**3-SPU-825-2014**

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA – SALA PLENA**

**CONSEJERO PONENTE: Mauricio Fajardo Gómez**

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

| | |
|---|---|
| **Radicación:** | **20001233100020090019901 (41.834)** |
| **Actor:** | **Oscar Machado Torres y otros.** |
| **Demandado:** | **La Nación - Rama Judicial y Fiscalía General** |
| **Referencia:** | **Conciliación Judicial. Reparación Directa** |

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 resolutiva 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. A N T E C E D E N T E S

**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 calendado 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. C O N S I D E R A C I O N E S

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 apoderado[1], sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de

---

[1] *Establece el parágrafo 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."*

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, reiterada[2] de la Sección Tercera de esta Corporación, ha precisado lo siguiente:

> *"(…). 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 6o, 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 2007[3], 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*

[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: Adiela Molina Torres y de 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.

*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 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 2008[4], 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 reciente[5], 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 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

---

[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.
[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*

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).

**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:

*"……..*

---

*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'.*

*"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 levísimo 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).

[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 del actor Óscar Alfonso Machado Daza (hijo de la víctima - fl. 160 c 1).

- 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 libertad[8]; 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[9], 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[10].

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

---

[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.

que el mismo resulta contrario al ordenamiento jurídico, para cuyo efecto se acogerán y se reiterarán las consideraciones expuestas recientemente por esta misma Subsección[11] 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 los asociados[12].

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

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

[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".*

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 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 Política[13]. Pero, esta consideración, como ya lo tiene determinado de antaño esta Sección, no puede conducir a la aprobación judicial mecánica de las conciliaciones de las partes, sin parar mientes en la indebida utilización que se pueda hacer de esta institución y en las defraudaciones que, por su aplicación, se puedan producir al tesoro público[14], comoquiera que la conciliación, como fuente reguladora de conflictos, supone la legalidad de este negocio jurídico, en tanto que la posibilidad de disponer de los intereses estatales debe ajustarse rigurosamente al ordenamiento vigente[15] 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 legal[17] 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 por*

---

*[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.*

*ende en controversias contractuales del Estado[19]- 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 paz[22] (en tanto borra las huellas negativas del conflicto) y como instrumento de descongestión de los despachos judiciales, está suficientemente demostrada[23], no puede convertirse en un procedimiento expedito para manejar a su arbitrio el tema de la contratación pública[24].*

*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*

---

*[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.*

> *produce efecto hasta tanto el juez contencioso imparte su aprobación*[26]*, 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 probatorio"*[29]*".*

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

---

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

[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.*

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 2001[30], declaró inexequible 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.

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****.*

[30] MP: Clara Inés Vargas Hernández.

*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 constitucional"*[31]*.* (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.*

*(…)*

*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*

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

*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 2001*[32] *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 jurídico procesal, que lo identifica o clasifica como un mecanismo extrajudicial o trámite procedimental judicial que persigue un 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

---

[32] *M.P. Manuel José Cepeda.*
[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.

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 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 contrato"*[35].

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].

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

---

[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.

lo único y principal a examinar era que el consentimiento otorgado hubiere sido libre, esto es exento de vicios[37].

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].

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

[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.

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 diciente 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 arrogándose 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].

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

El abuso de la posición de dominio, 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 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 contratatante mas débil permitiendo así la existencia de un equilibrio mínimo en la relación contractual*
>
> *Es oportuno recordar con CAMILLETTI, 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 ejercicio"*[40]*.*

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*

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

*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.*

*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 substancial 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 igualdad"*[41]*.*

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

[41] Ibídem. Pág. 75-77.
[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.*

> *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 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

[43] Ibídem Pág. 12
[44] Suescún Melo, Jorge. Ob. Cit. Pág. 283.

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 1522[46] del Código Civil), el precio irrisorio (artículo 920[47] del Código de Comercio), la prohibición en los contratos de transporte terrestre, aéreo o marítimo de pactar cláusulas de exoneración de responsabilidad (artículo 992[48] del Código de Comercio)[49], el establecimiento de numerosas normas

---

[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.*

***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*

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 1603[51] del Código Civil) y la buena fe exenta de culpa (artículos 835[52] y 871[53], 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 dictó[54] (*interpretatio contra proferentem*)[55], reflejan con claridad que en determinadas

---

*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.*

circunstancias y bajo ciertas condiciones, la manifestación de voluntad exenta de vicios no resulta vinculante y en estos casos la fuerza 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, 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"*[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, so pena de la operancia de la ineficacia de pleno derecho[57].

**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 abusivas[58].

---

[56] Ley 1480 de 2011. Artículo 42.
[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****.*

**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.

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*

---

[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.

*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 relievar 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 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 impropiamente un esquema válido -y hoy muy socorrido- de*

---

[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, Giuffré, Milán, 1994.

*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 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-*

---

[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 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 Revué 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.

> *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 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*

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

*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 disimiles 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 estipular"*[64] (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*

---

[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.

*principio de la máxima reciprocidad de intereses"*[66].

*En este marco, dentro del concepto de cláusulas abusivas, para el profesor Stiglitz, se deben incorporar las llamadas cláusulas sorpresivas 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. Efren 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, consecuencialmente 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*

---

[66] Ibídem, p. 372 a 373.

[67] Ibídem, p. 380.

[68] J. Efren 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.

*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 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[71].

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

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

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

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 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 13[72] 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

[72] **Artículo 13º.-** *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.

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 partes[73] de forma libre, espontánea y voluntaria deciden poner fin a un conflicto o precaver el inicio de uno a través de su decisión y/o de concesiones recíprocas[74], 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

[73] Capaces y con libre disposición de sus derechos.
[74] Este concepto se acomoda al contrato de transacción, también como mecanismo alternativo de solución de conflictos.

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 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 menguando 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 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[76].

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

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

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

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 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 público*[77]*.*
>
> *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 acuerdo conciliatorio resultará provechoso para los intereses de las partes en conflicto.".*[78]*"*[79]*.*

Por consiguiente, si la entidad pública correspondiente decide conciliar, va de

---

[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.

[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.

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 jurídico[80].

---

[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*

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,

---

*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.*

*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".*

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 improbó 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 conformidad con el artículo 44[81] de la Constitución Política, el Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006) y los instrumentos internaciones que sobre la materia ha suscrito Colombia, imponían la obligación de adoptar medidas especiales de protección para los menores[82].

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 de proporcionados, leoninos, vejatorios y/o abusivos en contra de las víctimas

---

[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.

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 inadmisible el tratamiento reiterado del 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 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 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 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,

**R E S U E L V E :**

**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**