

**PRIMERA COPIA - Es única que presta mérito ejecutivo; falencia en mandamientos de pago / MANDAMIENTO DE PAGO - Solo procede con primera copia de la conciliación**

El inciso 2° del numeral 2° del artículo 115 del C.P.C., prescribe que “Solamente la primera copia prestará mérito ejecutivo”. La norma es clara en cuanto establece que el juez sólo puede librar mandamiento de pago cuando a la demanda se acompaña el documento que presta mérito ejecutivo, en este caso, la primera copia del acuerdo conciliatorio y el acta aprobatoria del mismo que, se reitera, reposan en poder del INVÍAS no en el proceso ejecutivo objeto de esta tutela. Mal podía entonces trabarse la litis, pues falta el presupuesto procesal del título ejecutivo que es condición para que se incoe la acción ejecutiva. A juicio de la Sala, por la anterior falencia quedan sin sustento legal los mandamientos de pago dictados como consecuencia de dicha demanda. La decisión del Tribunal de librar mandamientos de pago sin el título ejecutivo idóneo, vulnera el derecho fundamental al debido proceso comoquiera que los profirió sin el presupuesto procesal que la ley exige para tal efecto, contrariando abiertamente el procedimiento señalado en el artículo 497 C.P.C. Adicionalmente, dicha conducta quebranta el derecho de acceso a la administración de justicia, entendido como el interés legítimo que le asiste a las personas en su espera de que el juez, de una parte, se sujete a los procedimientos establecidos en la ley, lo cual no ocurrió en el presente asunto frente a los mandamientos de pago antes referidos, como quedó visto y, de otra, que la resolución del conflicto se haga sin quebranto alguno de la ley que los gobierna, más tratándose de una ejecución en un proceso de terminación anormal. Para la Sala no es aceptable señalar que un sujeto procesal accede a la administración de justicia cuando el juez de conocimiento pasa por alto expresos procedimientos legales que son condición sin la cual no es posible proferir una resolución definitiva de lo pretendido.

**CONCILIACION EN PROCESO EJECUTIVO - Exige para que proceda que se hayan propuesto excepciones de mérito: procedencia de tutela / EXCEPCIONES DE MERITO EN PROCESO EJECUTIVO - Requisito para que proceda conciliación judicial / CONCILIACION JUDICIAL - Violación al debido proceso al no haberse presentado excepciones de mérito**

Igual consideración procede frente al auto del 4 de diciembre de 2006, por medio del cual se aprobó un acuerdo conciliatorio, ya que de su lectura y de los antecedentes del asunto que se examina, se advierten unas irregularidades que atentan contra el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia. Ahora bien, de la simple comparación entre la providencia acusada y la norma transcrita, se observa lo siguiente: El Tribunal afirmó en el auto que en el proceso ejecutivo “no hubo proposición de excepción alguna por parte de la ejecutada” y el artículo 70 de la Ley 446 de 1998 establece que “la conciliación procederá siempre que en ellos se hayan propuesto excepciones de mérito.”. Por lo tanto, para la Sala es evidente que el mandato expreso y claro de la precitada norma fue desconocido por la Sala Sexta de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, comoquiera que aprobó un acuerdo conciliatorio en un proceso ejecutivo en el cual no se presentaron excepciones. Tal conducta del Tribunal demandado carece de justificación legal y desconoce el inciso 3° del artículo 73 de la Ley 446 de 1998, según el cual la autoridad judicial se abstendrá de aprobar un acuerdo conciliatorio cuando “sea violatorio de la ley...”, tal como ocurrió en este caso como quedó visto, pues, se repite, se aprobó un acuerdo conciliatorio contrariando el artículo 70 ibídem.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION PRIMERA**

**Consejera ponente: MARTHA SOFIA SANZ TOBON**

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de junio de dos mil siete (2007)

**Radicación número: 11001-03-15-000-2007-00236-00(AC)**

**Actor: INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - INVIAS**

**Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA**

**Referencia: ACCION DE TUTELA**

Procede la Sala a resolver en primera instancia la acción de tutela interpuesta por la parte actora contra la Sala Sexta de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia.

**ANTECEDENTES**

El **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS**, mediante apoderado, presentó demanda en ejercicio de la acción de tutela contra la Sala Sexta de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, por considerar que dicha Corporación incurrió en vía de hecho que vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, al emitir las providencias mediante las cuales libró mandamiento de pago y aprobó acuerdo conciliatorio, en el proceso número 2000-02747-00.

**HECHOS**

El solicitante los concreta de la siguiente manera:

Informó que el antiguo Ministerio de Obras adjudicó un contrato de obra pública al consorcio conformado por Botero Aguilar Ltda. y el Consorcio Nacional de

Ingenieros Contratistas CONIC, al término del cual dichos contratistas interpusieron demanda ante el Tribunal Administrativo de Antioquia.

Explicó que dentro del trámite de la demanda interpuesta se realizó conciliación judicial que fue aprobada mediante auto del 12 de noviembre de 1998 por la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Antioquia. Con posterioridad a ese hecho el Consorcio cedió parte de los derechos que adquirió en virtud de la conciliación adelantada.

Manifestó que en la Resolución N° 7012 del 24 de diciembre de 1998 expedida por el INVIAS, se ordenó el pago de lo conciliado mediante la liquidación y las deducciones de los valores correspondientes, teniendo en cuenta tanto la mora por pago tardío de las actas como las cesiones de parte de los derechos que realizó el consorcio contratista.

Dijo que dicho consorcio y algunos de los cesionarios inconformes con la Resolución N° 7012 de 1998 solicitaron al INVIAS la reliquidación de sus créditos, pero fue negada por considerar cumplidos los acuerdos económicos contenidos en el acuerdo conciliatorio.

Indicó que por lo anterior el 8 de junio de 2000 el consorcio contratista interpuso demanda ejecutiva en contra del INVIAS, con el fin de que se ordenara el pago de los valores previstos en la conciliación, pues a su juicio la Resolución N° 7012 liquidaba erróneamente los valores adeudados.

Precisó que el día **7 de junio de 2002, el Tribunal Administrativo de Antioquia libró mandamiento de pago** a favor del Consorcio contratista sin descontar lo que ya había pagado el INVIAS, entidad que interpuso la excepción de fondo de pago y la nulidad de todo lo actuado por inexistencia del título ejecutivo, por cuanto el mismo permanece en poder de esta entidad de forma legítima.

Explicó que mediante **auto del 19 de noviembre de 2004, el Tribunal Administrativo de Antioquia ordenó la acumulación de 11 procesos en contra del INVIAS y libró mandamiento de pago** sin descontar lo ya pagado por éste y sin que se cumpliera el trámite pertinente señalado por la jurisprudencia del Consejo de Estado para la obtención del correspondiente título ejecutivo.

Expresó que el 21 de noviembre de 2005, se decretó el embargo de las cuentas bancarias del INVIAS.

Manifestó que asesorado por el Instituto Nacional Anticorrupción de la Universidad del Rosario, el día 26 de octubre de 2006 el INVIAS concilió con varios de los demandantes por el total de setenta y cuatro mil millones de pesos (\$74'000.000.000), **acuerdo aprobado por la Sala Sexta de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia mediante auto del 4 de diciembre de 2006.**

Adujo que el Tribunal Administrativo de Antioquia en el numeral 5 del auto del 4 de diciembre de 2006, ordenó no archivar el proceso ejecutivo hasta tanto la obligación no fuese cancelada en su totalidad.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

Estima el demandante que el Tribunal demandado a través de las actuaciones en el citado proceso ejecutivo vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia.

Argumenta que en el auto mediante el cual la Sala Sexta de Decisión del Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia, que aprobó la conciliación del 26 de octubre de 2006, no se aplicaron las normas correspondientes sobre conciliación judicial en materia administrativa que propenden por la salvaguarda del interés público.

Considera que no se tuvo en cuenta la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, en la que se afirma la potestad que tiene el juez para proponer fórmulas de arreglo, para manifestar su discrepancia acerca de la conciliación pretendida y negar su aprobación cuando la misma es abiertamente ilegal.

Explica que la conciliación del 26 de octubre de 2006 no podía ser aprobada por cuanto era evidente la ausencia de las personas autorizadas para llegar al acuerdo. En efecto, señala que el Jefe Jurídico del INVIAS no era el funcionario competente para ser notificado ni mucho menos para aceptar la cesión de

derechos que se realizó por el consorcio contratista, por lo que tales cesionarios no estaban legitimados para ser partícipes del acuerdo conciliatorio.

Sostiene que aún si se aceptara que el Jefe Jurídico de INVIAS sí estaba facultado para aceptar las cesiones realizadas por el consorcio contratista, en todo caso era necesaria la celebración de una nueva audiencia de conciliación, comoquiera que el funcionario mencionado aceptó la cesión con posterioridad a la conciliación aprobada por el Tribunal Administrativo de Antioquia, de manera que en esta audiencia participaron quienes en realidad no eran cesionarios.

Por otra parte, sostiene que debió improbarse el acuerdo conciliatorio porque en 11 de los 12 procesos acumulados el INVIAS no presentó excepciones de fondo, situación que supone la vulneración del artículo 70 de la Ley 446 de 1998.

En lo que tiene que ver con el mandamiento de pago, considera que el mismo se libró sin que existiera título ejecutivo, pues tratándose de uno de carácter complejo, debió adelantarse el trámite establecido en las normas procesales pertinentes para la exhibición del mismo. En efecto, se libró mandamiento ejecutivo, sólo con los documentos de la cesión y la Resolución N° 7012 de 1998, sin que obrara en el expediente primera copia del auto aprobatorio de la conciliación, que según el artículo 115 del C.P.C, es la que presta mérito ejecutivo.

Argumenta que en los autos de mandamiento de pago y de acumulación de procesos, el Tribunal demandado se limitó a acoger en su integridad las pretensiones del demandante y por ende los mismos se libraron por unos montos que estaban lejos de ser reales, pues se desconocieron las tasas de interés pactadas en el acuerdo conciliatorio del año 1998 y se tuvo en cuenta la normatividad comercial, no la correspondiente a la contratación pública.

Por las anteriores razones y luego de realizar un recuento sobre los fundamentos constitucionales y legales de la vía de hecho y sobre la evolución de esta figura, afirma que el demandado incurrió en sus providencias en defecto procedimental que vulneró los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, al librar mandamientos de pago y aprobar la conciliación.

## PRETENSIONES

Solicita que se amparen sus derechos fundamentales al debido proceso y el de acceso a la administración de justicia, vulnerados con el auto del 4 de diciembre de 2006, mediante el cual se aprobó el acuerdo conciliatorio y los autos del 7 de junio de 2002 y del 19 de noviembre de 2004, mediante los cuales se libró mandamiento de pago.

De igual forma, pide que se declare la nulidad de todo lo actuado con posterioridad al citado auto del 4 de diciembre de 2006 y en consecuencia se restituya el pago total efectuado directamente por el Tribunal Administrativo del Tolima, en nombre del Instituto Nacional de Vías INVIAS.

## DEFENSA

**Los magistrados integrantes de la Sala Sexta de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia** contestaron la demanda en los siguientes términos:

Señalan que de acuerdo con el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, la tutela solo procede cuando no existe otro medio de defensa judicial o cuando a pesar de ello, se interpone como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, dada su naturaleza de medida subsidiaria de protección de los derechos fundamentales.

Afirman que la tutela incoada es improcedente porque existen otros mecanismos de defensa judicial y el perjuicio irremediable no está debidamente probado en el texto de la demanda.

Manifiestan que la tutela no puede ser un instrumento para revivir instancias procesales precluidas ni para obtener un pronunciamiento de fondo respecto de cuestiones que no fueron propuestas cuando se tuvieron los medios ordinarios de defensa.

En relación con el mandamiento de pago, explican que el original de la primera copia obra en el expediente en el cuaderno principal, situación de la cual se dejó constancia en la providencia aprobatoria de la conciliación.

Argumentan que en el proceso iniciado por el consorcio contratista, sí se interpusieron excepciones previas y de fondo y en virtud de la aplicación del artículo 540 del C.P.C., las demandas acumuladas deben tramitarse por el mismo procedimiento aplicado a la primera, por lo que era procedente la aprobación de la conciliación adelantada. Por esta razón consideran que no se violó el artículo 70 de la Ley 446 de 1998.

Sostienen que el reconocimiento y aceptación de las cesiones de crédito obran en la Resolución N° 7012 de 1998, que es un acto de liquidación y de ejecución de la conciliación efectuada en el año de 1998.

Expresan que no era deber del juez aprobar o improbar la liquidación efectuada en la conciliación, por cuanto se trata de un mecanismo anticipado de terminación del proceso, en el cual las partes tienen la potestad de definir los diferentes puntos del acuerdo. Afirman que al verificar que la metodología utilizada para liquidar la obligación se ajustó al numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, se garantizó la integridad del patrimonio del Estado.

**Las sociedades Conigravas S.A., Conic S.A., Incival S.A., Unimezclas S.A. y Concreconic S.A. Inversiones Kirens Ltda y la señora Lucila Henao Botero,** mediante apoderado, contestaron la demanda en los siguientes términos:

Manifiestan que la acción de tutela es improcedente y que no puede convertirse en instrumento para deslegitimar las providencias judiciales proferidas en un proceso en el cual se garantizó el acceso a los diferentes mecanismos de defensa que la ley brinda a las partes para que defiendan sus legítimos intereses.

Consideran que en el presente asunto no se configura vía de hecho, comoquiera que la actuación del Tribunal Administrativo de Antioquia estuvo siempre en consonancia con las disposiciones de la ley procesal. Resaltan que la jurisprudencia reconoce la posibilidad de interponer acción de tutela contra una actuación arbitraria de la autoridad judicial y determina los requisitos para su procedencia, pero en el presente asunto, según dicen, dichos requisitos no se

cumplen pues la discrepancia solo radica en la interpretación y aplicación que de las normas realizó el juez de conocimiento.

En lo relacionado con el auto que libró mandamiento de pago, sostienen que el título ejecutivo reposa en el expediente y se adjuntó a la demanda en la oportunidad correspondiente. Dicho título ejecutivo es el auto aprobatorio de la conciliación proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 12 de noviembre de 1998.

Afirman que es falso que el mandamiento de pago pasó por alto las sumas canceladas por el INVIAS, toda vez que a través del auto mediante el cual se ordenó la acumulación de demandas y nuevamente se libró mandamiento de pago, se tuvo en consideración tanto la liquidación de los créditos aportados por cada uno de los demandantes y las sumas ya pagadas en cumplimiento de la Resolución N° 7012 de 1998. La misma consideración sostuvieron respecto de la conciliación efectuada en octubre de 2006 y aprobada mediante auto del 4 de diciembre del mismo año.

Manifiestan que es erróneo considerar que la tasa de interés aplicable en el mandamiento de pago a la liquidación del crédito es el 6% anual establecido en el Código Civil, pues de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado la suma a pagar por el INVIAS debió ser liquidada, como en efecto se hizo, con base en el artículo 884 de Código de Comercio y aplicando las tasas de intereses moratorios máximos certificados por la superintendencia financiera.

En relación con la cesión de créditos, indican que por mandato de los artículos 1959 y 1670 del Código Civil, el cesionario se subroga en los derechos del cedente y su ejercicio depende únicamente del incumplimiento de la obligación por parte del deudor quedando, en consecuencia, facultado para iniciar las acciones legales que considere necesarias para hacer valer su crédito por lo cual, en el caso concreto, estaban plenamente legitimados para ser parte tanto en el proceso ejecutivo como en la conciliación adelantada en el año 2006.

Por otra parte, expresaron que no es cierto que se haya violado el artículo 70 de la ley 446 de 1998 con la aprobación de la conciliación en los procesos acumulados en los cuales no se presentaron excepciones de fondo, comoquiera que es aplicable el artículo 540 de C.P.C., según el cual se deberá dar el mismo

tratamiento a la demanda inicialmente planteada y a las que con posterioridad sean acumuladas.

**La sociedad Botero Aguilar y Cia S.A., mediante apoderado judicial,** reiteró los anteriores argumentos y señaló además en la contestación de la demanda lo siguiente:

Argumenta que la acción de tutela incoada es improcedente en primer lugar, porque no existe perjuicio irremediable para el INVIAS y en segundo lugar, debido a que no se trata de un mecanismo de defensa judicial que permita tratar cuestiones que no fueron debatidas ni probadas en las instancias ordinarias. En efecto, sostiene que la tutela no es un medio idóneo para atacar decisiones judiciales proferidas luego de cumplidas las etapas correspondientes del respectivo procedimiento.

Aduce la sentencia T-606 del 26 de mayo de 2000, con ponencia del magistrado Alvaro Tafur Galvis, en la cual se indicó que la tutela resulta improcedente cuando se discuten derechos de tipo económico derivados de una conciliación, por tratarse de asuntos que carecen de relevancia constitucional.

**Federmán Quiroga Ríos, ex jefe de la oficina jurídica del INVIAS,** dándose como notificado por conducta concluyente de la acción de tutela, manifiesta actuar como coadyuvante del Instituto Nacional de Vías en los siguientes términos:

Expresa que es clara la violación del derecho fundamental al debido proceso, pues el Tribunal Administrativo de Antioquia libró mandamiento de pago con copia de un título que no prestaba mérito ejecutivo.

Sostiene que también se vulneró el artículo 488 de C.P.C., por cuanto se libró mandamiento de pago en favor de terceras personas a las cuales el Tribunal demandado les reconoció la calidad de cesionarios de los derechos de la sociedad demandante, cuando en realidad dichos terceros no tenía tal calidad, pues no se cumplieron los requisitos establecidos en la ley para el perfeccionamiento del contrato de cesión de derechos.

Por otra parte, considera que el Tribunal demandado no tuvo en cuenta la jurisprudencia del Consejo de Estado, porque el porcentaje aplicable para liquidar

los intereses de la obligación es el 6% establecido en las normas civiles y no el interés comercial, como erradamente lo solicitó la sociedad demandante en el escrito que dio origen al proceso ejecutivo.

Aduce que la aprobación de la conciliación adelantada por parte del Tribunal demandado, vulneró los principios de justicia social, certeza jurídica y paz social, ya que es evidente la negligencia con la que se actuó en contra de los intereses del Estado colombiano, para favorecer otros de orden particular y en perjuicio del patrimonio público.

Señala que en el proceso adelantado se solicitó el pago de una obligación ya cumplida, pues la misma ya había sido conciliada y aprobada en el año de 1998 por el Tribunal demandado, quién sin ningún análisis le dio curso a una nueva demanda en donde se daban los presupuestos establecidos en la ley para declarar la cosa juzgada.

De igual forma, considera que se vulneró el artículo 70 de la Ley 446 de 1998, en cuanto se aprobó una conciliación sin que se hubieran interpuesto excepciones de fondo o de mérito frente a las pretensiones establecidas en las demandas ejecutivas acumuladas por el Tribunal demandado.

Advierte que el Tribunal Administrativo de Antioquia desbordó sus facultades, las aplicó para obtener un fin no previsto en el ordenamiento jurídico y desconoció el material probatorio, por cuanto no tuvo en cuenta el informe técnico soporte de la conciliación de 1998, con lo cual conculcó el principio fundamental de la cosa juzgada.

Afirma que el Tribunal demandado, sin tener en cuenta que debía garantizarse la integridad del erario dio lugar al “allanamiento” del INVIAS, a una conciliación lesiva para los intereses de todos los colombianos, dentro de un proceso donde la mayoría de las decisiones no fueron apeladas, con lo cual se vulneró además el derecho a la defensa técnica de dicho ente estatal.

Finalmente hizo alusión a la sentencia T-462 de 2003 para imputar al Tribunal demandado vía de hecho por desconocimiento del precedente judicial, pues a su juicio no tuvo en cuenta la sentencia del Consejo de Estado del 6 agosto de 1987,

que establecía el sistema de liquidación que se aplicó en la Resolución 007012 de 1998.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

La acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, fue instituida para proteger en forma inmediata los derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o particular.

### **a.- La situación fáctica**

En el presente caso, el demandante considera que se han vulnerado sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia por parte del Tribunal Administrativo de Antioquia, con las providencias del 7 de junio de 2000 y del 19 de noviembre de 2004, por medio de las cuales dice, se libró mandamiento de pago sin el correspondiente título ejecutivo y en favor de personas no legitimadas, así como con la providencia del 4 de diciembre de 2006 que aprobó una conciliación sin tener en cuenta lo establecido en el artículo 70 de la Ley 446 de 1998.

### **b.- De la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales cuando se vulnera el derecho de acceso a la administración de justicia.**

Por regla general, la acción de tutela no procede para dejar sin efectos una providencia judicial. Así lo precisó la Corte Constitucional en sentencia C-543 de 1992.

Sin embargo, de manera excepcional, esta Sala ha aceptado la procedencia de la tutela contra providencias judiciales en casos de violación del derecho de **acceso a la administración de justicia<sup>1</sup> y al derecho de defensa**, que hacen parte del debido proceso, cuando la persona afectada no tuvo siquiera la oportunidad de

---

<sup>1</sup> *Ibíd.*

ingresar al proceso, pues en este caso, si no hay sentencia o decisión respecto de una persona legitimada, no se quebranta la cosa juzgada ni la seguridad jurídica que caracterizan a las providencias judiciales que han puesto fin a un proceso, entendiendo la cosa juzgada como aquella que da a los fallos ejecutoriados el carácter de inmutables, intangibles, indiscutibles y obligatorios que, por lo mismo no pueden ser modificados.

En el presente asunto, comoquiera que en la tutela de la referencia se cuestionan los mandamientos de pago del 7 de junio de 2002 y 19 de noviembre de 2004, así como el auto del 4 de diciembre de 2006, por medio del cual se aprobó un acuerdo conciliatorio, todos dictados por el Tribunal Administrativo de Antioquia, la Sala procederá al estudio de fondo del caso concreto en aras de verificar si dichos autos constituyen o no una violación al derecho fundamental al acceso a la administración de justicia y al derecho de defensa.

### **c.- El caso concreto.**

En relación con las citadas providencias del 7 de junio de 2002 y 19 de noviembre de 2004, por medio de las cuales el Tribunal Administrativo de Antioquia dictó sendos mandamientos de pago contra el INVIAS, se observa lo siguiente:

A folios 193 a 196 obra copia del mandamiento de pago de 7 de junio de 2002, dictado en el proceso ejecutivo N°002747, en el cual se lee:

**“Las copias auténticas de la conciliación y el acta de aprobación de la misma**, expedidas en primera copia por esta Corporación, logradas dentro del proceso 931.984 y los demás documentos que se aportan, constituyen el título ejecutivo compuesto, como se aprecia es una obligación que presta mérito ejecutivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 488 del Código de Procedimiento Civil.” (fl. 194) (las negrillas y subrayas no son del texto original).

A folios 209 a 233 obra copia del mandamiento de pago del 19 de noviembre de 2004, proferido en el citado proceso N°2747, en el cual se lee:

“Consecuentemente con lo anterior y reunidos los requisitos previstos en los artículos 75, y s.s. del Código de Procedimiento Civil, conforme se pretende hacer efectiva una **obligación clara, expresa y exigible que emana del acta de aprobación de un acuerdo conciliatorio**, celebrado entre las firmas BOTERO AGUILAR LTDA. y el CONSORCIO

NACIONAL DE INGENIEROS CONTRATISTAS CONIC S.A., de una parte y EL INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIAS- de otra parte, logrado dentro del proceso iniciado en ejercicio de la acción contractual, por el consorcio mencionado contra la demandada por hechos originados con ocasión de la ejecución del contrato Nro. 205 de 1983, **expediente Nro. 931.984**, junto con la Resolución mediante la cual se ordena el pago de la obligación conforme el acuerdo, **y los demás documentos que se aportan, constituyen el título ejecutivo**, se trata entonces de una obligación que presta mérito ejecutivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 488 del Código de Procedimiento Civil; el Tribunal es competente para conocer del asunto de acuerdo con lo establecido en el artículo 75 de la Ley 80 de 1993.” (fl. 222) (las negrillas y subrayas no son del texto original).

El inciso 2° del numeral 2° del artículo 115 del C.P.C., prescribe que **“Solamente la primera copia prestará mérito ejecutivo”**.

Sin embargo, como se advierte de los apartes transcritos de los mandamientos de pago, dictados en el proceso ejecutivo N°931.984, el título ejecutivo se compone de **“Las copias auténticas de la conciliación y el acta de aprobación de la misma”** no de la primera copia como lo manda la ley, ya que ésta, según lo afirma el demandante reposa en su poder, sino de fotocopias auténticas de dichos documentos.

Ahora bien, el artículo 497 del C.P.C., prescribe lo siguiente:

**“Presentada la demanda con arreglo a la ley, acompañada de documento que preste mérito ejecutivo, el juez libraré mandamiento** ordenando al demandado que cumpla la obligación en la forma pedida si fuere procedente, o en la que aquél considere legal.” (las negrillas y subrayas no son del texto original).

La norma es clara en cuanto establece que el juez sólo puede librar mandamiento de pago cuando a la demanda se acompaña el documento que presta mérito ejecutivo, en este caso, la primera copia del acuerdo conciliatorio y el acta aprobatoria del mismo que, se reitera, reposan en poder del INVÍAS no en el proceso ejecutivo objeto de esta tutela. Mal podía entonces trabarse la litis, pues falta el presupuesto procesal del título ejecutivo que es condición para que se incoe la acción ejecutiva.

A juicio de la Sala, por la anterior falencia quedan sin sustento legal los mandamientos de pago dictados como consecuencia de dicha demanda.

La decisión del Tribunal de librar mandamientos de pago sin el título ejecutivo idóneo, vulnera el derecho fundamental al debido proceso comoquiera que los profirió **sin el presupuesto procesal** que la ley exige para tal efecto, contrariando abiertamente el procedimiento señalado en el artículo 497 C.P.C.

Adicionalmente, dicha conducta quebranta el derecho de acceso a la administración de justicia, entendido como el interés legítimo que le asiste a las personas en su espera de que el juez, de una parte, se sujete a los procedimientos establecidos en la ley, lo cual no ocurrió en el presente asunto frente a los mandamientos de pago antes referidos, como quedó visto y, de otra, que la resolución del conflicto se haga sin quebranto alguno de la ley que los gobierna, más tratándose de una ejecución en un proceso de terminación anormal. Para la Sala no es aceptable señalar que un sujeto procesal accede a la administración de justicia cuando el juez de conocimiento pasa por alto expresos procedimientos legales que son condición sin la cual no es posible proferir una resolución definitiva de lo pretendido.

Igual consideración procede frente al auto del 4 de diciembre de 2006, por medio del cual se aprobó un acuerdo conciliatorio, ya que de su lectura y de los antecedentes del asunto que se examina, se advierten unas irregularidades que atentan contra el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia. Al respecto, la Sala estima útil referirse a algunas piezas procesales que dan cuenta de lo anterior:

- A folios 147 a 151, obra copia de la Resolución N° 7012 del 24 de diciembre de 1998 expedida por el INVIAS *“por la cual se ordenó el pago total de un fallo judicial.”* En esta resolución consta que los valores que, a juicio del INVIAS, debían pagarse a las sociedades Botero Aguilar y Conic S.A. eran de **\$12.660´929.376** a cada una y a los cesionarios la suma de **\$14.048´270.390.18**. En dicha resolución también se ordenó descontar del total de la liquidación el monto de **\$93´848.253**.
- Según lo informó el demandante (fl. 8), los consorcios y los cesionarios inconformes con la anterior liquidación interpusieron demanda ejecutiva, aduciendo como título ejecutivo el **acuerdo conciliatorio aprobado**

**mediante auto de 12 de noviembre de 1998;** a folios 58 y siguientes, obra copia del auto aprobatorio de la citada conciliación.

- A folios 193 a 196 obra copia del mandamiento de pago del 7 de junio de 2002 a favor de CONIGRAVAS, por la suma de **\$2.872´293.901.57.**
- A folios 209 a 233 obra copia del mandamiento de pago del 19 de noviembre de 2004 a favor de los consorcios y varios cesionarios por los siguientes valores totales, a 31 de agosto de 2003: \$1.259.568.535.39, \$2.519.137.071.70, \$2.519.137.071.70, \$12.152.777.267.33, \$12.152.777.267.33, \$6.157.890.619.35, \$3.918.657.688.00, \$3.918.657.688.00, \$3.078.945.310.97, \$3.918.657.688.00 y \$ 7.124´122.777.14., valores que suman \$1.261.845.278.450.58.
- Contra el anterior mandamiento de pago no se interpusieron excepciones, como consta en apartes del auto del 4 de diciembre de 2006, por el cual el Tribunal Administrativo de Antioquia **aprobó el acuerdo conciliatorio que se acusa** por valor de \$74.000.000.000. En dicho auto se lee:

“Efectuado lo anterior se continuó con el trámite, profiriéndose el 16 de noviembre de 2005 (fl.272-275) el decreto de pruebas, providencia en la que se ordenó, además, entre otros aspectos, la suspensión del trámite de las demandas adelantadas, (11 acumuladas), toda vez que **no hubo proposición de excepción alguna por parte de la ejecutada** y ello generaba la aplicación del artículo 507...” (folio 264) (negritas y subrayas fuera de texto).

Al respecto, el artículo 70 de la Ley 446 de 1998 establece lo siguiente:

“ART. 70. El artículo 59 de la Ley 23 de 1991, quedará así:

ART. 59. Podrán 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 apoderado, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo.

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

...” (las negritas y subrayas no son del texto original)

El aparte que se resalta se refiere a la conciliación judicial, no a la extrajudicial, pues es en el proceso que se tiene la posibilidad de proponer excepciones una vez se trabe la litis en legal forma.

Contrario a lo manifestado por el Tribunal, el hecho de que se hubieran propuesto excepciones en uno de los procesos acumulados (002747) no significa que deban entenderse propuestas en todos los demás, pues cada proceso mantiene su especificidad propia, ya que el fin de la acumulación si bien apunta a la economía procesal y es posible gracias al factor conexión, no tiene la virtualidad para subsanar los defectos en que se hubiere incurrido en cada proceso. Piénsese en varios procesos, por ejemplo, acumulados por las diferentes causas legales y varios de ellos con caducidad de la acción, evento en el cual la decisión de acumularlos no sana dicho vicio.

Ahora bien, de la simple comparación entre la providencia acusada y la norma transcrita, se observa lo siguiente:

El Tribunal afirmó en el auto que en el proceso ejecutivo “no hubo proposición de excepción alguna por parte de la ejecutada” y el artículo 70 de la Ley 446 de 1998 establece que “la conciliación procederá siempre que en ellos se hayan propuesto excepciones de mérito.”

Por lo tanto, para la Sala es evidente que el mandato expreso y claro de la precitada norma fue desconocido por la Sala Sexta de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, comoquiera que aprobó un acuerdo conciliatorio en un proceso ejecutivo en el cual no se presentaron excepciones.

Tal conducta del Tribunal demandado carece de justificación legal y desconoce el inciso 3° del artículo 73 de la Ley 446 de 1998, según el cual la autoridad judicial se abstendrá de aprobar un acuerdo conciliatorio cuando “*sea violatorio de la ley...*”, tal como ocurrió en este caso como quedó visto, pues, se repite, se aprobó un acuerdo conciliatorio contrariando el artículo 70 ibídem, disposición que es clara en señalar que la aprobación de un acuerdo conciliatorio exige que se propongan excepciones de mérito contra el mandamiento ejecutivo.

Esta circunstancia, aunada al hecho de que no se encontraba trabada la litis por haberse dictado un mandamiento de pago sin el presupuesto procesal exigido para el efecto, esto es, el título ejecutivo, hace manifiesto el quebranto a los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia del INVIAS, comoquiera que el mencionado acuerdo aprobado en contra de la ley impide que el proceso ejecutivo culmine con un fallo definitivo sustentado en las pruebas legalmente aportadas.

Por lo tanto, la presente acción de tutela procede igualmente para dejar sin efectos el auto del 4 de diciembre de 2006, dictado por el Tribunal Administrativo de Antioquia, por medio del cual aprobó un acuerdo conciliatorio.

Finalmente conviene precisar que si bien contra el auto aprobatorio de la conciliación procede el recurso de apelación, el ejercicio del mismo no le era exigible al INVIAS, comoquiera que éste mostró ánimo conciliatorio y resulta obvio que quien concilia no tiene interés en apelar, menos aún si el acuerdo recibe la aprobación del Tribunal, pues esto genera en las partes la confianza legítima de haber llegado a un arreglo ajustado a derecho.

Por lo demás, la Sala estima que no puede trasladarse a las partes la obligación del juez de administrar justicia en los expresos términos y procedimientos legales, porque el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia y el debido proceso suponen que aquél se sujete a las prohibiciones que la ley señala, como lo era, en esta oportunidad, abstenerse de dictar mandamientos de pago y aprobar un acuerdo conciliatorio contrariando los artículos 497 del C.P.C. y 70 de la Ley 446 de 1998, sobre la conciliación judicial.

Por lo anteriormente expuesto, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

**FALLA**

**Primero: CONCÉDESE la tutela** para proteger los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia del INVIAS, para lo cual se dispone:

**DÉJANSE** sin efectos los autos de 7 de junio de 2002, 19 de noviembre de 2004 y 4 de diciembre de 2006, dictados por el Tribunal Administrativo de Antioquia, por medio de los cuales dictó mandamientos de pago contra el INVIAS y aprobó un acuerdo conciliatorio, respectivamente.

**Segundo: ORDÉNASE** al Tribunal Administrativo de Antioquia para que, exigiendo la primera copia del título ejecutivo, que es la que presta mérito ejecutivo, dicte nuevos mandamientos de pago que reemplacen los del 7 de junio de 2002 y 19 de noviembre de 2004, los cuales se dejan sin efectos en esta oportunidad.

**Tercero:** Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**Cuarto:** Si la decisión no es impugnada en tiempo, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez días (10) siguientes a la ejecutoria del presente fallo.

### **CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala de la Sección Primera, en sesión celebrada en la fecha precitada.

**MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN**  
Presidenta

**GABRIEL E. MENDOZA MARTELO**

**CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA**  
Salva voto Salva voto

**CESAR JAIME GÓMEZ JIMÉNEZ**  
Conjuez

## **SALVAMENTOS DE VOTO**

**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN PRIMERA**

### **SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE**

Bogotá D.C., veintiséis (26) de julio de dos mil siete (2007)

Ref.: Exp. 11001-03-15-000-2007-00236 00  
ASUNTOS CONSTITUCIONALES  
Actor: INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS (INVÍAS)

La solicitud de tutela, dirigida contra el auto aprobatorio, en realidad se encamina a dejar sin efectos la conciliación celebrada por el propio INVÍAS con sus contratistas. La conciliación es un acuerdo de voluntades, un contrato o convención, por el cual dos o más personas solucionan sus diferencias, según la define el «*Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos*» (Decreto 1818 de 1998):

«Artículo 1º. Definición. La conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la **solución de sus diferencias**, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador. (Artículo 64 Ley 446 de 1998).

Artículo 2º. Asuntos conciliables. Serán conciliables todos los asuntos susceptibles de transacción, desistimiento y aquellos que expresamente determine la ley (artículo 65 Ley 446 de 1998).

Artículo 3º. Efectos. El **acuerdo conciliatorio** hace tránsito a cosa juzgada y el acta de conciliación presta mérito ejecutivo. (Artículo 66 Ley 446 de 1998).

La invalidación de un contrato debe perseguirse por medio de la acción relativa a controversias contractuales, instituida en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo. Este es el instrumento judicial con que puede pedirse la nulidad de un contrato. Por este solo aspecto, la acción de tutela es improcedente.

Sin embargo, la Sala ha invalidado los autos de mandamiento ejecutivo dictados contra el INVÍAS por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 7 de junio de 2002 y el 19 de noviembre de 2004, como también el auto del 4 de diciembre de 2006, por el cual se aprobó la conciliación lograda en el proceso ejecutivo.

Esta decisión mayoritaria se funda solamente en dos razones que, con todo respeto, no comparto.

1. En primer lugar, se afirma que el mandamiento ejecutivo fue dictado sin que se hubieran aportado la primera copia de la conciliación y del auto aprobatorio. Pero esta razón queda desvirtuada por el propio texto del mandamiento ejecutivo de 7 de junio de 2002, transcrito en la decisión mayoritaria:

«Las copias auténticas de la conciliación y el acta de aprobación de la misma, expedidas en primera copia por esta Corporación, logradas dentro del proceso 931.984 y los demás documentos que se aportan, constituyen el título ejecutivo compuesto, como se aprecia es una obligación que presta mérito ejecutivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 488 del Código de Procedimiento Civil.»

Luego sí obraba la primera copia.

Pero, además, el INVÍAS contaba con dos medios de defensa judicial contra el mandamiento ejecutivo, contemplados en el Código de Procedimiento Civil: el recurso de reposición (art. 348) y el incidente de excepciones (art. 509).

2. También se afirma que el artículo 56 de la Ley 446 (incorporado al prohíbe conciliar cuando no se hayan propuesto excepciones:

Artículo 56. Asuntos susceptibles de conciliación. Podrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas de derecho público, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo.

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

Parágrafo 2º. No puede haber conciliación en los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario (artículo 70 de la Ley 446 de 1998 que modifica el artículo 59 de la Ley 23 de 1991).

El parágrafo 2º establece una garantía, no una situación de indefensión para las entidades públicas. Su verdadero sentido es que la entidad pública no renuncie a un crédito no discutido por el deudor. Pero, al contrario, no prohíbe que las

entidades públicas busquen mejorar su situación cuando no hayan propuesto excepciones.

Por último, contra el auto aprobatorio de la conciliación procedía el recurso de apelación, que no fue interpuesto.

La acción de tutela era por todo extremo improcedente.

Con todo respeto,

**CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE**

**Fecha ut supra**

**CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCION PRIMERA**

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de julio de dos mil seis (2006)

**Salvamento de voto de RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA**

**Radicación número: 11001-03-15-000-2007-00236-00**

**Actor: INSTITUTO NACIONAL DE VIAS – INVIAS**

**Sentencia de 28 de junio de 2007-08-22**

**Consejera ponente: Dra. MARTHA SOFIA SANZ TOBON**

Con el debido respeto por la decisión mayoritaria de la Sala, me permito disentir de lo resuelto en la sentencia de la referencia, mediante la cual se amparó a la entidad demandante el derecho constitucional fundamental de acceso a la administración de justicia, dejándose en consecuencia sin efecto los autos de 7 de junio de 2002, 19 de noviembre de 2004 y 4 de diciembre de 2006, proferidos por el Tribunal Administrativo de Antioquia - por medio de los cuales se libró mandamiento de pago en contra del INVIAS y se aprobó un acuerdo conciliatorio, respectivamente -, y ordenándose a dicha Corporación que, exigiendo la primera copiad del título ejecutivo (que es la que presta mérito ejecutivo), dicte nuevos mandamientos de pago que reemplacen los del 7 de junio de 2002 y 19 de noviembre de 2004.

Las razones de mi disentimiento, en lo fundamental, se concretan en lo siguiente:

Como es conocido, es criterio de esta Corporación que frente a providencias judiciales no resulta procedente el mecanismo constitucional de la acción de tutela, pues el sólo hecho de la existencia de un proveído de aquella naturaleza presupone, como sucede en la generalidad de los procesos, que el mismo fue expedido dentro de una actuación judicial en la que las partes tuvieron a su disposición los mecanismos previstos en la ley para impugnarlo, por lo que no es viable que una decisión judicial en firme sea objeto de un nuevo debate, o de instancias adicionales a las ya cumplidas, según se expresa en la sentencia C-543 de la Corte Constitucional, dado que si al juez de Tutela se le permitiera inmiscuirse en un proceso judicial modificando las decisiones adoptadas por el juez competente, se quebrantarían los principios de la cosa juzgada y la autonomía e independencia de las autoridades judiciales en la emisión de sus providencias y valores como el de la seguridad jurídica, fundamento esencial del Estado Social del Derecho.

No obstante, tal como lo ha admitido la Sala, excepcionalmente es procedente la acción de tutela contra providencia judicial en los casos en que resulte comprometido el derecho constitucional fundamental de acceso a la administración de justicia.

La admisibilidad de la acción de tutela en dichos eventos supone que el juez constitucional al decidir sobre el amparo solicitado no deba actuar como juez de instancia, pues si ello ocurre estaría desconociendo la órbita de competencia del juez ordinario.

En mi criterio, en el presente asunto no era procedente amparar el derecho constitucional fundamental de acceso a la administración de justicia, toda vez que éste en ningún momento se encontraba amenazado o vulnerado. En efecto, dicha garantía constitucional no fue desconocida al Instituto Nacional de Vías, pues fue debidamente vinculado al trámite del proceso ejecutivo seguido en su contra, y en él hizo uso del derecho de defensa que le asiste, celebrando dentro de la actuación procesal un acuerdo conciliatorio, el cual fue aprobado a través de la providencia judicial que ahora pretende censurar por vía de la acción de tutela, desconociendo la existencia de otro recurso judicial de defensa como lo es el recurso de apelación contra dicha decisión.

Ahora bien, estimo que en la decisión de la cual me aparto, la Sala realizó un examen sustancial o de fondo sobre la cuestión materia de las providencias judiciales reprochadas, esto es, sobre el mandamiento ejecutivo librado por el Tribunal y la decisión de aprobar un acuerdo de conciliación, lo cual no es procedente cuando se actúa como juez constitucional, pues, en últimas, terminó sustituyendo al juez ordinario en el ejercicio de sus competencias, para decir en su lugar que no existía título ejecutivo idóneo que habilitara la orden de pago y que no podía aprobarse la conciliación por ausencia de unos de sus requisitos legales.

El examen que la ley autoriza realizar al juez en sede de la acción de tutela se circunscribe a la constatación de la amenaza o violación de los derechos

constitucionales fundamentales, situaciones éstas que, como se vió, no se presentan en este caso.

En estas breves, pero respetuosas consideraciones, dejo consignadas las razones de mi disentimiento con la decisión mayoritaria de la Sala.

Atentamente,

**RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA**