

El requisito de procedibilidad de la conciliación en las demandas de lesividad y su eventual afectación al derecho a la igualdad

Sergio Andrés Chacón Amaya¹
Hugo Alejandro Sánchez Hernández²

Resumen

La tutela judicial efectiva impone que todas las personas, sin importar su naturaleza, puedan acudir en igualdad de condiciones ante los administradores de justicia; no obstante, las normas generales exoneraron a las entidades públicas de cumplir con la conciliación prejudicial como presupuesto habilitante para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, mientras que los particulares sí deben agotar este trámite para acceder a los órganos judiciales.

Así las cosas, en este artículo de investigación se abordará la temática del derecho a la igualdad aplicando para el efecto el método deductivo, con base en el cual, después de analizar distintas fuentes, se concluirá que, en efecto, existe un trato diferenciado entre los particulares y las entidades públicas a la hora de exigir requisitos previos para demandar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Trato desigual que desconoce el Bloque de Constitucionalidad, la Constitución Política e incluso, el artículo 97 del *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, en adelante CPACA, norma especial que impone el agotamiento de la conciliación prejudicial a las autoridades cuando pretendan demandar en lesividad un acto administrativo de carácter particular y concreto.

Palabras claves: Igualdad, conciliación, lesividad, derecho, especialidad.

¹ Abogado de la Universidad Santo Tomás, especialista en Derecho Administrativo. Estudiante de la Maestría en Derecho Público de la Universidad Santo Tomás. Correo: sergio.a.chacon@hotmail.com.

² Abogado de la Universidad Santo Tomás, especialista en Derecho Administrativo y Magíster en Ciencias Administrativas de la Universidad Panthéon Assas - París II; Doctor en Derecho Administrativo (Ph.D.) de la Universidad Carlos III de Madrid y profesor de las Universidades Santo Tomás, del Rosario, Sabana y Sergio Arboleda. Correo electrónico: hugosan32@hotmail.com.

The procedural requirement of conciliation in the injury action and its eventual impact on the right to equality

Abstract

Effective judicial protection requires that all persons, regardless of their nature, be able to resort on equal terms before the administrators of justice; however, the general rules exonerated public entities from complying with the pre-judicial conciliation as an enabling prerequisite to go to the jurisdiction of administrative litigation, while individuals must exhaust this procedure to access to the justice.

At this point, in this research article the issue of the right to equality will be addressed by applying the deductive method, based on which, after analyzing different sources, it will be concluded that, in effect, there is a differentiated treatment between individuals and public entities when demanding prerequisites to sue before the contentious-administrative jurisdiction.

Unequal treatment that ignores the Constitutional Block, the Political Constitution and even, article 97 of the Code of Administrative Procedure and Administrative Litigation, hereinafter CPACA, a special norm that imposes the exhaustion of pre-judicial conciliation to the authorities when they intend to sue in the injury action an administrative act of a particular and concrete nature.

Keywords: Equality, conciliation, the injury action, law, specialty.

Introducción

El artículo 97 del CPACA, regula lo concerniente a la revocación de los actos administrativos de carácter particular y concreto. En cuanto a ello, resulta necesario como requisito, por expresa disposición del legislador, “el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular”, para que la administración pueda revocar las decisiones que crearon o modificaron estas situaciones jurídicas (Ley 1437, 2011, art. 97).

Además, el inciso segundo de la disposición normativa aludida estipula que, si el titular de tales derechos niega su revocación y rechaza los razonamientos ofrecidos por la entidad enderezados a enrostrarle que el acto administrativo contraviene el derecho, esta deberá finalizar el proceso fallido de revocatoria y demandar, dentro del término de la institución de la caducidad, el acto administrativo ante la jurisdicción Contencioso Administrativa, a través del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho; circunstancia que la doctrina especializada ha denominado acción de lesividad (Dromi, 1979).

Es pertinente anotar que, por un lado, esta acción persigue la protección del ordenamiento jurídico desde una óptica objetiva propiamente dicha de la nulidad del acto y, asimismo, ostenta un carácter subjetivo e individual, cuandoquiera que la Administración pretenda el restablecimiento de un derecho, de tal manera que en este contexto podría hablarse de una acción de lesividad y no en todos los eventos en que figure como demandante una entidad pública (Santofimio, 2017).

El H. Consejo de Estado, se ha pronunciado sobre la teleología de la acción de lesividad, con la fuerza vinculante que tiene su jurisprudencia (Vargas, 2017), y ha anotado que esta persigue, ante todo, la defensa del orden jurídico cuando la Administración, observando el interés público, considere la imperiosa necesidad de llevar ante los estrados judiciales su pretensión de extraer del mundo jurídico su propio acto viciado de nulidad (Consejo de Estado, 2018, Pág. 9).

Ahora bien, el último inciso del artículo 97 *ejusdem*, dispone que “[s]i la Administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos lo demandará sin acudir al procedimiento previo de conciliación y solicitará al juez su suspensión provisional”. (Ley 1437, 2011, art. 97). Ello es así, pues si el Estado posee elementos acreditativos que den cuenta de la consumación de una conducta delictiva o fraudulenta, resultaría en un despropósito que, con todo y esto, se le exigiera agotar un requisito previo de conciliación o solicitar el consentimiento del interesado para proceder a revocar su decisión.

Pues bien, lo cierto es que en tratándose de la conciliación ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el numeral primero del artículo 161 del CPACA, modificado por el artículo 34 de la Ley 2080 de 2021, impuso este mecanismo autocompositivo como requisito previo a la interposición de la demanda en ejercicio “de los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho, controversias contractuales y reparación directa” (Ley 2080, 2021, art. 34). Y, por tal circunstancia, todas las personas deben acreditar su agotamiento, so pena de que la demanda sea inadmitida y rechazada *a posteriori*.

La norma en cuestión establece que este presupuesto no será obligatorio sino facultativo, cuandoquiera que el demandante ostente la calidad de entidad pública. Y nuevamente, el último inciso del artículo 161 mencionado, reiteró que “[c]uando la Administración demande un acto administrativo que ocurrió por medios ilegales o fraudulentos, no será necesario el procedimiento previo de conciliación” (Ley 1437, 2011, art. 161).

En otras palabras, estas normas que regulan la procedencia de la lesividad contra actos de particular y concreto, imponen a la administración la carga o la necesidad -para acusar el término normativo- de agotar el requisito de procedibilidad de la conciliación, a menos que, desde luego, el acto haya ocurrido por medios ilegales o fraudulentos, caso en el cual la entidad pública quedaría liberada del cumplimiento de este presupuesto previo a la demanda y en tal evento, estaría habilitada para demandar directamente y solicitar la suspensión provisional de los efectos del acto, inclusive, como medida cautelar de urgencia (Arboleda, 2012).

Ahora bien, recientemente a través de la Ley 2220 de 2022, la cual entrará en vigencia el 1° de enero de 2023, se expidió el Estatuto de Conciliación. En su artículo 2° dispuso que la conciliación se regiría por las disposiciones normativas allí contenidas y en los aspectos no regulados, deben seguirse las reglas contempladas en las normatividades especiales, en consonancia con los artículos 4°, 87 y 91 de la nueva ley. En su orden, las de la parte primera y luego, las de la parte segunda del CPACA. Finalmente, de manera supletoria, las del Código General del Proceso.

Con todo, es de suma importancia resaltar que el nuevo Estatuto de Conciliación aportó nuevos insumos en torno a la conciliación como requisito de procedibilidad en lo Contencioso Administrativo, de los cuales es posible destacar los siguientes:

- Todo asunto es conciliable total o parcialmente, excepto los que cuenten con expresa prohibición legal (Ley 2220, 2022, art. 89).
- Si bien no constituye un requisito de procedibilidad en materia laboral (Ley 2220, 2022, art. 67), se permitió la posibilidad de conciliar asuntos laborales y de seguridad social, siempre que no se afecten derechos ciertos e indiscutibles. Amén, la exigencia de no afectar el interés general y la defensa del patrimonio público (Ley 2220, 2022, art. 7 y 89).
- Frente a los actos administrativos de carácter particular, se estableció la posibilidad de la conciliación sobre los efectos económicos del mismo cuando se cumpla alguna causal de las consagradas en el artículo 93 del CPACA, y “una vez aprobado el acuerdo por el juez contencioso administrativo, se entenderá revocado o modificado el acto y sustituido por el acuerdo”. A menos que el acto haya ocurrido por medios ilegales o fraudulentos, caso en el cual está proscrita la posibilidad de conciliar (Ley 2220, 2022, art. 67 y 90).
- Aunque se reprodujo el mismo tenor del CPACA tocante al ejercicio del medio de control de Nulidad con Restablecimiento del Derecho, señalando que debe agotarse la conciliación como requisito de procedibilidad si el asunto es conciliable y que será facultativa cuando quien demande sea una entidad pública, sí se estipuló esta carga “en los eventos en que ambas partes sean entidades públicas” (Ley 2220, 2022, art. 92).
- Por último, impuso términos perentorios e improrrogables para los jueces a la hora de aprobar o improbar las conciliaciones remitidas por el Ministerio Público y la necesidad de concepto previo de la Contraloría General de la República, obligatoria en negocios que superen los 5000 SMMLV.

Dejado en claro el recuento normativo, se advierte que las normas especiales del CPACA y las del Estatuto de Conciliación, son consistentes a la hora de imponerle a la Administración el deber de agotamiento del requisito de probabilidad en las demandadas de lesividad contra los actos administrativos de carácter particular y concreto, excepto en los casos en que este haya ocurrido por medios ilegales o fraudulentos, caso en el cual se releva de dicho trámite a la entidad interesada, aspectos en los cuales se profundizará en líneas posteriores.

Antes de finiquitar este introito, es de suma importancia referir que, a título de ejemplo, en sistemas jurídicos como el argentino, la acción de lesividad opera de forma similar a nuestro ordenamiento, donde la autotutela de la Administración es limitada una vez cobra firmeza el acto administrativo particular y concreto, encontrándose por expresa prohibición legal imposibilitado en su accionar para revocarlo. En otras palabras, es necesario acudir a demandarlo en sede judicial (Saiach, 2017).

No obstante lo anterior, no se advierte en la legislación argentina un requisito previo como el de la conciliación prejudicial para poner en marcha la acción de lesividad, así como tampoco se evidencia dicho presupuesto especialísimo en la legislación ecuatoriana, en la que sí se requiere para su ejercicio un pronunciamiento formal por parte de la Administración llamado pronunciamiento de lesividad, en el que se es necesario plasmar las causas que motivan el pedido de la nulidad de la decisión unilateral (Urbina, 2015), el cual es un requisito habilitante para

demandar y que en todo caso, este y la radicación de la demanda deben agotarse dentro del plazo consagrado en la ley procesal ecuatoriana.

Nótese que la finalidad del agotamiento de este pronunciamiento en Ecuador vendría a cumplir el mismo propósito que el legislador colombiano quiso salvaguardar con la conciliación como requisito habilitante para demandar en lesividad, cual es garantizar, entre otras cosas, la confianza legítima del administrado, quien espera ser convocado por el Estado, en sede administrativa y con ánimo conciliatorio, de existir alguna eventualidad frente a un derecho previamente reconocido que necesite ser discutido.

Muy por el contrario, el ciudadano es sorprendido en sede judicial con una notificación en la que, sin entender muy bien lo que acontece, se le informa que determinada entidad pública procura la declaratoria de nulidad del acto administrativo particular y concreto que ella misma expidió, a través del cual le concedió al ciudadano su tan anhelado derecho. Lo particular del asunto, como ha venido reiterándose, es que, si ese mismo ciudadano quisiera demandar a esa misma entidad pública, él sí estaría obligado a llamarla primero a conciliar.

En ese orden, se plantea el siguiente problema jurídico: ¿La exigencia normativa del agotamiento del requisito de procedibilidad de la conciliación a los particulares que demandan en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, y la pretermisión de su exigencia general a las entidades públicas que acuden ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo transgrede, entre otros, el derecho a la igualdad previsto en el artículo 13 constitucional, teniendo en cuenta que existe norma especial que estipula su trámite prejudicial en las acciones de lesividad contra actos administrativos de carácter particular y concreto?

Como hipótesis se sostiene que, si bien es cierto la exigencia del requisito de procedibilidad de la conciliación persigue fines constitucionalmente válidos, tales como estimular “la participación de los ciudadanos en la resolución de conflictos” con el Estado (Corte Constitucional, 2011), salvaguardar el patrimonio público, proteger el interés general y promover la convivencia pacífica con miras a la descongestión de los despachos judiciales; también lo es que pretermitir su exigencia a las entidades públicas cuando estas demanden ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, resulta violatorio del derecho a la igualdad, en tanto que la imposición de trámites a un sujeto justiciable solo por su calidad subjetiva en relación con su naturaleza, se configura en un tratamiento diferenciado que transgrede el derecho a la igualdad y el acceso a la administración de justicia, al otorgarse un trato injustificado y desfavorable que impediría la garantía de una tutela judicial efectiva de los particulares, máxime cuando existe norma especial que impone su agotamiento en la acción de lesividad contra actos de carácter particular y concreto, cuya inobservancia trastocaría el fin útil de tal valioso instrumento, como lo es la conciliación para proteger el patrimonio público, construcción de la paz y descongestionar los despachos de la jurisdicción mencionada.

Para el efecto, en un primer momento se abordará un análisis histórico-normativo de la conciliación y su desarrollo como requisito de procedibilidad en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, especialmente en lo tocante al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. Y en un segundo apartado, se abordará el derecho a la igualdad en el proceso contencioso administrativo y en el mecanismo de lesividad.

El anterior desarrollo permitirá contar con los insumos para dar solución al problema jurídico planteado, comoquiera que el método deductivo, consistente en “tomar conclusiones generales para obtener explicaciones particulares” (Bernal, 2010, Pág. 59), aplicado al análisis desarrollado en el análisis de los tratados internacionales, la Constitución Política de 1991, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la doctrina y en especial el CPACA, arrojará como resultado unas interesantes reflexiones en torno al trato diferenciado que se otorga a los sujetos que acuden a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, atendiendo al factor subjetivo y a las exigencias que se les impone a unos y a otros, dependiendo de su naturaleza jurídica, para acceder a la administración de justicia.

Así, el abordaje general de la conciliación como requisito de procedibilidad, del derecho a la igualdad, relacionada con el proceso contencioso administrativo y el mecanismo de lesividad en las fuentes antes descritas, para luego enfocarlo a la acción de lesividad contra los actos administrativos de carácter particular y concreto, sin duda permitirá resolver la hipótesis desde un enfoque normativo que soportará el argumento principal.

Para el efecto, se desarrollará en un primer apartado la conciliación desde un contexto histórico y su imposición como requisito de procedibilidad en el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del derecho, con el fin de abrir un panorama de comprensión general en torno a las generalidades de esta institución y su devenir en la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

A su turno, en un segundo apartado se desplegará un análisis del derecho a la igualdad enfocado al proceso contencioso administrativo, para luego estudiar su dinámica en las demandas de lesividad, con la finalidad de revelar la existencia de razones constitucionalmente válidas frente al trato diferenciado entre los particulares, obligados a agotar el requisito de procedibilidad de la conciliación al ejercer el medio de control tantas veces mencionado y las entidades públicas, liberadas de dicha carga por voluntad del legislador cuando acuden a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pasándose por alto la existencia de norma especial que estipula su agotamiento cuando en lesividad procuren la declaratoria de nulidad de actos administrativos a través de los cuales se reconocieron derechos particulares y concretos a un particular.

1.- La conciliación en la jurisdicción de lo contencioso administrativo como requisito de procedibilidad: su exigencia en la nulidad y restablecimiento del derecho a la luz del CPACA

Una mirada histórica de los fenómenos e instituciones siempre allanará el camino de todo documento investigativo y este no es la excepción. Por tanto, es indispensable discurrir acerca de la perspectiva histórica de la conciliación y su enfoque en la jurisdicción que resuelve los conflictos entre los particulares y la Administración.

Con ese horizonte en mente, se elaborará una suerte de cronología normativa que impuso el agotamiento previo de la conciliación en lo atinente al medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, ya que con su ejercicio se persigue la declaratoria de una decisión

unilateral adoptada por una entidad pública a través de la cual se reconoció, modificó o extinguió un derecho subjetivo.

1.1.- Su noción desde un contexto histórico en lo contencioso administrativo

Grosso modo, la conciliación es uno de los mecanismos alternativos de solución de conflictos más antiguos; aunque es preciso destacar que en el ordenamiento jurídico colombiano su regulación no cuenta con más de una centuria.

Sin perjuicio de lo anterior, no es del caso realizar un prolongado análisis histórico sobre su génesis y recorrido en la historia jurídica universal. Bastará con referir que, como todos los caminos conducen a Roma, también la conciliación tiene un sendero que hacia allí transita. Y efectivamente, en las XII tablas se encuentra evidencia de su incipiente existencia (Corte Constitucional, 2001); y a partir de este hito, son muchas las muestras de derecho comparado las que nos tientan a estudiar en detalle su devenir en el tiempo; sin embargo, tal y como se señaló, no es el objetivo de este trabajo ahondar en tales aspectos.

Lo que sí es valioso anotar acerca de la conciliación para su comprensión conceptual, es que en Colombia fue diseñada estructuralmente como un método para solucionar conflictos y en su saber, de suyo debe comprenderse como un “método previo, anexo o como su nombre lo indica, alternativo, al sistema de justicia” (Peña, 2017, Pág. 2). En cuanto a su naturaleza, es eminentemente jurídica en nuestro orden normativo general y en lo Contencioso Administrativo, es una institución jurídico-procesal con tres dimensiones, habida consideración de que esta puede ser extrajudicial, prejudicial y judicial (Torres, 2017).

Es tal su importancia que, por ejemplo, la Ley 2220 de 2022, señala expresamente que “la conciliación en materia contencioso administrativa tiene como finalidad la salvaguarda y protección del patrimonio público y el interés general” (Ley 2220, 2022, art. 3), y por ello, de ninguna manera es viable restarle jerarquía a este instituto; pues aunado a lo anterior, no cabe duda que en esa diada entre el trámite administrativo adelantado en un primer momento ante el Ministerio Público y posteriormente ante los Jueces Administrativos para la aprobación o improbación del acuerdo conciliatorio, se persigue, además de la descongestión judicial, una pronta y cumplida justicia.

Pues bien, retomando el componente histórico, probablemente sea la Ley 13 de 1825 el hito de la conciliación en Colombia, entendida como mecanismo alterno en la solución de los conflictos; pero más que una herramienta alternativa, tal norma la contempló como obligación previa de agotamiento a la jurisdicción; aunque desde luego, en litigios de estirpe civil.

A su turno, las más importantes fuentes de derecho en el tema contencioso administrativo han sido: la Ley 446 de 1998; la Ley 640 de 2001; la Ley 1285 de 2009, que modificó la Ley 270 de 1996, el artículo 613 del Código General del Proceso y finalmente, el artículo 34 de la Ley 2080 de 2021, modificatorio del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011.

Del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011, antes y después de su modificación, en abstracción, el legislador no reguló en concreto ningún punto sobre la institución, aunque sí señaló

su procedencia y necesario agotamiento como presupuesto para acudir a la jurisdicción e interponer los medios de control respectivos allí enunciados. Sería la reciente Ley 2220 de 2022, la que recogería aspectos procedimentales de suma importancia, como se ha venido explicando. Con todo, esta última no cobrará vigencia sino hasta el 1º de enero de 2023.

Finalmente, es del caso relieves que la doctrina ha clasificado la conciliación, al igual que la jurisprudencia en: i) extrajudicial; ii) judicial y iii) prejudicial (Torres, 2017). Sobre esta última, la Corte Constitucional ha referido que la obligatoriedad de la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad en materia contencioso administrativa, resulta adecuada y efectiva para conducir al logro de que los conflictos sean resueltos sin dilaciones justificadas; a la convivencia pacífica; promover la participación de los particulares en la administración de justicia, por lo que es compatible con la Constitución Política (Corte Constitucional, 2013).

1.2.- Como requisito de procedibilidad en la nulidad y restablecimiento del derecho

Es importante resaltar que fue el artículo 13 de la Ley Estatutaria 1285 de 2009, la norma que erigió el presupuesto de la conciliación como requisito de procedibilidad en la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho; aunque ya el artículo 70 de la Ley 446 de 1998 lo permitía en “todos los asuntos susceptibles de transacción, desistimiento y aquellos que expresamente” determinara la ley (Corte Constitucional, 1999).

Con ese panorama en mente, resulta claro que antes de la expedición del CPACA, la conciliación ya constituía un requisito obligatorio para el ejercicio de la Nulidad y Restablecimiento del Derecho, dado que al demandante le asistía la carga demostrativa su agotamiento prejudicial. Amén, era su deber acreditar que la audiencia en cuestión se celebró y que fue declarada fallida ante la expresa falta de ánimo conciliatorio entre las partes, o que la audiencia de conciliación, transcurridos tres (3) meses desde que se radicó la solicitud, no pudo celebrarse, conforme lo prevé la Ley 640 de 2001 (Consejo de Estado, 2009), cuya vigencia culmina el 31 de diciembre de 2022.

De lo contrario, su inobservancia generaría una serie de consecuencias procesales: inicialmente la inadmisión de la demanda y posteriormente, ante la no corrección de este defecto, el rechazo de la misma.

Con todo, la imposición del agotamiento de esta institución no puede considerarse, en principio, como una talanquera para el acceso a la administración de justicia; pues si la audiencia fracasa, el interesado cuenta con la posibilidad de acudir ante el juez natural de la causa y ventilar sus pretensiones dentro del término de la caducidad.

Ahora bien, como se expresó en líneas precedentes, el numeral 1º del artículo 161 del CPACA, modificado por el artículo 34 de la Ley 2080 de 2021, señaló la obligatoriedad del agotamiento de este presupuesto previo a la interposición de toda demanda en la cual se formulen pretensiones de Nulidad y Restablecimiento del Derecho y seguidamente, eximió de forma general a las entidades públicas de su agotamiento.

Esta misma redacción general se observa en la Ley 2220 de 2022, que permite la posibilidad de conciliar, inclusive, sobre los efectos económicos del acto administrativo de carácter particular, siempre que se cumpla alguna de las causales consagradas en el artículo 93 del CPACA para el efecto. En tal caso, una vez aprobada la conciliación por el juez contencioso administrativo, se entenderá revocado o modificado el acto y sustituido por el acuerdo conciliatorio.

En este punto es imperioso poner de presente que la Ley 2220 de 2022, la cual entrará en vigencia solo hasta el 1° de enero de 2023, consagró principios especiales aplicables a la conciliación en materia de lo contencioso administrativo. Esta nueva legislación aparentemente deroga de forma tácita -aunque no es así- la norma especial contenida en el artículo 97 del CPACA, cuyo tenor literal es el siguiente (Ley 1437, 2011, art. 97):

Artículo 97. Revocación de Actos de Carácter Particular y Concreto. Salvo las excepciones establecidas en la ley, cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular.

Si el titular niega su consentimiento y la autoridad considera que el acto es contrario a la Constitución o a la ley, deberá demandarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Si la Administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos lo demandará sin acudir al procedimiento previo de conciliación y solicitará al juez su suspensión provisional.

Este artículo se encuentra vigente y su eficacia jurídica se mantendrá, incluso, con la entrada en vigor de la Ley 2220 de 2022 ¿por qué? por cuanto el artículo 87 de esta última norma en su ámbito de aplicación, dispuso acudir en primer lugar para los aspectos allí no regulados, a la parte primera del CPACA. Es decir, precisamente el apartado especial donde tiene lugar el artículo 97 citado, el cual consagra un procedimiento administrativo especial no regulado por la nueva normatividad, esto es, cuando se procura en lesividad la nulidad de actos administrativos (particulares y concretos).

Esta aclaración sobre la incolumidad de la norma especial contenida en el artículo 97 del CPACA, en definitiva cobra mayor vigor si en cuenta se tiene que las normas generales, ora el artículo 161 del CPACA, antes y después de la modificación introducida por la Ley 2080 de 2021, ora el parágrafo 2° del artículo 67 de la Ley 2220 de 2022, en concordancia con el numeral 5° del artículo 90 de esta última norma, coinciden en que no será requisito de procedibilidad la conciliación “cuando la administración demande un acto administrativo que ocurrió por medios ilegales o fraudulentos” (Ley 2220, 2022, art. 90). *A contrario sensu*, sí lo será cuando el acto administrativo de carácter particular y concreto, que se pretenda demandar en lesividad, no haya ocurrido a través de tales circunstancias reprochables.

La conclusión del análisis sustantivo de las normas generales y especiales traídas a cuento, se resume en la frase “*exceptio probat regulam in casibus non exceptis*” (Bogarín, 2021, Pág. 46),

es decir, la existencia de una excepción hace necesaria una regla para la aplicación de dicha excepción. En otras palabras, el legislador ordinario liberó a la Administración del agotamiento de la conciliación cuando pretenda demandar en lesividad (regla general), siempre que el acto administrativo no hubiese tenido lugar por medios ilegales o fraudulentos, ya que de lo contrario sí tendría que agotar la conciliación como requisito de procedibilidad (excepción).

Predicar lo contrario sería desafortunado y confuso, pues se interpretarían las normas de la materia pretendiendo que el legislador se equivocó al hacer la salvedad sobre los actos de carácter particular y concreto, socavándose de paso el efecto útil vertido en la norma especial que consagra la excepción frente a actos de esta naturaleza ocurridos por medios legales y no fraudulentos.

A más de ello, se trastocarían los fines constitucionalmente válidos de la conciliación como requisito de procedibilidad en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuales son la “salvaguarda y protección del patrimonio público, el interés general” y facilitar la descongestión de los despachos judiciales; insumos necesarios para que la conciliación sirva verdaderamente como instrumento para la construcción de paz y de tejido social, aspectos que el derecho en su connotación de forjador de estructuras para alcanzar tales fines en Colombia, también persigue (García y Ramírez, 2016).

En efecto, la protección del patrimonio público busca que “los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable” (Ballesteros, 2006, pág. 28), y, por otro lado, se persigue evitar su detrimento y anticiparse a las eventualidades que puedan afectarlo. En ese contexto, si la Administración tiene la posibilidad de llamar a conciliar a un particular al cual le reconoció un derecho que no le correspondía -sin fraude de por medio- y logra su consentimiento para revocar el acto administrativo, se evitaría, no solo un largo y costoso litigio, sino un beneficio económico en el evento de que se trate de una decisión que implique pagos periódicos o erogaciones de distinto orden, por ejemplo.

La consecución de este cometido redundaría en el interés general, el cual se vería favorecido por el adecuado uso de los instrumentos por parte del Estado, quien convocaría al ciudadano con fundamento en los principios de la función pública, a participar a los administrados de manera efectiva a resolver sus controversias a través de un trámite ágil y humano, como lo es la conciliación y no en un terreno litigioso, donde ambos adquirirían la calidad de contraparte en una pugna judicial.

En tal sentido, que la norma especial imponga al Estado acudir al particular con ánimo conciliatorio para precaver un litigio y propender por una solución autocompositiva con la garantía del Ministerio Público de por medio, revela su necesidad y validez, comoquiera que su puesta en marcha contribuiría, sumado a lo expuesto, a evitar un desgaste judicial y descongestionaría, al menos en parte, la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Lo anterior, si en cuenta se tiene que la mayoría de las demandas que llegan al conocimiento de los jueces de esa jurisdicción corresponden a medios de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, dentro de las cuales se computan las ejercidas por entidades públicas que ponen en movimiento el aparato jurisdiccional (sin llamar a conciliar), en procura de la nulidad de sus propios actos administrativos, a través de los cuales reconocieron un derecho particular y concreto que ocurrió por medios legales y no fraudulentos.

2.- Derecho a la igualdad al interior del proceso contencioso administrativo y en la lesividad de actos particulares y concretos

Como se explicará en este acápite, adicional a lo anteriormente referenciado, la igualdad también se vería afectada con una interpretación inadecuada de la excepción contenida en las normas especiales sobre la materia, por lo cual se abordará aquella en el plano del proceso contencioso administrativo, hilando someramente en el componente histórico que se ha venido trabajando, para luego transitar a su aplicación en la lesividad contra actos administrativos de carácter particular y concreto, con miras a despejar el problema jurídico e hipótesis planteada en este artículo de investigación.

2.1.- En el proceso contencioso administrativo

Para no retrotraernos tanto en la historia, es preciso anotar que el artículo 13 de la Constitución de 1991, consagró la igualdad como derecho fundamental, aunque la libertad cumple en nuestro ordenamiento jurídico un triple papel, comoquiera que se trata de un valor, un principio y, por supuesto, de un derecho de orden superior (Corte Constitucional, 2010).

Al respecto, en artículo 13 arriba mencionado es del siguiente tenor literal (Constitución Política, 1991):

Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá 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.

De la atenta lectura del precepto constitucional, todas las personas, naturales y jurídicas, merecen el mismo trato por parte de las autoridades y gozar de los mismos derechos, incluso, por su supuesto, en el ámbito de la función pública de administrar justicia, desarrollándose así el principio de igualdad derivado del artículo 209 superior (Mateus, 2014).

Desde el inicio, la Asamblea Nacional Constituyente se pronunció acerca de la igualdad, no solo en el preámbulo, sino en el amplio abanico de los derechos fundamentales de la Carta Política de 1991, resaltando la importancia de consagrar expresamente la igualdad de todos los colombianos ante el derecho y garantizar el mismo trato frente a las autoridades (Asamblea Constituyente, 1991), destacando lo que sigue:

Hemos consagrado en el preámbulo los principios que consideramos deben orientar la redacción de los demás artículos de la Constitución ya que señalan los fines que se pretenden alcanzar con el nuevo orden constitucional, dicho de otra manera, son las orientaciones que creemos deben delinear la sociedad futura en cuya construcción estamos empeñados. Es así, como consideramos que los postulados de igualdad, justicia social, libertad dignidad humana y solidaridad son el resumen de una filosofía, de una manera de concebir el Estado, que como faros iluminadores deben proyectar su luz sobre nuestras instituciones sociales y políticas (Asamblea Constituyente, 1991, Pág. 21).

Y continúa:

Así mismo, es fundamental resaltar la igualdad de las personas ante la ley, como el hecho de que todas tienen los mismos derechos y obligaciones. La dignidad de la persona, la inviolabilidad de sus derechos y, su libertad, así como el respeto a la constitución, a la Ley y a los derechos de los demás, son fundamento del orden político y de la paz social.

La igualdad consagrada por la nueva Constitución debe extenderse al sexo, la ascendencia, la raza la lengua y las creencias religiosas o política. Especialmente debe brindarse protección a las personas que se encuentren en situaciones de debilidad y deben castigarse los abusos o maltratos contra ellas (Asamblea Constituyente, 1991, Pág. 7).

Así, la verdadera igualdad se traduce en que la aplicación de la ley no sea socavada frente a las prerrogativas de algunos que, en el mismo escenario de otros, logren obtener un trato diferencial solo por una concesión que se instauró para evadir la real y efectiva igualdad (Corte Constitucional, 1992).

Tocante a ello, el artículo 229 superior estipula la garantía superior de acceso a la administración de justicia (Constitución Política, 1991, art. 229), conocido también como tutela judicial efectiva, el cual ha sido elevado a rango de derecho fundamental por la H. Corte Constitucional, que en su jurisprudencia lo ha reconocido a todas las personas, para que así, en sus palabras, exista la real posibilidad de acceder en condiciones de igualdad a las instancias judiciales (Corte Constitucional, 2011), toda vez que, si desde el primer acercamiento los individuos no reciben los tratos igualitarios previamente establecidos, será imposible que el acceso a la administración de justicia se convierta en el insumo indispensable para que tengan lugar las demás garantías superiores en nuestro modelo de Estado.

Lo anterior, en concordancia con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, perteneciente al bloque de constitucionalidad, al haber sido ratificado por el Estado colombiano a través de la Ley 74 de 1968, la cual consagró en su artículo 14 que “[t]odas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia” (Ley 74, 1968, art. 14).

Es por ello que la libertad de configuración legislativa de ninguna manera puede desconocer la igualdad que le asiste a todos los sujetos que acceden a la administración de justicia, independientemente de su naturaleza. De ahí que en su ejercicio deba respetar los límites constitucionales, en sentido amplio, para evitar tensiones en el equilibrio de poderes estipulado en el artículo 113 y siguientes de la Carta Política (Corte Constitucional, 2002), necesárisimo para una adecuada disposición de las funciones estatales (Teleki, 2015); pues queriéndolo o no, podrían

concederse privilegios y diferencias en el trato a favor de la persona jurídica que, en su enorme y poderoso engranaje estructural, comparecerá en representación del Estado a tenor del artículo 159 del CPACA.

Y como, para bien o para mal es el mismo Estado quien tiene a su cargo la función pública de administrar justicia, conforme lo prevén los artículos 116 y 229 superiores, no podía otorgársele a cualquier Censor la competencia de las causas donde aquel tuviese un interés legítimo en las resultas del proceso. Por este motivo los artículos 236 y siguientes de la Constitución Política, establecieron una jurisdicción especial que, conforme lo prevé el artículo 104 del CPACA, tuviera a su cargo el conocimiento de los “litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa” (Ley 1437, 2011, art. 104).

Esta jurisdicción debe, además de aplicar el principio de imparcialidad complementado por la igualdad (Duque y Martínez, 2016), actuar bajo el amparo del Estado de derecho y propugnar por la protección de los derechos fundamentales (Llanos, 2014).

El aparato judicial constitucionalmente estipulado para el efecto es, en abstracto, perfecto; no obstante, al materializarlo el particular se encuentra frente a la necesidad de acudir al Estado para demandar al Estado y enfrentarse a él para que luego, sea el mismo Estado quien determine condenar o absolver al Estado.

Se advierte que no se pasan por alto los avances del derecho para intentar alcanzar el amparo de la tutela judicial efectiva del ciudadano, en virtud de la constitucionalización del derecho administrativo y los aportes del derecho alemán, merced a los cuales la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tiene la potestad de ejecutar sus sentencias y la posibilidad de proteger al ciudadano, incluso con medidas cautelares (De Enterría, 2009).

En esa línea de intelección, lo que se esperaría es que las autoridades judiciales de esta jurisdicción cumplieran con su deber constitucional y legal de garantizar a las personas el mismo trato y la atribución en estricto sentido igualitario del derecho; circunstancia que derivaría la aplicación del principio de legalidad, propio de un Estado de Derecho, solo en el cual existe también la igualdad como un faro del poder público (Yong, 2008). Amén que esta actitud ratificaría a cabalidad la satisfacción de la labor estatal en la efectividad de los derechos a la luz de la seguridad jurídica (Corte Constitucional, 2011).

Sin perjuicio de estos loables postulados, la experiencia judicial da cuenta que, a diferencia de la jurisdicción ordinaria, los particulares que concurren a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no están en un plano de igualdad, toda vez que, para empezar, las autoridades concurren a través de sus representantes legales o apoderados debidamente capacitados, lo cual “las sitúa en una posición ventajosa o privilegiada frente al particular” que puede no tener la pericia, recursos o conocimientos jurídicos para la negociación y el litigio (Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, 2014).

Asimismo, no cabe duda que a la Administración, además de acompañarla el presupuesto nacional, se le ha dotado de una suerte de privilegios frente al administrado en sus relaciones

públicas, dentro de las cuales se puede destacar los holgados términos para contestar la demanda, la presunción de validez de sus actos administrativos, sumada a la ejecutividad y ejecutoriedad que los acompaña, puesto que no solo son vinculantes para el ciudadano, sino que puede hacerlos cumplir por sí misma, trasladándole al afectado la carga de recurrirlos y agotar la vía administrativa para poder demandarlos, entre otros tantos (Casado, 2020).

No significa lo hasta acá referenciado que la igualdad predicada implique que el Estado y el particular deban ser considerados iguales en el sentido absoluto de la palabra, pues jamás lo serán por las obvias razones expuestas; empero, en virtud de una interpretación conforme y de las garantías superiores, deben garantizárseles en sede administrativa y judicial las mismas oportunidades, derechos e imposiciones (Casado, 2020).

Por lo anterior, no es de recibo que además de los privilegios que le asisten al Estado bajo la égida del interés público (Godoy, 1997), se le imponga al particular que procure interponer una demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra un acto administrativo de carácter particular y concreto, la carga adicional de agotar el requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial cuando esta sea imperativa en los términos de la legislación procesal vigente, so pena de que su demanda sea inadmitida y posteriormente rechazada.

Bajo ese panorama, si el plano de asimetría es evidente en sede administrativa, resultaría inaceptable aseverar que el panorama cambiará en sede judicial. Es por ello que un sector de la doctrina ha insistido en la desigualdad de los sujetos procesales al interior del proceso contencioso administrativo, y en la flagrante desigualdad de armas al interior de dicho trámite procesal (Casado, 2020).

Sin embargo, otros doctrinantes consideran que este proceso, al ser de carácter jurisdiccional, la desigualdad entre la Administración y el particular desaparece porque los dos adquieren la connotación de sujetos procesales, juzgados por un tercero imparcial (en los términos antes expuestos).

Así, según las voces de esta postura, resulta viable predicar un plano de igualdad relativo; aun en los medios de control de Simple Nulidad o de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en cuyo interior se ventila la legalidad de los actos administrativos; correspondiéndole al demandante acrisolar los defectos alegados para desvirtuar la presunción que reviste la decisión. Por su parte, la entidad pública ejercerá la defensa desde su comodidad (Fernández, 2015), al punto que no en pocas ocasiones, sin contestar la demanda, se deniega lo pretendido al no enervarse la presunción de legalidad que reviste el acto administrativo demandado.

Lo cierto es que por más que se asegure lo contrario, el particular se encuentra, por las razones esbozadas, en una posición de desventaja frente a las entidades públicas que convocará, ora en sede administrativa, ora en sede judicial. Este hecho se acrecienta cuando se invierten los papeles y ahora el ciudadano se convierte en demandado, enfrentándose ante un cuasi todopoderoso Estado que persigue la anulación de su propio acto administrativo, a través del cual reconoció un derecho subjetivo particular y concreto a ese ciudadano que deberá comparecer a un enfrentamiento judicial que trae a la memoria a David y Goliat.

En tal escenario, el ciudadano titular del derecho tendrá, con las obvias dificultades del caso y sin contar con los privilegios que le asisten a su contraparte, opugnar la pretensión de una decisión que, de ser declarada nula, causará eventualmente un menoscabo en su patrimonio.

2.2.- La igualdad en la acción de lesividad de actos de carácter particular y concreto

En este punto, conviene anotar que la acción de lesividad es propia del derecho procesal administrativo español y tiene lugar cuando la administración, debido a la irrevocabilidad o cosa juzgada administrativa, está vedada para revocar su propio acto (V.gr. el que genera derechos subjetivos), y en tal medida, se ve impulsada a adoptar la calidad de demandante y pretender, a través de un medio de control jurisdiccional, la anulación de la decisión que ella misma expidió (Dromi, 1979).

Lo cierto es que nuestro ordenamiento jurídico ha arbitrado este mecanismo de la lesividad a través de la Ley 130 de 1913, aunque con fines distintos a los hoy conocidos, y la Ley 167 de 1941 moldeó la institución actualmente establecida, sin mencionarla expresamente. Asimismo, se extraía su existencia del Decreto 01 de 1984 y más recientemente, puede evidenciarse en los artículos 97; 159; 161 y 164 del CPACA (Fajardo, 2015). Acción que, se itera, persigue que la administración pueda corregir sus yerros y que el particular pueda blindar sus garantías superiores, al ser un Juez especializado e imparcial quien determine la legalidad del acto acusado, el cual debe actuar en consonancia con del nuevo constitucionalismo (Suárez, 2014).

Algo que resulta pertinente anotar, es que el CPACA no consignó un medio de control expresamente para el mecanismo de lesividad, y por tal razón, las entidades públicas pueden echar mano de la simple nulidad y de la nulidad y restablecimiento del derecho, dependiendo de la naturaleza del acto administrativo a demandar y lo pretendido, respectivamente.

Así las cosas, en principio, el medio de control idóneo deberá atender a la clase de acto administrativo demandado, pues si aquel es de carácter particular y concreto, el medio de control apropiado será el de nulidad y restablecimiento del derecho; mientras que, si el acto es general, será la nulidad simple el adecuado para abordar la legalidad de la decisión (Consejo de Estado, 2012).

Lo anterior, en atención al objeto de estos dos medios de control, ya que la nulidad simple “persigue la defensa de la legalidad” y el “orden jurídico en abstracto”, en tanto que la nulidad y restablecimiento del derecho busca, “no sólo la defensa del ordenamiento jurídico”, también resarcir los daños antijurídicos causados por la manifestación unilateral de la administración (Consejo de Estado, 2012). Ello, sin perjuicio de la teoría de los móviles y finalidades, también consagrada en la legislación vigente; pero que escapa a la finalidad de este documento y por tal razón no se abordará.

Pues bien, el numeral 7º del artículo 136 del derogado Decreto 01 de 1984, con sus respectivas modificaciones, otorgaba un plazo privilegiado de dos (2) años a las entidades públicas para ejercer la acción de lesividad; no obstante, el vigente artículo 164 del CPACA, derogó el predilecto término y actualmente, las autoridades cuentan con el mismo plazo que los particulares para demandar. La Administración cuenta, entonces, con el mismo término de cuatro (4) meses

para demandar, en ejercicio del medio control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, sus propios actos, comoquiera que la Simple Nulidad puede ser ejercida sin límite temporal.

No cabe duda que el legislador, en virtud de los principios de igualdad y seguridad jurídica, eliminó este trato diferenciado al no existir justificación constitucionalmente válida para continuar otorgándole a la administración veinte (20) meses adicionales para demandar su propio acto administrativo en ejercicio de nulidad y restablecimiento del derecho, lo cual es digno de ser celebrado, pues todas las personas, públicas o privadas, deberían contar con el mismo interregno para demandar.

Vale la pena anotar que el término del primer medio de control se contabiliza desde que la decisión se pone en conocimiento, según corresponda. Ello, desde luego, sin perjuicio de los casos en los que la demanda puede ser presentada en cualquier tiempo (v. gr actos que reconozcan o nieguen prestaciones periódicas).

En esa misma línea argumentativa, los requisitos formales exigidos para la demanda de lesividad, son los contemplados en los artículos 162 y 163 del CPACA. Adicionalmente, los requisitos previos para la demanda son los consignados en el artículo 161 del mismo código, modificado por el artículo 34 de la Ley 2080 de 2021,

Sobre el particular, es preciso transcribir *in extenso* el numeral primero del artículo 161 del CPACA (Ley 1437, 2011, art. 161):

La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:

Cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales.

El requisito de procedibilidad será facultativo en los asuntos laborales, pensionales, en los procesos ejecutivos diferentes a los regulados en la Ley 1551 de 2012, en los procesos en que el demandante pida medidas cautelares de carácter patrimonial, en relación con el medio de control de repetición o cuando quien demande sea una entidad pública. En los demás asuntos podrá adelantarse la conciliación extrajudicial siempre y cuando no se encuentre expresamente prohibida.

Cuando la Administración demande un acto administrativo que ocurrió por medios ilegales o fraudulentos, no será necesario el procedimiento previo de conciliación.

De conformidad con la norma citada, podría concluirse *prima facie* que, si una entidad pública demanda en lesividad un acto administrativo, no tendría que agotar el requisito de procedibilidad de la conciliación, por cuanto estaría eximida expresamente del deber de agotamiento del requisito de procedibilidad de la conciliación erigido para acudir ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Y lo mismo podría apresuradamente concluirse de

lo establecido en la Ley 2220 de 2022, como se explicó en un acápite anterior y en la cual no se profundizará por no encontrarse vigente.

Lo cierto es que de una interpretación sistemática del último inciso de los artículos 97 y 161 del CPACA, se advierte de inmediato una situación especial relacionada con la lesividad de los actos administrativos de carácter particular y concreto, los cuales dan lugar a la creación de efectos que el derecho hace descansar sobre individuos plenamente determinados (Ruiz, 2018).

Es necesario aclarar que el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular para revocar el acto administrativo, no es un requisito de procedibilidad y tampoco es causa de inadmisión de la demanda, en tanto que las causales de inadmisión son taxativas.

Volviendo al tema, cuando estos actos ocurren por medios ilegales o fraudulentos, las entidades públicas, a tenor de la disposición normativa transcrita, no tienen la necesidad (facultativo), de agotar el requisito de procedibilidad de la conciliación. *A Contrario Sensu*, cuando el acto acusado no se obtuvo por medios ilegales o fraudulentos, la Administración tendrá (obligatorio) el deber y la necesidad de acudir a la conciliación extrajudicial previo a demandar en lesividad la decisión, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho; excepto, claro está, si este reconoció derechos irrenunciables e indiscutibles.

Coexisten, entonces, dos reglas: una general que exime a la administración del agotamiento de este procedimiento previo y otra de carácter especial, regulada por el artículo 97 del CPACA y el inciso final del numeral primero del artículo 161 del mismo código, que le impone a las entidades públicas la necesidad de agotar la conciliación prejudicial, cuandoquiera que procure demandar en lesividad, a través del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, un acto administrativo de carácter particular y concreto.

En este sentido, es oportuno manifestar que se desconocen las razones del trato diferenciado, contenido en la norma general, entre los particulares y las entidades públicas a la hora de agotar el requisito de la conciliación prejudicial, puesto que no existe pronunciamiento judicial alguno que aborde esta discusión y tampoco existen lineamientos por parte de la Procuraduría General de la Nación y de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en tal sentido, en la medida que los existentes abordan la conciliación extrajudicial en abstracción.

En la exposición de motivos de las leyes 1564 de 2012, 1437 de 2011 y 2080 de 2021, no se vislumbró ningún argumento sobre el porqué de tal decisión y tampoco se advierte ninguna razón válida que justifique un trato diferenciado entre la administración y los particulares. Asimismo, no se encontró jurisprudencia que abordara la temática.

Se tiene entonces que existe un evidente trato diferenciado entre los particulares y la Administración, al imponérsele una carga adicional al particular que pretenda acudir a la jurisdicción tantas veces mencionada, pese a que existe todo un contenido superior, conformado incluso por el bloque de constitucionalidad, que impone la obligación de un trato igual entre los sujetos que acceden a la administración de justicia, desde la óptica de la imparcialidad del juez como eficacia de los derechos humanos (Mejía, 2021).

En este caso concreto, es claro que el legislador desconoció los límites, en sentido amplio, de su libertad de configuración, toda vez que le asistía el deber de propender por la eliminación de asimetrías entre los sujetos justiciables y abstenerse de instaurar “excepciones o privilegios que except[uaran] a unos individuos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias” (Corte Constitucional, 1992), “de poder acudir, en condiciones de igualdad, ante las instancias que ejerzan funciones de naturaleza jurisdiccional”. (Corte Constitucional, 2011).

Y es que no le era permitido hacerlo, por cuanto las entidades públicas de suyo ya ostentan supremacía sobre los particulares, y antes que desequilibrar más la relación, el legislador colombiano debía perseguir la igualdad real, incluyendo las autoridades, ante el derecho, ya que se supone que todos los sujetos son iguales al acceder a la justicia; de tal suerte que sí es posible comparar en un plano de igualdad procesal a los particulares y a la Administración, en materia de justicia, a la luz del artículo 13 constitucional, configurándose entonces un tratamiento diferencial entre iguales, desde la perspectiva formal, aunque la experiencia dicte otro paradigma.

Así, el tratamiento, además de asimétrico e injustificado, impide, para el caso en concreto, que en la acción de lesividad se cumpla con los fines constitucionalmente válidos de la conciliación como requisito de procedibilidad, dado que esta herramienta además de garantizar la tutela judicial efectiva, plantea escenarios para la resolución autocompositiva de conflictos, suscitados por el análisis económico de las partes, que advierten los beneficios casi inmediatos de llegar a un consenso sin el natural y complejo desgaste judicial, que de suyo conlleva gastos adicionales. (Corte Constitucional, 2001).

De conformidad con lo anterior, la urgencia de la Administración en procura de la protección del patrimonio público, antes que resultar un argumento para liberarla de la carga de la conciliación prejudicial, debería ser una oportunidad para solucionar sus conflictos con el particular al cual le reconoció un derecho particular y concreto, sin que este hubiese utilizado fraude y siempre que no se traten de derechos irrenunciables e indiscutibles.

Llama poderosamente la atención que la doctrina tampoco se haya pronunciado al respecto y que no existan demandas de constitucionalidad sobre las normas generales mencionadas que imponen un trato discriminatorio a los particulares frente a las entidades públicas en su condición de sujetos justiciables y en torno al acceso en igualdad de condiciones a la administración de justicia frente a la conciliación como requisito de procedibilidad.

Con todo, así las normas generales superaran el examen de constitucionalidad por parte de la H. Corte Constitucional y esta declarara su exequibilidad, ello no significaría que la norma especial en las acciones de lesividad contra actos administrativos de carácter particular y concreto perdiera su efecto, pues esta impone el agotamiento del requisito de procedibilidad de la conciliación, siempre que el acto no haya ocurrido por medios ilegales o fraudulentos.

Esta disposición especial no está siendo aplicada, mientras que, a los particulares le son inadmitidas las demandas de Nulidad y Restablecimiento del Derecho cuando omiten aportar la prueba del agotamiento de la conciliación e incluso, de no subsanar este defecto, sus demandas son rechazadas.

Conclusiones

1. Se advierte un trato diferenciado por parte del legislador y de los operadores judiciales, a la hora de exigir a los particulares el requisito de la conciliación prejudicial para demandar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y liberar de dicha carga a las entidades públicas. Este trato diferenciado no cuenta con una justificación constitucionalmente válida, comoquiera que en la exposición de motivos de las Leyes 1564 de 2012, 1437 de 2011 y 2080 de 2021 no se ofrecieron argumentos que dieran cuenta de la necesidad de distinguir entre la naturaleza de las personas (naturales, jurídicas, de derecho público o privado) que demanden y la imposición de cargas adicionales para el acceso a la administración de justicia.
2. De conformidad con lo anterior, el legislador se excedió en su libertad de configuración y omitió observar los límites del equilibrio de poderes al conferir a las entidades públicas una prerrogativa abiertamente inconstitucional, la cual sí exige a los particulares como sujetos justiciables para acceder a la administración de justicia.
3. Sumado a ello, coexiste en el artículo 97 y en el numeral 1° del artículo 161 del CPACA -modificado este último por el artículo 34 de la Ley 2080 de 2021- una regla general que exime a la administración de agotar el requisito de procedibilidad de la conciliación al demandar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Y una regla especial que le impone a las entidades públicas la necesidad de agotar tal presupuesto: cuando demande en lesividad actos de carácter particular y concreto.
4. Aún con la entrada en vigencia de la Ley 2220 de 2022, el 1° de enero de 2023, esta norma especial contenida en el artículo 97 del CPACA continuará operando debido a que en aspectos no regulados se seguirán las reglas establecidas en las normatividades especiales contempladas en la parte primera del CPACA, donde en efecto se encuentra ubicada.
5. Los sujetos que acuden ante los Jueces y Magistrados deben recibir el mismo trato de las autoridades y gozar “de los mismos derechos, libertades y oportunidades”. En este caso, para acudir a la administración de justicia no debe importar si el sujeto es de derecho público o privado, por lo que de inmediato se advierte un rompimiento del principio de igualdad consagrado en el artículo 13 superior (Constitución Política, 1991, art. 13)
6. Si bien es cierto existen diferencias entre las personas de derecho privado y de derecho público, encontrándose estas últimas en un plano de superioridad, tal supremacía debe ser anulada en el plano judicial por el legislador, comoquiera que los sujetos justiciables -se supone- no deben tener prerrogativas y menos contar con barreras de acceso a la administración de justicia dimanadas de su naturaleza personal. Por tal razón, como se trata del sagrado ejercicio de la administración de justicia, debería existir igual tratamiento en las cargas que deben cumplir las personas que procuren acudir ante el juez especializado de lo Contencioso Administrativo.
7. La conciliación prejudicial otorga facilidades para acceder a la administración de justicia de una forma efectiva, prodigando escenarios para que los ciudadanos obtengan participación en resolver sus conflictos con las autoridades, lo cual redundaría en la descongestión de los despachos judiciales y reduce la carga fiscal (Corte Constitucional, 2001). Por tal razón, la administración con su ejemplo, debiera impactar en la cultura del litigio promoviendo la conciliación como mecanismo de solución de conflictos antes que entregar la problemática a los jueces, cuya congestión resulta lamentable, reduciendo así la litigiosidad como política pública para fortalecer sus funciones (Molina, 2016); no

- obstante, resulta contradictorio que se le exima del requisito de procedibilidad de la conciliación y en el único caso que sí es procedente su exigencia, los jueces prefieran pretermitir su aplicación.
8. Los Jueces no están interpretando sistemáticamente las disposiciones relacionadas con el requisito de procedibilidad en materia de lesividad de actos administrativos de carácter particular y concreto, lo que se traduce en una vulneración del derecho a la igualdad y de la tutela judicial efectiva, pues mientras que el particular está supeditado a una eventual inadmisión y rechazo de la demanda por no acreditar el requisito de procedibilidad de la conciliación, a la administración no se le exige en ninguna circunstancia tal presupuesto. Ni siquiera en el único evento que el legislador en su libertad de configuración le impuso dicha carga.
 9. Si bien se han tomado medidas y ajustes razonables para eliminar factores de trato desigual entre los particulares y las entidades públicas, tales como la eliminación de un término privilegiado para demandar en lesividad actos administrativos a través de la nulidad y restablecimiento del derecho, todavía es necesario ajustar el principio de igualdad en los procesos en que un particular se enfrenta a la gran maquinaria del Estado.
 10. Como efecto práctico, de agotar la Administración la conciliación como requisito de procedibilidad y en este caso, la norma especial contenida en el artículo 97 del CPACA, se garantizaría no solo el derecho a la igualdad y el acceso a la justicia, sino que también se ofrecería un espacio autocompositivo para dar una solución a los conflictos (Corte Constitucional, 2001), propendiendo por la protección del patrimonio público y la descongestión de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ya que se precaverían conflictos largos, dispendiosos y onerosos al ser solucionados con celeridad y sin un alto costo.
 11. En suma, todo lo anterior permite evidenciar que el trato desigual de la exigencia de la conciliación a los particulares que demandan en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y el privilegio concedido a las entidades públicas al ser liberadas de dicha carga, sí transgrede el derecho a la igualdad y con mayor motivo cuando existe una norma especial que, en la lesividad contra actos administrativos de carácter particular y concreto, estipula su agotamiento por parte de las autoridades.
 12. Así las cosas, se logró validar la hipótesis de trabajo, pues el legislador otorga un trato diferenciado producto de la naturaleza de los sujetos justiciables, lo cual transgrede el núcleo esencial del derecho de acceso a la administración de justicia y trastoca el fin constitucionalmente válido de la conciliación.

Referencias

- Asamblea Nacional Constituyente. Gaceta Constitucional del 13 de febrero de 1991.
<https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll26/id/3717>

- Asamblea Nacional Constituyente. Gaceta Constitucional del 19 de febrero de 1991.
<https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll26/id/3778>
- Asamblea Nacional Constituyente. Gaceta Constitucional del 4 de marzo de 1991.
<https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll26/id/3775>
- Ballesteros, J. M. C. (2006). Del patrimonio público una aproximación al concepto ya su contenido. *Prolegómenos*, 9(17), 23-34.
- Bernal, C. (2010). *Metología de la investigación. Para la administración, economía, humanidades y ciencias sociales 3.ª ed.* Bogotá: Pearson Educación.
- Bogarín Díaz, J. (2021). Formación léxica y conceptualización jurídica: el vocablo 'excepción'. *Formación léxica y conceptualización jurídica*, 1-193.
- Casado, L. C. (2020). La igualdad de armas en el proceso contencioso-administrativo: ¿realidad efectiva o mero desiderátum? *Revista General de Derecho Administrativo*, (55), 18.
- Casas, J. R. D. (1979). Acción de lesividad. *Revista de administración pública*, (88), 209-226.
- Circular 07/14. (2014, 11 de septiembre). Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (2014).
<http://www.cga.gov.co/Informacion-institucional/Juridica/Otros%20documentos%20Juridicos/Circular%20en%20Materia%20de%20concienciaci%C3%B3n%20-%20Agencia%20Nacional%20de%20Defensa%20Jur%C3%ADdica%20del%20Estado.pdf>
- Constitución Política de Colombia de (1991) 2.ª ed. Leyer.
- Decreto 01 de 1984, Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo. Enero 2 de 1984.
- De Enterría Martínez Carande, E. G. (2009). La formación y el desarrollo en Europa de la jurisdicción contencioso-administrativa: su adquisición definitiva de un status de jurisdicción plena y efectiva. *Revista de administración pública*, (179), 167-183.
- Duque Ayala, C., y Martínez Cruz, A. C. (2016). El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de Procedimiento Contencioso Administrativo y la constitucionalización del derecho administrativo en Colombia. *IUSTA*, I(34). <https://doi.org/10.15332/s1900-0448.2011.0034.11>
- Fajardo Velásquez, M. (2015). Acción de lesividad actos administrativos ilegales de carácter particular y concreto que no son lesivos a la administración. Trabajo de investigación

- presentado como requisito para optar al título de: Magister en Derecho. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Colombia. Disponible en la web <http://www.bdigital.unal.edu.co/49843/1/79801268.2015.pdf>.
- Fernández Arbeláez, I. M. (2015). *Manual de derecho procesal administrativo y contencioso administrativo*. Universidad La Gran Colombia. Sección Armenia.
- García Lozano, L. F., y Ramírez Lemo, R. (2016). Égida de una administración de justicia precaria: derecho de acceso a la administración de justicia y pluralismo jurídico débil en Colombia. *IUSTA*, 2(33). <https://doi.org/10.15332/s1900-0448.2010.0033.02>
- Godoy, A. S. (1997). La aplicación del principio de imparcialidad en la jurisdicción contencioso-administrativa. *Jueces para la democracia*, (29), 72-80.
- Ley 74 de 1968. (1968, 26 de diciembre). Congreso de la República. Diario Oficial núm. 32.682.
- Ley 640 de 2001. (2001, 24 de enero). Congreso de la República. Diario Oficial núm. 44.303.
- Ley 1437 de 2011. (2011, 18 de enero) Congreso de la República. Diario Oficial núm. 47.956.
- Ley 2080 de 2021. (2021, 25 de enero). Congreso de la República. Diario Oficial núm. 51.568.
- Llanos, A. Z. B. (2014). El acceso a la justicia contencioso administrativa como derecho fundamental efectivo. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 6(11), 81-93.
- Mateus Rodríguez, A. (2014). El principio de igualdad fuente obligatoria de derecho para las autoridades administrativas: reconocimiento de prerrogativas a hijastros de trabajadores oficiales de Ecopetrol S.A. con beneficios convencionales. *IUSTITIA*, (12), 351-367). <https://doi.org/10.15332/iust.v0i12.1503>
- Mejía García, G. (2021). Conciliación, acceso a la administración de justicia y debido proceso probatorio: una relación llamada a revisar en tiempos de transformación. *IUSTITIA*, (19). <https://doi.org/https://doi.org/10.15332/iust.v0i19.2808>
- Molina Peláez, S. (2017). ¿Qué busca el Estado con una política pública? Dinámica de las políticas públicas y los valores entre las instituciones estatales. *IUSTA*, 1(46), 63–84. <https://doi.org/10.15332/s1900-0448.2017.0046.03>
- Ortega Ruiz, L. G. (2018). *El acto administrativo en los procesos y procedimientos*. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia.
- Saiach, S. N. (2017). La acción de lesividad en la Ley N° 3460 de Procedimientos Administrativos de Corrientes, en el contencioso administrativo-Ley N° 4106 y Leyes

- Provinciales del Nordeste. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas*, 11(20), 169-195.
- Santofimio Gamboa, J. O. (2017). Compendio de derecho administrativo, 1.^a Ed. Universidad Externado de Colombia, 779-782.
- Sandoval, H. P. (2017). La conciliación no es justicia. *Pensamiento jurídico*, (45), 241-267.
- Sentencia 13172. (2001, 22 de junio). Consejo de Estado, Sección Cuarta. (Jesús María Carrillo Ballesteros, C.P.). <https://consejodeestado.gov.co/buscador-de-jurisprudencia2/>
- Sentencia 05000-12-31-000-2009-00858-01(37555). (2009, 25 de noviembre). Consejo de Estado, Sección Tercera. (Enrique Gil Botero, C.P.) [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/05000-12-31-000-2009-00858-01\(37555\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/05000-12-31-000-2009-00858-01(37555).pdf)
- Sentencia 11001-03-27-000-2012-00010-00 (19330). (2012, 20 de abril). Consejo de Estado, Sección Cuarta. (Francisco Hernando Reyes Ortíz, C.P.) <https://funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=71172#:~:text=No%20o%20bstante%2C%20mientras%20que%20con,lesionado%20por%20un%20acto%20administrativo.>
- Sentencia 25000-23-24-000-2011-00182-01. (2018, 5 de abril). Consejo de Estado, Sección Quinta. (Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, C.P.) <https://consejodeestado.gov.co/buscador-de-jurisprudencia2/>
- Sentencia T-432/92. (1992, 25 de junio). Corte Constitucional. (Simón Rodríguez Rodríguez, M.P.) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-432-92.htm#:~:text=%22Todas%20las%20personas%20nacen%20libres,religi%C3%B3n%20opin%C3%B3n%20pol%C3%ADtica%20o%20fil%C3%93sofica.>
- Sentencia C-111/99. (1999, 24 de febrero). Corte Constitucional. (Alfredo Beltrán Sierra Porto, M.P.) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-111-99.htm#:~:text=El%20Ministerio%20P%C3%ABlico%20es%20parte,patrimonio%20p%C3%ABlico%20y%20de%20los>
- Sentencia C-1436/00. (2000, 25 de octubre). Corte Constitucional. (Alfredo Beltrán Sierra Porto, M.P.) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-1436->

Yong Serrano, S. (2016). La aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales y sus implicaciones en nuestra legislación interna. *IUSTA*, 2(21).
<https://doi.org/10.15332/s1900-0448.2004.0021.06>