, el argumento de la STC 181/2000 no parece suficiente.

Siendo así, lo procedente tenía que ver con admitirse la reducción de la indemnización, atendiendo a la imputación objetiva de la responsabilidad a la entidad estatal, si se considera, además, que en el *sub lite* ninguna muestra de dolo o culpa grave se conoció, al contrario, incluso en uno de los rubros se convino en el límite; sin hesitación frente a la responsabilidad, de donde no es dable imputar objetivamente la responsabilidad, empero desconocer igual objetividad en la indemnización, como lo entendió la posición mayoritaria.

Finalmente, disiento del fallo, en cuanto se partió de la presunción, no tasada legalmente, consistente en que en los procesos ante esta jurisdicción la víctima se encuentra en condiciones de debilidad, necesidad y urgencia manifiesta, no solo por la congestión de los despachos judiciales y el daño infligido por el Estado, sino porque, además, la entidad estatal demandada ostenta posición dominante. Esto, en cuanto sostuvo que se trata de imponer abusivamente a la víctima lo resuelto unilateralmente por el Comité de Conciliación –al que el ordenamiento le ordena consultar y oír-, porque, en esas condiciones, a la víctima no le queda más que someterse a la propuesta predefinida.

Es que no se puede pasar por alto que el ordenamiento atribuye al juez el deber perentorio de dirigir el proceso, de cara a la igualdad y eficacia en el ejercicio de los derechos de las partes, a la garantía de imparcialidad y que los comités de conciliación fueron previstos para hacer posibles los acuerdos, al margen de las limitaciones a las que se enfrentan las autoridades. ¿Cómo sostener, entonces, una presunción general de abuso de posición dominante en las distintas etapas del proceso judicial, por el solo hecho de que se atribuye el daño al Estado? ¿Acaso esta condición es suficiente para limitar el poder de dirección del juez y su deber de garantizar la imparcialidad, la igualdad y la eficacia de los derechos de las partes?

Por supuesto que al juez le corresponde dirigir el proceso, pero de ello no se sigue que pueda i) sustituir a las partes en el ejercicio de la voluntad, encaminada a conciliar las diferencias, a tasar la compensación justa, en asuntos enteramente sujetos al poder dispositivo y ii) traspasar el poder de disposición, para controlar *ex officio* un abuso, fundado en sus propios criterios y no en la causa petendi que le corresponde definir a las partes. Admitirlo da lugar al establecimiento no de un juez, sino de un soberano capaz de imponer su propio criterio, al margen del propio de las partes, árbitros naturales e insustituibles de sus derechos e intereses.

De ahí que no resulte dable sostener que, *prima facie*, en el *sub lite* la parte actora se encontraba en condiciones de debilidad, en razón de la congestión judicial, la que no solamente afecta a la víctima, en cuanto le impide acceder a la indemnización prontamente, sino que además pesa contra el presupuesto de la entidad estatal, en tanto se le impone asumir la pérdida del poder adquisitivo del dinero hasta la decisión judicial. Y, a mi juicio, resulta, cuando menos odioso, sostener que por el solo hecho de serle imputable el daño, deba presumirse que la entidad estatal no actúa impulsada por la buena fe, sino por el ejercicio abusivo del deber legal que le asiste de tratar y definir a través de su Comité de Conciliación, los términos en que está dispuesta a conciliar.

Ahora, no cabe duda de que, como está previsto en los artículos 86 del Tratado de Roma, constitutivo de la Unión Europea y el 95 constitucional, la imposición de condiciones inequitativas constituye abuso del derecho, al margen del dolo y la culpa grave, en cuanto no les está permitido a las partes defraudar la confianza razonable o desviar la función social de los derechos de que son titulares⁹³. Pero, en todo caso, el carácter objetivo del abuso como fuente de ilicitud del daño, no excluye el control judicial del principio dispositivo, amén de que, en cuanto orientada a la declaración del abuso y la cesación o compensación de los efectos, la facultad del juez se sujeta a la decisión del caso concreto, al margen de la determinación de reglas generales de presunción de abuso de la posición dominante. Aspecto este que pasó por alto la posición mayoritaria.

⁹³ Cfr., Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 24 de mayo de 2012, Ponente: Stella Conto Díaz del Castillo, expediente 18931; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 19 de Octubre de 1994, Ponente: Carlos Jaramillo Schloss y Corte Constitucional, entre otras, Sentencia T-375 de 1997, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

4. Las razones invocadas, en todo caso, no justifican la decisión de improbar el acuerdo logrado por las partes

La decisión de improbar el acuerdo de las partes se fundamentó en las siguientes razones, a mi juicio, injustificadas –se destaca-:

v). *Caso Concreto.*

Como se dejó expuesto, las partes concurrieron a la diligencia de conciliación con el fin de solucionar la controversia que dio origen al proceso judicial de la referencia.

Para la Sala, dada su naturaleza de entidad pública y su aparato institucional, no cabe duda que en el acuerdo conciliatorio finalmente alcanzado por las partes, la Fiscalía General de la Nación ejerció una posición de dominio que le permitió proponer de manera unilateral una fórmula de conciliación que reduce a un 60% de los perjuicios materiales y a un 70% los perjuicios morales de la condena impuesta en primera instancia a favor de los demandantes allí relacionados.

Ciertamente, según el documento que obra a folio 835 del cuaderno principal, el Comité de Conciliación de la Fiscalía General de la Nación consideró proponer como fórmula de arreglo de pago el equivalente de “hasta” el 60% del valor de los perjuicios materiales y “hasta” el 70% del monto reconocido a título de perjuicios morales, de manera que por encima de ese porcentaje la entidad demandada no estaba dispuesta a conciliar y lo que resulta peor es que el límite impuesto con la expresión “hasta”, refleja que dicho Comité llegó a pretender incluso que el acuerdo conciliatorio pudiera ubicarse en niveles inferiores a tales topes porcentuales.

Así las cosas, a los demandantes no les quedaba otra opción diferente a aceptar o rechazar la fórmula de arreglo, en la medida en que la propuesta en los términos en que fue planteada, no dio margen alguno para la negociación.

Por consiguiente, de conformidad con el material probatorio obrante en el proceso y dadas las circunstancias particulares del presente caso, para la Sala el acuerdo conciliatorio alcanzado en ejercicio de una posición de dominio por parte de la entidad demandada, resultó contrario al mínimo equilibrio que debe observarse y esperarse en las relaciones negociales, teniendo en cuenta, por demás, la intensidad del daño ocasionado a los demandantes, los cuales, se reitera, no se encuentran en igualdad real y efectiva en relación con su contraparte que pudiera significar un contrapeso equivalente en el ejercicio de las negociaciones conciliatorias.

*En consecuencia, la Subsección estima que el acuerdo conciliatorio objeto del presente estudio no reúne los presupuestos para su aprobación, **como quiera que no se ajusta a los principios y reglas aplicables previstos en el ordenamiento, por lo cual se improbará.***

Y aunque en el fallo se aludió a que en el *sub lite* se discute la responsabilidad por privación injusta de la libertad y “*la intensidad del daño ocasionado a los demandantes*”, se hizo caso omiso de esos elementos, pues lo determinante tuvo que ver con la consideración, errada, a mi juicio, de que la entidad demandada ostenta posición dominante y la ejerció abusivamente, dado que, conforme con la posición mayoritaria, resulta moralmente inequitativo de cara a la reparación integral, convenir en una reparación inferior al 70% de los topes fijados al *arbitrio iuris*; empero, aceptada libremente por los actores. Sin que el fallo de cuenta de que, atendiendo a las circunstancias que rodearon el perjuicio y las razones que llevaron a las partes a expresar su consentimiento, con el acuerdo conciliatorio se haya desconocido la autonomía negocial, viciado el consentimiento o limitado injustificadamente la responsabilidad, en contra de la víctima, como procedía de cara a la improbación.

Tampoco comparto la posición mayoritaria en el sentido de apoyar, en el precedente de la Subsección B traído a colación, la decisión de negar la aprobación del acuerdo conciliatorio, porque la *ratio decidendi* en aquella oportunidad tuvo que ver con i) la obligación, que desde el bloque constitucional, le asiste al juez para tomar medidas especiales de protección del menor, aún de oficio y ii) la circunstancia acreditada, en el caso concreto, de que el porcentaje acordado por las partes -50% del valor de la condena en primera instancia-, no indemnizaba equitativamente al menor afectado, dada la afectación sufrida y las circunstancias particulares que rodearon el daño. Distinta de la sostenida por la posición mayoritaria, en esta oportunidad, esto es, que, en cuanto la entidad demandada ostenta posición dominante, resulta abusivo que se concilie la indemnización por debajo del 70%, de los valores fijados *ex arbitrio iudice* por la Sección.

En esas condiciones, la posición mayoritaria i) dejó de ver que en el caso concreto no se trataba de controlar una cláusula predispuesta para excluir la responsabilidad, ii) entendió equivocadamente que, al igual que el derecho inalienable afectado, la indemnización constituye un derecho irrenunciable de la víctima y un deber absoluto del Estado; iii) hizo caso omiso de que la imputación

objetiva de la responsabilidad por la privación injusta de la libertad, se acompasa con la reducción de la indemnización y, iv) sin que se hubiese alegado y acreditado el dolo, la culpa grave o el abuso, sustituyó a las partes y se ocupó *ex officio* de decidir sobre esos asuntos, al punto que negó la aprobación fundada en esos vicios, al margen del poder dispositivo de las partes, esto es del debido proceso. Amén de que la decisión no da cuenta, como correspondía, de las razones por las cuales se considera que los acuerdos conciliatorios por debajo del 70% adolecen de desproporción injusta, al margen de los criterios legales que definen la lesión enorme.

A mi juicio, estando sujeta al poder dispositivo de las partes la compensación económica de los perjuicios, sin que se advierta una desproporción injusta y sin que se haya acreditado que en el acuerdo la entidad demandada impuso condiciones inequitativas, atendiendo los elementos del caso concreto, lo procedente tenía que ver con aprobar la conciliación, en la que convinieron libremente las partes.

5. No procede que se falle con prelación el asunto por razones ajenas a las establecidas legalmente

No comparto la decisión mayoritaria de “*conceder prelación de fallo al presente asunto*”, haciendo caso omiso de las causales legales por las cuales procede ese trato preferente.

El derecho de igualdad exige que los asuntos se fallen siguiendo el orden en que entraron al despacho para esos efectos, sin que resulte posible la prelación por fuera de los casos expresamente autorizados en la ley, por tratarse de un asunto de competencia reservada al legislador.

Además de que la decisión no da cuenta de las razones por las que se dispuso fallar el asunto sin sujeción al principio de igualdad, debe tenerse en cuenta que negar la aprobación de la conciliación no constituye una razón válidamente admitida, para proceder como lo dispuso la decisión mayoritaria, ordenando que se decida el asunto con prelación.

En los términos anteriores dejo consignado mi disenso.

Fecha *ut supra*.

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Consejera de Estado

ACUERDO CONCILIATORIO - Debe versar sobre las pretensiones contenidas en la demanda y no sobre los estándares jurisprudenciales fijados por la jurisdicción / ACUERDO CONCILIATORIO - Acuerdo de voluntades en el que no se evidenció posición dominante por parte de la entidad estatal condenada en proceso contencioso administrativo / ACUERDO CONCILIATORIO - Formulados por las partes en nada se asemeja a un contrato de adhesión o a cláusulas preestablecidas que afectan generalmente al particular subordinado / FORMULAS DE ARREGLO - Propuestas por el Comité de Conciliación de la Fiscalía General de la Nación podían ser acogidas por la contraparte que de no hacerlo ningún perjuicio generaría a sus intereses / CONCEPTOS Y TEORIAS CONTRACTUALES - Traídas a colación por el fallador no guardan relación con el acuerdo conciliatorio objeto de improbabición

La argumentación contenida en el auto estaría adicionando el artículo 116 de la Constitución Política, puesto que serían las partes las que negociarían la conciliación sobre los estándares jurisprudenciales y no sobre las pretensiones contenidas en la demanda, circunstancia por la que la providencia tendría un fundamento inconstitucional. (...) la conciliación es un acuerdo de voluntades que tiene como objeto una transacción, en esa perspectiva, no se advierte en estos eventos una situación contractual de posición dominante (...) no se está frente a contratos por adhesión o con clausulados preestablecidos, sino que existe autonomía de la voluntad, ya que, tanto demandante como demandada actúan sobre la base de las recomendaciones contenidas en la actas de los comités de conciliación y, por lo tanto, corresponderá a los sujetos procesales determinar si acogen o no esas propuestas o fórmulas conciliatorias (...) En ese orden de ideas, yerra el criterio mayoritario al haber empleado como fundamento todos los conceptos y teorías propias del derecho contractual en relación con cláusulas abusivas y abuso de la posición dominante, por cuanto en la conciliación, las partes, prima facie, acuden con plena libertad para negociar los parámetros del acuerdo siempre y cuando no vulneren o desconozcan el ordenamiento jurídico

ACLARACION DE VOTO DOCTOR ENRIQUE GIL BOTERO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corporación, procedo a señalar los motivos por los cuales si bien, comparto el sentido de la providencia de unificación del 28 de abril de hogaño, me aparto de toda la argumentación contenida en la parte considerativa.

Razones y fundamentos de la aclaración:

En el caso concreto se analizó la legalidad del acuerdo conciliatorio al que llegaron las partes, en el que la Fiscalía General de la Nación acordaba pagar hasta el 60% de la condena impuesta a título de perjuicios materiales y hasta el 70% del monto de perjuicios morales.

La tesis sostenida fue la de improbar la conciliación con fundamento en lo siguiente: i) la posición dominante de las entidades estatales en estos casos, ii) la significación de los contratos por adhesión y el llamado abuso de la posición dominante contractual, y iii) fijar como monto mínimo de los acuerdos conciliatorios el porcentaje del 70% del valor de la condena de primera instancia, o de las sumas que esta Corporación ha señalado como plausibles para el reconocimiento de las indemnizaciones a que puede haber lugar, según los hechos que se debatan en el plenario.

De modo que, se establecen unos criterios para entender cuándo el acuerdo sería abusivo en virtud de la posición de dominio: sólo sería viable cuando oscilara entre el 70% el 100% de la condena de primera instancia en el proceso, cuando existiera sentencia condenatoria o, en los casos en que no existiera sentencia condenatoria, con base en los parámetros jurisprudenciales fijados por el Consejo de Estado.

Ahora, si bien comparto parcialmente el sentido de la providencia, esto es, que en ciertas ocasiones se advierte una posición dominante de la entidad demandada en los acuerdos conciliatorios, lo que supone doblegar la voluntad de los demandantes que –en ocasiones y tal vez por necesidad– se ven compelidos a aceptar una mala transacción en vez de esperar la culminación del proceso, lo cierto es que discrepo de la hermenéutica mayoritaria, por las siguientes razones:

i) Desde mi perspectiva, la argumentación contenida en el auto estaría adicionando el artículo 116 de la Constitución Política, puesto que serían las partes las que negociarían la conciliación sobre los estándares jurisprudenciales y no sobre las pretensiones contenidas en la demanda, circunstancia por la que la providencia tendría un fundamento inconstitucional.

ii) De otra parte, la conciliación es un acuerdo de voluntades que tiene como objeto una transacción, en esa perspectiva, no se advierte en estos eventos una situación contractual de posición dominante, ni mucho menos negocios jurídicos por adhesión en los términos de circunstancia por la que no habría abuso de esa situación en los términos del artículo 1624 del Código Civil⁹⁴.

iii) Así las cosas, no se está frente a contratos por adhesión o con clausulados preestablecidos, sino que existe autonomía de la voluntad, ya que, tanto demandante como demandada actúan sobre la base de las recomendaciones contenidas en la actas de los comités de conciliación y, por lo tanto, corresponderá a los sujetos procesales determinar si acogen o no esas propuestas o fórmulas conciliatorias.

iv) En ese orden de ideas, yerra el criterio mayoritario al haber empleado como fundamento todos los conceptos y teorías propias del derecho contractual en relación con cláusulas abusivas y abuso de la posición dominante, por cuanto en la conciliación, las partes, *prima facie*, acuden con plena libertad para negociar los parámetros del acuerdo siempre y cuando no vulneren o desconozcan el ordenamiento jurídico.

Por consiguiente, considero que el razonamiento desarrollado en la providencia es incorrecto para los fines u objetivos señalados, comoquiera que los acuerdos conciliatorios no son contratos por adhesión, ni mucho menos existe abuso de posición dominante contractual en los mismos, ya que se debe dar una libre negociación de los parámetros del convenio.

Así las cosas, la Sala debió replantear la argumentación fijada en el auto, para buscar otros principios y fundamentos que permitieran equilibrar la relación jurídica entre las partes que acuden a la conciliación, sin tener que forzar la aplicación de teorías inconvenientes e inaplicables a la materia.

⁹⁴ "ARTICULO 1624. No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor.

"Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella."

v) De otro lado, como lo sostuve al interior de la deliberación y discusión de la providencia, estoy convencido que el asunto debió ser sometido a consideración no del Pleno de la Sección Tercera, sino a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, porque todas las Secciones del Consejo de Estado tienen que homologar acuerdos conciliatorios, razón por la que es imperativo que se unifique la jurisprudencia en este tópico a nivel de toda la Corporación.

En estos términos dejo sustentada mi posición.

Atentamente,

ENRIQUE GIL BOTERO

Fecha ut supra

ACUERDO CONCILIATORIO - No aprobado por juez de segunda instancia por incumplimiento de los parámetros fijados por el Consejo de Estado para tasar la indemnización de perjuicios / ACUERDO CONCILIATORIO - Debió aprobarse por el ad quem por no evidenciarse una condición ventajosa o abusiva por parte de la Fiscalía General de la Nación frente a la víctima privada injustamente de la libertad / FORMULAS DE ARREGLO - No pueden ser impuestas a las partes por no existir criterios jurisprudenciales únicos y definitivos en relación con el monto a indemnizar / FORMULAS DE ARREGLO - Deben fijarse por las partes y el juez mediador según las circunstancias del caso concreto

Considero que cuando los acuerdos son libremente aceptados por las partes, el juez -en respeto al principio dispositivo y a la autonomía privada de la libertad- solo podrá improbar aquellos que atenten contra el ordenamiento jurídico o que fijen condiciones en exceso ventajosas o abusivas para cualquiera de las partes, lo cual no ocurrió en el caso sometido a conocimiento de la Sala, en el que la fórmula de arreglo consistió en el pago del 60% del monto de la condena impuesta en la sentencia de primera instancia por perjuicios materiales y del 70% de los perjuicios morales reconocidos a los demandantes (...) De otra parte, estimo que no es razonable exigirle a las entidades públicas que propongan fórmulas de arreglo que estén dentro de los límites comprendidos entre el 70 y el 100% del valor de las condenas fijadas por esta Corporación, cuando no existen criterios jurisprudenciales únicos y definitivos que establezcan el monto de las indemnizaciones por perjuicios morales y por daño a la salud, en tanto tradicionalmente se ha entendido que su tasación debe realizarse por el juzgador, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, según su prudente juicio

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DOCTOR DANILO ROJAS

1. La presente sentencia improbo el acuerdo conciliatorio suscrito entre las partes el día 31 de octubre de 2013 con fundamento en que fue alcanzado *“en ejercicio de una posición de dominio por parte de la entidad demandada [por lo que] resultó contrario al mínimo equilibrio que debe observarse y esperarse de las relaciones negociales (...)”*.

2. Para apoyar esta decisión la mayoría de la Sala puso de presente que por tratarse de un mecanismo alternativo de solución de conflictos que son o deberían ser de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, los acuerdos conciliatorios deben someterse a un control de legalidad, que exige verificar que el arreglo (i) cuente con las pruebas necesarias que lo sustenten; (ii) no sea violatorio de la ley y; (iii) no resulte lesivo para el patrimonio público.

3. Adicionalmente, señaló que como la conciliación tiene *“un sustrato eminentemente contractual”* requiere, para su validez, que las partes manifiesten una voluntad libre y exenta de vicios, encaminada a producir efectos jurídicos. Por ello, el juez debe rechazar aquellos acuerdos en los que el consentimiento del particular resulte afectado o viciado por razón del ejercicio abusivo del poder de negociación que está en cabeza de la entidad pública. En concreto, su deber consiste en vigilar que el acuerdo conciliatorio sea el resultado del ejercicio razonable, equilibrado y proporcionado del poder de negociación con el fin de evitar que las entidades públicas obtengan *“ventajas excesivas o irrazonables en perjuicio de la contraparte que han lesionado, más aún cuando ésta no se encuentra en una posición de igualdad real y efectiva”*.

4. A juicio de la mayoría de la Sala tal ventaja excesiva se obtiene cuando la entidad suscribe un acuerdo en el que conviene en el pago de sumas por fuera de los límites comprendidos entre el 70 y el 100% del valor de la condena apelada o de las fijadas por esta Corporación en otros casos porque ello comporta, *per se*, un ejercicio abusivo del poder estatal y el resquebrajamiento del *“equilibrio mínimo”* que debe gobernar la libertad negocial.

5. De todas las razones expuestas en el fallo que motiva este salvamento parcial de voto comparto aquellas relacionadas con el deber que tiene el juez de realizar un control de legalidad del acuerdo conciliatorio alcanzado entre las partes. En

efecto, creo que los administradores de justicia no pueden ser indiferentes frente a lo acordado en sede de conciliación, sino que deben velar por que los compromisos alcanzados se ajusten al ordenamiento jurídico, y sean justos, equilibrados y razonables, en consideración a la entidad del daño antijurídico ocasionado a los demandantes y al alcance de sus pretensiones.

6. No obstante, considero que cuando los acuerdos son libremente aceptados por las partes, el juez –en respeto al principio dispositivo y a la autonomía privada de la libertad– solo podrá improbar aquellos que atenten contra el ordenamiento jurídico o que fijen condiciones en exceso ventajosas o abusivas para cualquiera de las partes, lo cual no ocurrió en el caso sometido a conocimiento de la Sala, en el que la fórmula de arreglo consistió en el pago del 60% del monto de la condena impuesta en la sentencia de primera instancia por perjuicios materiales y del 70% de los perjuicios morales reconocidos a los demandantes.

7. De otra parte, estimo que no es razonable exigirle a las entidades públicas que propongan fórmulas de arreglo que estén dentro de los límites comprendidos entre el 70 y el 100% del valor de las condenas fijadas por esta Corporación, cuando no existen criterios jurisprudenciales únicos y definitivos que establezcan el monto de las indemnizaciones por perjuicios morales y por daño a la salud, en tanto tradicionalmente se ha entendido que su tasación debe realizarse por el juzgador, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, según su prudente juicio.

8. En los términos anterior, dejo consignado mi salvamento parcial de voto.

Fecha ut supra

DANILO ROJAS BETANCOURTH

ACUERDO CONCILIATORIO - Para tasar monto a indemnizar por privación injusta de la libertad / ACUERDO CONCILIATORIO - Compete a las partes definir razonablemente las fórmulas de arreglo / ACUERDO CONCILIATORIO - No faculta al juez para exigir según su arbitrio, cantidades o porcentajes para fijar la indemnización de perjuicios / ACUERDO CONCILIATORIO - Debí aprobarse por el juez de segunda instancia dado que las partes voluntariamente y sin evidenciarse culpa o dolo, tasaron el porcentaje a reconocer como perjuicios morales y daño a la salud

A mi juicio, no es el juez, en principio, quien debe definir si, como surge de aquella providencia, el acuerdo logrado es razonable, proporcional y equilibrado para el afectado con el daño de cuya reparación se trata, pues ello, tratándose de particulares, es algo que solo pueden y deben definir estos últimos, en ejercicio de la autonomía de su voluntad y como únicos titulares de sus derechos libremente disponibles (...) Al ser las partes quienes, de común acuerdo, establecen las bases de su arreglo, en especial el monto por el cual consideran conveniente negociar, no resulta compatible con la finalidad de la conciliación que el juez exija para aprobarlo una cantidad o un porcentaje que, a su juicio, no lesione los intereses del particular y menos teniendo en cuenta que éste, a diferencia de la administración pública, tiene la libre disposición de sus bienes (...) si la ley contempla la posibilidad de que el demandante pueda desistir de la demanda, mientras no se haya proferido sentencia que ponga fin al proceso (artículo 342 del C. de P.C.) y de que las partes desistan de los recursos interpuestos y de los incidentes, las excepciones y de los demás actos procesales que hayan promovido (artículo 344 ibídem), es lógico que el particular tenga la facultad de recibir una suma menor a la que pudiera habersele reconocido en la sentencia de primera instancia, incluso por debajo del 70% de ese reconocimiento, por cuanto tal decisión no le está vedada por la ley.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 342

**SALVAMENTO DE VOTO DOCTOR CARLOS ALBERTO ZAMBRANO
BARRERA**

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala, me permito manifestar que no comparto el criterio que subyace en la providencia que antecede, según el cual, para que el juez pueda aprobar un acuerdo conciliatorio, las partes deben convenir mínimo por el 70% de la condena impuesta en primera instancia o, en el caso de que “la sentencia de primera instancia no hubiere sido estimatoria de las pretensiones o ésta aún no se hubiere proferido” (folio 57 del auto), de las sumas que esta Corporación ha señalado para el reconocimiento de las indemnizaciones a que pueda haber lugar, según el perjuicio; ello, con el fin de que el acuerdo no resulte lesivo para los intereses del particular.

A mi juicio, no es el juez, en principio, quien debe definir si, como surge de aquella providencia, el acuerdo logrado es razonable, proporcional y equilibrado para el afectado con el daño de cuya reparación se trata, pues ello, tratándose de particulares, es algo que solo pueden y deben definir estos últimos, en ejercicio de la autonomía de su voluntad y como únicos titulares de sus derechos libremente disponibles.

La conciliación es un mecanismo alternativo para resolver conflictos, por medio del cual, con la ayuda o la intervención de un tercero (conciliador), las partes buscan entre sí la solución de sus diferencias, de modo que son aquéllas las que determinan las condiciones de su acuerdo, definen sus límites y aceptan, de manera voluntaria, las propuestas y soluciones que ellas mismas plantean, para llegar finalmente a un consenso que resulte beneficioso para ambas.

Al ser las partes quienes, de común acuerdo, establecen las bases de su arreglo, en especial el monto por el cual consideran conveniente negociar, no resulta compatible con la finalidad de la conciliación que el juez exija para aprobarlo una cantidad o un porcentaje que, a su juicio, no lesione los intereses del particular y menos teniendo en cuenta que éste, a diferencia de la administración pública, tiene la libre disposición de sus bienes, salvo en aquellos casos en que la ley le imponga limitaciones para ello, como ocurre para el acto de testar, caso en el cual solo puede disponer libremente de una cuarta parte de aquéllos (artículo 1242 del Código Civil), o respecto del monto por el cual se puede comprar o vender un inmueble, pues no debe olvidarse que, en este caso y bajo ciertas condiciones atinentes al precio del negocio, se abre paso la figura de la lesión enorme (artículo 1947, *ibídem*).

Así mismo, si la ley contempla la posibilidad de que el demandante pueda desistir de la demanda, mientras no se haya proferido sentencia que ponga fin al proceso (artículo 342 del C. de P.C.) y de que las partes desistan de los recursos interpuestos y de los incidentes, las excepciones y de los demás actos procesales que hayan promovido (artículo 344 *ibídem*), es lógico que el particular tenga la facultad de recibir una suma menor a la que pudiera habersele reconocido en la sentencia de primera instancia, incluso por debajo del 70% de ese reconocimiento, por cuanto tal decisión no le está vedada por la ley.

En el caso de la conciliación, no existe norma alguna que señale topes máximos o mínimos a los cuales las partes deban ceñirse para que el acuerdo que logren sea aprobado, de suerte que el monto lo definen ellas, con la única limitante -en lo que respecta a su cuantía, en sí misma considerada- de que aquél no resulte lesivo para el patrimonio público, según lo dispone el artículo 73 de la Ley 446 de 1998, pues, de serlo, surge para el juez, ahí sí, la obligación de improbarlo; por consiguiente, el hecho de que el juez considere que el acuerdo conciliatorio resulta

lesivo o abusivo para el particular, por cuanto se conviene por un monto que aquél estima insuficiente para éste, no genera la improbación de tal acuerdo.

Así las cosas, mal puede entrar el juez a definir si este último es conveniente o no también para el particular. Esa es una definición que le compete solo al particular mismo, pues es él quien puede juzgar, según su leal saber y entender y su propia manera de manejar sus asuntos, así como sus necesidades y conveniencias, si el acuerdo le resulta lesivo o no. De serlo, tendrá la posibilidad de rechazar la propuesta que se le presente; pero, si la acepta, cualquiera sea su motivación y por el monto que considere le puede servir, mal puede el juez pensar distinto, por lo mismo que carece de los elementos de juicio necesarios para ello, los cuales, en cambio, se encuentran en poder del propio interesado.

No se trata de un caso de posición dominante de la entidad pública, como lo indica el auto precedente, sino de libre negociación y de conveniencia de los intereses del particular, que solo él puede juzgar, por ser quien tiene, en su fuero interno, la información necesaria para determinar si el acuerdo le sirve o no y quien, por lo mismo, está en libertad de aplicar el aforismo según el cual “más vale un mal arreglo que un buen pleito”.

En este sentido dejo expuestas mis apreciaciones en torno a lo decidido.

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA