

**UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
VICERRECTORÍA ACADÉMICA
DIRECCIÓN DE INVESTIGACIONES
FACULTAD DE POSGRADO**

INFORME FINAL DE INVESTIGACIÓN

**TÍTULO: POSICIÓN DOMINANTE DEL COMITÉ DE CONCILIACIÓN DE LA
FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, EN RELACIÓN CON LOS FALLOS DE
PRIMERA INSTANCIA (2013 - 2014).**

**LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN DERECHO CONSTITUCIONAL, DERECHO
ADMINISTRATIVO.**

**SUBLINEAS - CONCILIACIÓN – REPARACIÓN DIRECTA – ABUSO DE LA
POSICIÓN DOMINANTE – CONTROL DE LEGALIDAD – LIBERTAD DISPOSITIVA
EN LA CONCILIACIÓN.**

PRESENTADO POR:

JONATAN GARCIA ARIAS

EDUIN ZAMIR LAITON RIVERA

MICHAEL TRIVIÑO VILLAMARIN

NOMBRE DEL DOCENTE:

MÓNICA FORTICH NAVARRO

Docente Catedrática

BOGOTÁ D.C., 15 DE JULIO 2017.

Posición Dominante del Comité de Conciliación de la Fiscalía General de la Nación, en relación
con los Fallos de Primera Instancia (2013 – 2014).

Línea de Investigación

Derecho Constitucional, Derecho Administrativo

Sublíneas de Investigación

La Conciliación - Reparación Directa - Abuso de la Posición Dominante – Control de Legalidad
– Libertad Dispositiva en la Conciliación.

TABLA DE CONTENIDO

Introducción	5
• Planteamiento Del Problema	5
• Hipótesis	6
• Objetivo Principal	6
• Objetivos Específicos.....	6
• Metodología.....	7
• Resultados Esperados.....	7
CAPITULO I.....	8
1. ANTECEDENTES Y CONCEPTUALIZACIÓN SOBRE LA POSICIÓN DOMINANTE EN COLOMBIA	8
1.1. ANTECEDENTES.....	8
1.1.1. <i>DESEQUILIBRIO EN LA LIBRE COMPETENCIA Y LA CONTRATACIÓN ADHESIVA.</i>	9
1.1.2. <i>ACTOS JURÍDICOS CONTRACTUALES Y CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS.</i>	10
1.2. CONCEPTOS SOBRE CONCILIACIÓN EN COLOMBIA	15
1.2.1. <i>CONCEPTO DE CONCILIACIÓN DESDE EL AMBITO JURÍDICO</i>	21
1.3. CONTROL DE LEGALIDAD.....	23
1.3.1 <i>CONTROL DE LEGALIDAD DE LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO.</i>	24
1.3.1. <i>SISTEMA JURIDICO DE LA CONCILIACIÓN.</i>	26
1.4. CONCEPTOS BÁSICOS RELACIONADOS	28
CAPITULO II	36
2. CONTEXTO SOCIOJURIDICO DE LA REPARACIÓN DIRECTA.....	36

2.1.	EL ORIGEN DE LA REPARACIÓN DIRECTA EN EL AMBITO JUDICIAL.....	37
2.1.2.	RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DAÑO ANTIJURIDICO	39
2.1.2.1.	<i>DERECHO FUNDAMENTAL DE LA LIBERTAD PERSONAL, COMO EJE Y PRINCIPIO DEL ESTADO DE DERECHO.....</i>	40
2.1.3.	<i>RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD.....</i>	42
2.1.4.	<i>RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DAÑO ANTIJURIDICO-ACCIÓN DE REPETICION.....</i>	45
CAPITULO III.....		50
3.	NATURALEZA JURIDICA DE LA POSICIÓN DOMINANTE	50
3.1.	LEGALIDAD DE LA CONCILIACIÓN SOBRE CONTROVERSIAS DE REPARACIÓN DIRECTA..	50
3.2.	PRECEPTOS CONCILIATORIOS EN EJERCICIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD	54
3.3.	ANALISIS FOCAL SOBRE ADMINISTRADORES DE JUSTICIA.....	60
3.4.	LA CALIFICACION DE LA POSICIÓN DOMINANTE ANTE LA ADMINISTRACION DEL ESTADO	61
3.5.	RELACIÓN JURÍDICA DE LA POSICIÓN DOMINANTE Y EL ABUSO DEL DERECHO.	66
CONCLUSIONES.....		73
BIBLIOGRAFIA.....		73
ANEXOS		83
ANEXO ENTREVISTA.....		83

Introducción

A razón de los múltiples retos a los que se enfrenta la Justicia formal, tan tradicional en todos sus aspectos, el planteamiento de nuevas soluciones ha permitido que se mire hacia alternativas como los mecanismos alternativos de conflictos por parte del legislador, no sin generar ciertas reticencias entre las más conservadoras posturas jurídicas, sin embargo uno de los predilectos mecanismos como la conciliación se ve inmersa en el mundo jurídico de la reparación directa, que deben realizar aquellas entidades públicas responsables por hechos de sus acciones, una situación anómala, presentando en su accionar a pesar de su alcance normativo, restricciones que no garantizan la reparación acorde con la realidad y la normatividad.

La presente investigación analiza el concepto de abuso de la posición dominante dentro de la conciliación, toda vez que la Constitución y las leyes garantizan la reparación a las víctimas del Estado, debido a su responsabilidad por sus hechos en el ejercicio de sus deberes que causan daño a dichos sujetos, pero a su vez, el mecanismo de la conciliación no puede ser el instrumento para que el Estado disminuya las garantías que dan la Constitución y las leyes para que exista una reparación adecuada del daño causado por el mismo.

Consecuentemente es necesario adentrarnos en las particularidades emitidas por diferentes procesos que se caracterizan por similitudes procesales y procedimentales, que bien pueden ser material de análisis que facilitan la investigación y el seguimiento a los aportes que brindan casos como sentencias, que por su desarrollo aportan al cuerpo de doctrina legal, el suficiente conocimiento y ampliación de conceptos que enriquecen la aplicabilidad en justicia, como a la restablecimiento de simetría en las relaciones inarmónicas que puedan emanar de partes en conflicto, sin que escenarios jurídicos y administrativos, que utilizan argumentos como la conciliación, extralimiten la aplicación.

Planteamiento del problema

Porque las entidades públicas (Fiscalía General de la Nación), dentro de su libertad dispositiva de conciliación, hace uso de su posición en su condición de su fuero especial, abusar

de su posición dominante para disminuir la reparación consagrada en la Constitución y la ley colombiana, en detrimento de las víctimas de sus acciones, en los acuerdos conciliatorios?

Hipótesis

Las entidades públicas (Fiscalía General de la Nación), dentro de su libertad dispositiva en la conciliación, en acciones de reparación directa, por hechos en los que son responsables, encontrándose probado su responsabilidad deben respetar la normativa encaminada a la reparación consagrada en la Constitución y la ley colombiana. Así mismo los operadores judiciales de acuerdo con su potestad en el control de legalidad de los acuerdos conciliatorios que se realizan con las entidades públicas (Fiscalía General de la Nación), poseen atributos especiales para revisar la actuación conciliatoria a la luz de la Constitución y las leyes colombianas, en particular: el ejercicio del poder de negociación de dichas entidades.

Objetivo principal

Analizar el límite del poder de negociación de las entidades públicas en los acuerdos de conciliación dentro de la acción de reparación directa, por hechos en los que son responsables.

Objetivos específicos

- Estudiar y analizar los límites de la libertad dispositiva en la conciliación de las entidades públicas (Fiscalía General de la Nación), responsables de reparar a sus víctimas en el ejercicio de sus funciones.
- Estudiar y analizar el concepto o la categoría del abuso de la posición dominante en la conciliación, durante el procedimiento de la reparación directa de las entidades públicas (Fiscalía General de la Nación).

- Estudiar y analizar el Control de legalidad asignado por ley a los operadores judiciales con respecto a los acuerdos conciliatorios finiquitados con las entidades públicas (Fiscalía General de la Nación).

Metodología

Se ha realizado un barrido de la literatura en las líneas de estudio, sobre la Constitución y la ley colombiana, la doctrina, la jurisprudencia, tanto constitucional, como del consejo de estado, la conciliación, la reparación directa, abuso de la posición dominante, control de legalidad, libertad dispositiva en la conciliación, para proceder a su estudio y posteriormente al análisis del objeto de nuestro estudio. Es decir que partimos de fuentes referenciales en la gran mayoría de nuestra investigación. Partiendo del concepto utilizado en el derecho de abuso de la posición dominante, lo planteamos dentro de la Conciliación que realizan las entidades públicas, para contrastarlo con los diferentes conceptos de nuestro presente estudio.

Resultados esperados

Con la presente investigación¹, esperamos contribuir al conocimiento del concepto o categoría de abuso de la posición dominante en el área de la conciliación, en la reparación directa, donde participan las entidades públicas (Fiscalía General de la Nación), avanzar con esta investigación al conocimiento de la aplicación del concepto, toda vez que el Estado tiene un monopolio, es decir existe una relación de posición dominante, y debe por un lado ser garantizador de una reparación adecuada por los daños causados por él, y no debe sustraerse en parte de sus responsabilidades, utilizando excepciones particulares en la reparación, cuando actúa como parte procesal, por ser el omnímodo Estado.

¹ El presente trabajo expone, además de las normas genéricas repetidas de manera unánime en manuales metodológicos, las específicas, aplicaciones a la investigación jurídica. Las técnicas y métodos analizados y sugeridos se enmarcan dentro de la metodología y la lógica; y en un proceso de investigación orientado por la teleología y axiología de la investigación. Ninguna investigación en el área jurídica se justifica si no se inserte directa o indirectamente en la tarea de realizar la justicia, la seguridad jurídica, la paz, el bien del ser humano y la armonía de la humanidad para impulsar el desarrollo del derecho como ciencia y la búsqueda de la verdad.

CAPITULO I

1. ANTECEDENTES Y CONCEPTUALIZACIÓN SOBRE LA POSICIÓN DOMINANTE EN COLOMBIA

Este aparte está conformado por dos ejes básicos de observación en primera instancia por investigaciones que nos ubican sobre el tema y las conceptualizaciones útiles, que se descomponen en el accionar jurídico relacionados con el abuso de posición dominante, que a su vez esta manifestada en dos aspectos como son: Desequilibrio en la libre competencia y la contratación adhesiva, actos jurídicos contractuales y cláusulas abusivas en los contratos. La conciliación en temas específicos como la reparación directa y la igualdad como escenario de arreglos equitativos y temporalmente ajustados.

1.1. ANTECEDENTES

En la presente investigación se ha tomado en cuenta estudios e investigaciones que nos aportan elementos sobre la condición y funcionamiento de aspectos más importantes sobre la posición dominante, donde para los años 2013 y 2014 se presentaba una ausencia de precisión y conceptualización, particularmente para asuntos relacionados con la reparación directa, es decir la existencia de un vacío normativo de abuso sobre fallos emitidos por un juez de la república y donde la entidad estatal es parte del proceso. A ello se une la aplicabilidad de conceptos encaminados, en su mayoría a los conflictos generados entre empresas y relaciones económicas; mientras que otros conflictos jurídicos generados entre las relaciones Estado y particulares han presentado ausencia de jurisprudencia.

La pertinencia de esta investigación se ubica en este periodo que presenta sentencias que han contribuido a llenar vacíos y generar precisiones en aspectos aplicables desde la jurisprudencia administrativa dando como resultado unificación de jurisprudencia,

particularmente en pasos claves de procesos, como es la conciliación, la cual vista como un acuerdo de voluntades, no puede traspasar los derechos e instancias pertinentes, de alguna de las partes, sea alguna de estas partes el Estado representado en los administradores de justicia u otra instancia, como ciudadanos, que pueden enfrentarse uno en situación desventajosa y otro aprovechando su posición, cometer abusos que pueden generar en primera instancia la trasgresión de la ley y vulneración de derechos.

Otro aspecto importante que trata el presente estudio es el aporte que surgen de los errores por parte del Estado, donde su responsabilidad descansa sobre los entes encargados de realizar impartir justicia, *“ahora bien, si lo primero que se busca es la condena del culpable y la protección del inocente, el proceso penal debe apuntar a no condenar a la mayor parte de personas, sino que a ningún inocente vaya a la cárcel y ningún delito quede impune. Merece una reflexión la posibilidad (que siempre existe) del error judicial: no debe permitirse que una persona inocente pase un solo día en la cárcel, además, porque lo impone el in dubio pro reo: si no existe certeza sobre la culpabilidad o inocencia de alguien debe declarársele inocente”* Gradados Peña citado en: (Serrano, Escobar: 2005, pgs132). Por tanto en aquellos casos donde se perfecciona la inocencia de una persona, por la causa que hubiere sido encarcelada injustamente, han fijado nuestra atención, en el sentido de sus aportes cruciales para el ejercicio del derecho a partir del estudio de caso particular como es la sentencia 41834 del consejo de Estado Sección Tercera, mediante la cual se unifica Jurisprudencia, que trata sobre el parámetros que deben observar las entidades estatales para el ejercicio de su libertad dispositiva en materia de conciliación extrajudicial y judicial.

En relación con nuestro tema en estudio haremos una clasificación de la posición dominante bajo tres aspectos relevantes:

1.1.1. DESEQUILIBRIO EN LA LIBRE COMPETENCIA Y LA CONTRATACIÓN ADHESIVA.

Facilidades esenciales y abuso de posición dominante. En la presente investigación encontramos que es una tesis para optar al título de magister en Investigación Jurídica, titulada “Facilidades

Esenciales y Abuso² de Posición Dominante de la Universidad de los Andes, autor Alfredo Ugarte Soto publicado año 2003.

Este trabajo de investigación describe la situación actual del desarrollo y avance tanto doctrinal como jurisprudencial del derecho de la libre competencia, respecto de la institución de las facilidades esenciales y el abuso de posición dominante que realizan determinadas empresas en el mercado nacional, limitando o impidiendo el ingreso de nuevos competidores. Así, se busca explicar cuáles son las características, condiciones y requisitos necesarios para determinar cuándo dentro de una estructura de libre competencia estamos frente a lo que la doctrina conoce como "essential facilities". Las principales interrogantes que se tratan de responder dicen relación en primer lugar con determinar qué es lo que la doctrina y jurisprudencia han entendido por facilidades esenciales, cuál es el verdadero alcance y sentido de este concepto, y como no tanto el derecho chileno como el comparado han abordado la procedencia y aplicación de esta teoría. Se enfocará posteriormente en analizar los criterios materiales y subjetivos que configuran la posición dominante en relación a una instalación esencial, especialmente respecto al mercado relevante en la cual está inserta y cómo la naturaleza jurídica y las características distintivas de cada uno de estos influyen directamente sobre la libre competencia. (Ugarte Soto, 2013, pág. 263).

1.1.2. ACTOS JURÍDICOS CONTRACTUALES Y CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS.

Esta investigación es una tesis para optar al título de Abogado, titulada "*Posición Dominante del mercado en Colombia*" de la Universidad Javeriana Pontificia de Colombia, autor Daniel Londoño Pinzón, publicado año 2001, el presente trabajo de investigación, describe el poder de mercado que tiene un agente económico para actuar con independencia de sus competidores por lo menos dentro de un grado amplio y apreciable. El poder de mercado implica menos participación colectiva en la fijación de precios y cantidades y, correlativamente, mayor unilateralidad y

² La doctrina de las cláusulas abusivas está íntimamente ligada con los siguientes conceptos: a) El Abuso del derecho; b) La Autonomía Privada; c) La Buena Fe; d) la posición dominante, y e) la contratación adhesiva. Son estos conceptos los que permiten justificar su existencia e implementación. Rodríguez Y, Camilo A, "Una Aproximación a las Cláusulas Abusivas", Legis _S.A. Bogotá, 2013.

relevancia de las decisiones que sobre estos extremos adopten las fuerzas dominantes que, de llegar a ser avasalladas, sustituyen mecanismos de mercadeo. Por su parte la superintendencia de industria y comercio ha sostenido que “ un agente económico se encuentra en posición dominante, cuando pueda modificar unilateralmente y de manera sustancial, las condiciones en que se presta el servicio o se vende el producto respectivo sin consideración a los competidores o a los cliente, y lo puede hacer de manera perdurable; como se puede ver de las anteriores citas en el desarrollo que se le ha dado de posición dominante, cabe resaltar el elemento de la unilateralidad e indecencia en la conducta del agente económico, de lo que se trata entonces, es de la posibilidad que tiene el agente económico de sustraerse de una competencia efectiva o posible. Entendiendo por competencia efectiva el grado de contienda necesaria para que los elementos del mercado sean determinados por la lucha entre los diversos competidores. No se trata de un mercado de competencia perfecta sino lo suficientemente competitivo como para ser eficiente, que responda a las exigencias a los consumidores y que no tenga barreras insuperables para la entrada al mismo. (Londoño Pinzon, 2001, pág. 16).

En el contexto favorecer la libre competencia o un equilibrio Seguiremos a Rodríguez Yong...”*Una cláusula abusiva, se puede entender, como aquella, siendo redactada e impuesta por una de las partes del contrato, genera un desequilibrio significativo e injustificado en relación contractual, como consecuencia del reconocimiento de prerrogativas injustificadas en favor del predisponente, o la imposición de obligaciones o cargas de la misma naturaleza en contra del adherente. (Rodríguez Y, 2013, pg113).*

Un caso particular en Colombia: laudo arbitral: Punto Celular vs. Comunicaciones celulares S.A. Comcel S.A. se toma para definir:

Cláusulas Abusivas: la jurisprudencia, la ley y la doctrina han propuesto diversos conceptos de cláusulas abusivas, la corte suprema de justicia colombiana ha considerado abusiva la cláusula que:

a) no ha sido negociada de manera individual; b) violenta la buena fe negocial, y c) genera un desequilibrio relevante en los derechos y obligaciones de las partes del contrato. Por su parte el tribunal de arbitramento designado en el caso Punto Celular vs. Comunicación Celular S.A.- Comcel S.A. definió las cláusulas abusivas en los siguientes términos”. Son: abusivas las cláusulas que, incluidas por regla general en un contrato de contenido predispuesto, establecen, sin explicación seria, proporción ni razonabilidad, ventajas o prerrogativas para el predisponente o cargas, obligaciones y gravámenes injustificados para el adherente todo ello en detrimento del principio de celebración y ejecución de buena fe contractual y del formal y razonable equilibrio contractual” (cámara de comercio de Bogotá 2007)

La unilateralidad en la decisión de situaciones que vinculan dos o más partes, desequilibran la implementación contractual que benefician particularmente al generador de propuesta del contrato, quien se beneficia directamente del él. Dando un resultado de posición dominante en la generación de contratos e imposición de cláusulas abusivas³.

Es decir *“la contratación adhesiva es el resultado de la evolución social y económica experimentada por la sociedad moderna, caracterizada por la producción masiva de bienes y servicios, en este contexto, se han desarrollado dos grandes mecanismos y conceptos: los contratos de adhesión⁴ y las condiciones generales de la contratación (también conocida con el nombre de “contratos de adhesión a condiciones generales, “contrato estándar masivo”, entre otros).*

De acuerdo con el artículo 50 del decreto 2153 de 1992, señala algunas conductas que, cuando

(cámara de comercio de Bogotá 2007)

⁴ Los contratos de adhesión: es aquel: “en el que las cláusulas son previamente determinadas y propuestas por uno solo de los contratantes, de modo que el otro no tiene el poder de introducirle modificaciones, y si no quiere aceptarlas debe renunciar a estipular el contrato; lo que introduce una limitación a la libertad contractual (...)y resuelve en una imposición del contenido contractual (“o tomar o dejar”)(Messineo: 1952,pg440)

quiera que exista posición de dominio, se consideran que constituyen abuso de la misma, cuales son:

La disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos, por otra parte la aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas, así mismo los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones.

La venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado; vender o prestar servicio en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente a aquel al que se ofrece en otra parte del territorio colombiano, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción.

Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.

“ En el nuevo concepto de contrato, la equidad y la justicia vienen a ocupar el centro de gravedad en sustitución del mero juego de fuerzas volitivas e individualistas que en la sociedad de consumo, comprobadamente son llevadas al predominio, de la voluntad del más fuerte sobre el más vulnerable, resultando inaceptable el desequilibrio irrazonable de la ingeniería contractual, valorizándose el equilibrio intrínseco de la

relación en su totalidad, redefiniéndose por tanto lo que es razonable en materia de concesiones del contratante más débil permitiendo así la existencia de un equilibrio mínimo en la relación contractual.

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

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

sino simplemente contemperar el reconocimiento de la autonomía privada con la necesaria remoción de la disparidad que impide su efectivo ejercicio”⁵.

1.2. CONCEPTOS SOBRE CONCILIACIÓN EN COLOMBIA

El origen de la conciliación⁶ se remonta a los sistemas jurídicos de las primeras sociedades, al tiempo que fue desarrollado por los regímenes legales más evolucionados, como el romano. Su importancia como herramienta de control social y pacificación de la comunidad ha sido reconocida por casi todas las culturas en todos los tiempos. La Ley de las XII tablas, por ejemplo, otorgaba fuerza obligatoria a lo que convinieran las partes al ir a juicio. En el régimen judicial de la antigua China, la mediación era considerada como el principal recurso para resolver las desavenencias, tal como lo planteaba Confucio al sostener que la resolución óptima de las discrepancias se lograba mediante la persuasión moral y el acuerdo, pero no bajo coacción. (Osorio Villegas, Angélica María, 2002, pg11)

En algunas regiones del África, la asamblea de vecinos constituye el órgano de mediación cooperativo para solucionar contiendas comunitarias, al igual que en la religión judía el Beth Din actúa como consejo de rabinos para mediar en la solución de los conflictos. La iglesia católica también ha facilitado la solución concertada de las disputas al disponer a los párrocos como mediadores. Rastros de instituciones semejantes se hallan en el medioevo, para conciliar los asuntos que enfrentaban intereses de gremios, mercaderes y gitanos, a la vez que, en la legislación portuguesa, en el Código Manuelino de 1521, se ordena acudir a la conciliación como requisito previo antes de presentar la demanda. En la Constitución Política de la Monarquía Española, que rigió en Guatemala antes de la independencia, se dispuso por expresa voluntad del artículo 282 que el alcalde municipal debía ejercer funciones de conciliador entre quienes pretendiesen demandar

⁵ Benítez Caorsi, Juan J. Ob. Cit. Pág. 72

⁶ Sentencia de casación, Bogotá, 15 de diciembre 1948, citada por, Junco Vargas; Roberto “la conciliación aspectos sustanciales y procesales, ediciones jurídicas Radar 1994 paginas 4-12).’

por negocios civiles o por injurias, mientras que en el artículo 284 se impedía entablar pleito alguno si no se demostraba haber intentado el arreglo previamente.

En épocas más recientes, estatutos legales de gran incidencia para el desarrollo jurídico moderno han reconocido la importancia de incluir la conciliación en su sistema judicial. Tal es el caso del Código de Procedimiento Civil francés de 1806, en el que se conservó la institucionalización de la conciliación como procedimiento obligatorio que había sido adoptada a la legislación francesa mediante la (Ley del 24 de agosto de 1790). Por su parte, el derecho canónico la adopta en el Codex Iuris Canonici de 1917, como la reproduce en la versión de 1983, al señalar que:

“Al comenzar el litigio, y en cualquier otro momento siempre que se abrigue alguna esperanza de éxito, el juez no dejará de exhortar y ayudar a las partes para que procuren de común acuerdo buscar una solución equitativa de su controversia, y les indicará los medios oportunos para lograr este fin, recurriendo incluso a personas serias como mediadoras.” (Canon, 1446, pág. 59)⁷

En los Estados Unidos, diferentes comunidades han integrado sistemas de resolución de conflictos a partir de la decisión de autoridades locales. Tal es el caso de la Chinese Benevolent Association, establecida por los inmigrantes chinos; el Jewish Conciliación Board, fundado en Nueva York en 1920 como foro de mediación y arbitraje para la comunidad judía; el Community Relations Service del Departamento de Justicia, fundado en 1964 para ayudar en la conciliación de desavenencias raciales, y el Federal Mediation and Conciliación Service (FMCS), creado en 1947 para resolver controversias laborales e industriales, entre otros. A este respecto debe anotarse que en Estados Unidos la conciliación no sólo es un sistema privado de solución de conflictos, sino un proceso fundamentalmente voluntario.

⁷ Canon (Canon, 1446)

En la legislación colombiana, la conciliación se remonta (Decreto, 2158,1948, pág. 45), adoptado como legislación permanente por el Decreto 4133 de 1948, por el cual se dicta el Código Procesal del Trabajo. El artículo 19 del estatuto (que corresponde al artículo 41 del Decreto compilatorio 1818 de 1998), establece que “la conciliación podrá intentarse en cualquier tiempo, antes o después de presentarse la demanda”. La institución se encuentra regulada además en los artículos 20 al 24 del mismo estatuto. El artículo 15 del Código Sustantivo del Trabajo también incluyó la transacción, advirtiendo que no es válida cuando se trate de derechos ciertos e indiscutible.

Con posterioridad, fue la (Ley, 23 , 1991, pág. 58) en su capítulo tercero dictó el régimen atinente a la conciliación laboral, pero la misma no entró a regir debido a que nunca se expidió el decreto que pretendía modificar la estructura del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para garantizar el adecuado funcionamiento del sistema de conciliación obligatoria, cuál era la condición de vigencia impuesta por el artículo 46 de la propia Ley 23.

La Ley 446 de 1998, expedida con el fin de regular íntegramente la materia, define la conciliación como “un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador.” (Ley, 446,1998, pág. 23) Correspondiente al artículo 1° del Decreto 1818 de 1998, por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos).

La conciliación se ha extendido a otros campos del derecho. Así en la jurisdicción de familia existe dos clases: la procesal, que se verifica en el curso del proceso y la extraprocesal que se puede surtir ante el defensor de familia, ante el juez de familia o ante un centro de conciliación (art. 101 de la Ley 446 de 1998).

En materia agraria el Decreto 2303 de 1989, en su artículo 31 dispone que en los procesos ordinarios y en el especial de deslinde y amojonamiento, habrá lugar a una audiencia preliminar de conciliación. En todos los procesos declarativos de índole agraria habrá, igualmente una audiencia de conciliación (art. 35).

Así mismo, en materia civil, la regla general respecto de la audiencia prevista por el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil consiste en que se limita a los procesos ordinarios y abreviados, salvo disposición en contrario, lo cual significa que se excluyen los que ella expresamente mencione. No se incluyen los verbales, porque en ellos tiene aplicación sin excepción alguna (artículos 432 y 439 del C.P.C.). Entre los ordinarios de mayor cuantía donde no procede la audiencia preliminar está únicamente el de pertenencia (art.407-12 del C.P.C.). En los abreviados se excluye en la entrega de la cosa por el tradente al adquirente (art. 417 inc.4°); rendición provocada de cuentas (art.418 num.6°); pago por consignación (art.420. núm. 2° inc. 4°); declaración de bienes vacantes y mostrencos (art.422 inc.6°); patronatos y capellanías laicos (art.423 inc.3°) y restitución del inmueble arrendado (art. 424 par.6°).

En esta investigación se debe abordar el Principio de la Autonomía de la Voluntad y es cuando se controvierten derechos disponibles, las personas tienen el poder o la voluntad de renunciar de manera total o parcial sobre los derechos que reclamen, y disponen de los mismos en una forma libre, y de esta manera reducir sus pedimentos según su conveniencia para el caso concreto. Dichas manifestaciones obedecen a su propia voluntad, la cual debe respetarse, siempre y cuando no atente contra las buenas costumbres, se respete el orden público y no se vulneren derechos de terceros.

Es así que 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.

De acuerdo con la literatura jurídica tenemos que la conciliación esta entendida como un instrumento alternativo para dirimir, solucionar y construir espacios o escenarios en la solución de conflictos,

“El término conciliación tiene dos sentidos distintos según el contexto en que es utilizado: uno procedimental y otro sustancial. En relación con su acepción procedimental, la conciliación es “un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador.” Según esta acepción, la conciliación es apenas una serie de pasos preestablecidos que tiene por objeto -eventual, no necesario- la celebración de un acuerdo entre dos o más personas. ”. (Corte Constitucional, Sentencia C-1195/01).

Es un mecanismo de arbitramento que permite al estado ir construyendo espacios de participación ciudadana para resolución de conflictos.

“No obstante, el término conciliación también se refiere al acuerdo al que se llega mediante la celebración del procedimiento conciliatorio. En este segundo sentido sustancial, la conciliación se materializa en un acta que consigna el acuerdo al que llegan las partes, certificado por el conciliador (Corte Constitucional, Sentencia C-1195/01)

La definición normativa de la conciliación. Tuvo una primera definición en la Ley 23 de 1991⁸ introduciéndola como un mecanismo que evitaba la judicialización de los conflictos. En el año 1998 la Ley 446 avanzó en la definición de la conciliación estableciéndola como un mecanismo de resolución de conflictos, es decir, pasamos de una conciliación vista como una forma de descongestionar los despachos judiciales a una forma de resolución alternativa de conflictos. La alternatividad de la conciliación es un tema que ha tenido muchas discusiones porque parece relevar la conciliación a un segundo plano en relación con la justicia ordinaria del Estado. Algunas personas e instituciones han empezado a reemplazar el término “alternativo” por “apropiado” con el fin de equiparar este mecanismo con otras formas de justicia. Los elementos más importantes de la conciliación integrados en su definición legal son: 1. Mecanismo de resolución de conflictos; 2. Autogestión de las partes en conflicto; 3. El conciliador es un tercero neutral y calificado. Estas tres características de la conciliación resumen el significado filosófico de la misma. La ley no identifica a la conciliación con ningún tipo de conciliación en particular; sin embargo, define un marco de acción de la misma toda vez que acertadamente la enmarca dentro de la disciplina de la

⁸EL CONGRESO DE COLOMBIA, LEY 23 DE 1991, Reglamentada por el Decreto Nacional 800 de 1991, Por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los Despachos Judiciales, y se dictan otras disposiciones. Bogotá, Marzo 21.

Resolución de Conflictos, refuerza la autonomía y voluntariedad de la resolución de los conflictos asignándole a las partes su autogestión, y dice que los conciliadores son personas con unas calidades especiales ya que deben cumplir con una formación integral para su ejercicio y que ayudan a las personas como terceros neutrales ajenos a las partes y sus intereses en igualdad de oportunidades.

Otra característica de la normatividad sobre conciliación es su amplio campo de acción donde el legislador colombiano ha apoyado y aprobado innumerables normas generales y especiales en las cuales se establece la conciliación como una forma de resolución de conflictos en diversas áreas. Algunos ejemplos son: asuntos de competencia desleal y prácticas comerciales restrictivas, protección al consumidor.

Finalmente sostenemos que la conciliación por su aplicación y amplitud, puede generar muchas posibilidades como mecanismo de resolución de conflictos, sin embargo también ha sido usada como espacio para propiciar el uso de posición dominante para imponer premisas sustentados en el amparo de jurisprudencia que más resulta en abuso que en acuerdos coherentes como se puede verificar en sentencia⁹ que provoca unificación de jurisprudencia, para corregir estos abusos.

1.2.1. CONCEPTO DE CONCILIACIÓN DESDE EL AMBITO JURÍDICO

⁹ AUTO DE UNIFICACION JURISPRUDENCIAL - En relación con los parámetros que deben observar las entidades estatales para ejercer su libertad dispositiva en materia de conciliación prejudicial, extrajudicial y judicial / UNIFICACION JURISPRUDENCIAL PARAMETROS PARA CONCILIACION - Porcentajes / UNIFICACION JURISPRUDENCIAL - Al conciliar judicialmente proceso por privación injusta de la libertad / PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Conciliación judicial / CONCILIACION JUDICIAL - Asistencia de las partes en segunda instancia. Sentencia (CONSEJO DE ESTADO, 20001-23-31-000-2009-00199-01(41834)).

La Conciliación ante los Comités de Conciliación de las Entidades Estatales, debe ceñirse a los Principios y normas que regulan la materia como son la (ley 446 de 1998).

Los principios Superiores Constitucionales como son el Preámbulo de la Carta, el Artículo 2 fines del Estado, para garantizar la efectividad de los Principios y Derechos y deberes consagrados en la Constitución, el Artículo 6 que consagra el Principio de Legalidad, según los cuales los servidores Públicos son responsables de infringir la Constitución y la ley por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, el Artículo 13 que prevé la protección a personas que por su condición económica se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, el Artículo 83 según todas las actuaciones que se adelantan ante las autoridades públicas deben ceñirse a los postulados de buena fe y el Artículo 90 que obliga al Estado a reparar los daños antijurídicos que le sean imputables, Artículo 209 los principios con fundamento en que debe desarrollarse la función administrativa, normas y principios que las altas Cortes han sentado Jurisprudencia, de carácter obligatoria para los Funcionarios y Comités de Conciliación con competencia para practicar la conciliación de carácter Administrativo. (Asamblea Nacional Constituyente , 1991).

Declaración americana de los derechos y deberes del hombre “Preámbulo, Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros. (...)” Artículo 2
“Artículo II. Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna. Derecho de igualdad ante la Ley.” art 12 “Artículo XII. Toda persona tiene derecho a la educación, la que

debe estar inspirada en los principios de libertad, moralidad y solidaridad humanas. Asimismo, tiene el derecho de que, mediante esa educación, se le capacite para lograr una digna subsistencia, en mejoramiento del nivel de vida y para ser útil a la sociedad. El derecho de educación comprende el de igualdad de oportunidades en todos los casos, de acuerdo con las dotes naturales, los méritos y el deseo de aprovechar los recursos que puedan proporcionar la comunidad y el Estado” (Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana , 1948).

La conciliación podrá ser judicial si se realiza dentro de un proceso judicial, o extrajudicial, si se realiza antes o por fuera de un proceso judicial, esto con el fin de dar por terminado a los asuntos o controversias, y no acudir ante la jurisdicción Contenciosa Administrativa (ley, 640,2001, pág. 56 congreso de la republica)

La Reparación Directa¹⁰ en los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado (ley, 1437,2011).

1.3.CONTROL DE LEGALIDAD

La figura del control de legalidad de la medida de aseguramiento y las decisiones que afecten bienes, adoptadas por la Fiscalía General de la Nación, no nace con la Ley 600 de 2000; por el

¹⁰ Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

contrario, ésta recopila las Leyes 81 de 1993 y 190 de 1995, acoge los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre el tema, y le imprime algunos avances para hacerla más efectiva, de allí que tengamos que analizar de dónde surge y cuáles las novedades introducidas.

Aunque el término Control de Legalidad venía siendo acuñado desde el Código de 1936, cuando de oficio o por queja podía el juez inmiscuirse en el proceso para examinar la legalidad del mismo. Así también, en el Decreto 0050 de 1987, en sus artículos 486 y 487, se brindaba similar posibilidad, empero sus alcances y la estructura de la figura como la conocemos hoy en día, no aparece con el Código de Procedimiento Penal expedido en el Decreto 2700 de 1991, sino su inclusión es posterior, como se verá seguidamente:

El artículo 54 de la Ley 81 de 1993, le adicionó al Código de Procedimiento Penal vigente para aquella época (Decreto 2700/91), un artículo, el 414 A, del siguiente tenor:

1.3.1 CONTROL DE LEGALIDAD DE LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO.

Las medidas de aseguramiento proferidas por la Fiscalía General de la Nación o por sus agentes, una vez que se encuentren ejecutoriadas, podrán ser revisadas en su legalidad por el correspondiente juez de conocimiento, previa petición motivada por el interesado, de su defensor o del Ministerio Público. La presentación de la solicitud y su trámite no suspenden el cumplimiento de la providencia ni el curso de la actuación procesal.

Formulada la petición ante el Fiscal, éste remitirá copia del expediente al juez de conocimiento, previo el correspondiente sorteo. Si el juez encontrare infundada la solicitud la

desechará de plano. En caso contrario, la admitirá y correrá traslado común a los demás sujetos procesales por el término de cinco (5) días. Vencido el término anterior el juez decidirá dentro de los cinco (5) días siguientes. Las decisiones que tome el juez en desarrollo del presente artículo, no admiten ningún recurso."

Tal como precisa Fierro-Méndez, en ejercicio del control de la legalidad de la captura que, como ya lo anotamos, recibe el nombre de *Hábeas Corpus*, al juez de conocimiento le estaba vedado emitir pronunciamiento sobre aspectos que desbordaran la verificación de la existencia de una orden de captura y de poner a disposición del "funcionario judicial" al imputado en el perentorio término legal. Lo demás, era considerado como prevaricato, según señala el mismo autor, así el juez advirtiese que existían sendas irregularidades que trasgredían el debido proceso.

La justificación para que el juez no tuviera la posibilidad ir más allá de tales aspectos, señaló la Corte Suprema de Justicia, es que existen otros mecanismos para impugnar las decisiones que afectan el derecho a la libertad, tales como los recursos de reposición y/o de apelación, y eventualmente, la petición de nulidad.

"Algunos atribuyen el origen de la figura en comento al hecho de que toda decisión judicial sea justa, cierta y firme, más aún cuando una medida de aseguramiento compromete la libertad de las personas, se exige por tanto que esté conforme a los principios constitucionales y legales. Otros de manera más pragmática consideran que el origen de la figura del control de legalidad de las medidas de aseguramiento se debe a las repetidas decisiones de los fiscales que por el afán "ajusticiados" en pro de sostener una concepción sempiterna de que la justicia es eficaz en la medida en que más acuse, condene, reprima. Tal afán los lleva en veces a cometer arbitrariedades. Otros van más allá y se remontan al derecho comparado para señalar que la procedencia de la figura tiene sus cimientos en el procedimiento italiano (1989) que consagra una figura denominada

‘reexamen de las ordenanzas que disponen medidas coercitivas’ y entre ellas: la prohibición de salir del país (art. 281), arresto domiciliario (art. 284), custodia cautelar en establecimiento carcelario (art. 285)."

Cualquiera sea la teoría planteada, para analizar de dónde proviene la figura que hoy es objeto de esta monografía, no debemos descartar la trascendencia que tendría, a tal punto que, como se verá más adelante, logró oponer diametralmente los conceptos de las Altas Cortes de nuestro país.

Resta precisar que ésta legislación (tal como fue interpretada por muchos, incluso la propia Corte Constitucional), únicamente contemplaba la posibilidad de examinar la legalidad formal de la medida de aseguramiento, eso sí, siempre y cuando se encontrase debidamente ejecutoriada la mencionada determinación.

1.3.1. SISTEMA JURIDICO DE LA CONCILIACIÓN

En la legislación colombiana, la conciliación se remonta (Decreto, 2158,1948, pág. 45), adoptado como legislación permanente por el Decreto 4133 de 1948, por el cual se dicta el Código Procesal del Trabajo. El artículo 19 del estatuto (que corresponde al artículo 41 del Decreto compilatorio 1818 de 1998), establece que “la conciliación podrá intentarse en cualquier tiempo, antes o después de presentarse la demanda”. La institución se encuentra regulada además en los artículos 20 al 24 del mismo estatuto. El artículo 15 del Código Sustantivo del Trabajo también incluyó la transacción, advirtiendo que no es válida cuando se trate de derechos ciertos e indiscutible.

Con posterioridad, fue la (Ley, 23 , 1991, pág. 58) en su capítulo tercero dictó el régimen atinente a la conciliación laboral, pero la misma no entró a regir debido a que nunca se expidió el decreto que pretendía modificar la estructura del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para garantizar el adecuado funcionamiento del sistema de conciliación obligatoria, cuál era la condición de vigencia impuesta por el artículo 46 de la propia Ley 23.

La Ley 446 de 1998, expedida con el fin de regular íntegramente la materia, define la conciliación como “un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador.” (Ley, 446,1998, pág. 23) Correspondiente al artículo 1° del Decreto 1818 de 1998, por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos).

La conciliación se ha extendido a otros campos del derecho. Así en la jurisdicción de familia existe dos clases: la procesal, que se verifica en el curso del proceso y la extraprocesal que se puede surtir ante el defensor de familia, ante el juez de familia o ante un centro de conciliación (art. 101 de la Ley 446 de 1998).

En materia agraria el Decreto 2303 de 1989, en su artículo 31 dispone que en los procesos ordinarios y en el especial de deslinde y amojonamiento, habrá lugar a una audiencia preliminar de conciliación. En todos los procesos declarativos de índole agraria habrá, igualmente una audiencia de conciliación (art. 35).

Así mismo, en materia civil, la regla general respecto de la audiencia prevista por el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil consiste en que se limita a los procesos ordinarios y abreviados, salvo disposición en contrario, lo cual significa que se excluyen los que ella expresamente mencione.

No se incluyen los verbales, porque en ellos tiene aplicación sin excepción alguna (artículos 432 y 439 del C.P.C.). Entre los ordinarios de mayor cuantía donde no procede la audiencia preliminar está únicamente el de pertenencia (art.407-12 del C.P.C.). En los abreviados se excluye en la entrega de la cosa por el tradente al adquirente (art. 417 inc.4°); rendición provocada de cuentas (art.418 num.6°); pago por consignación (art.420. núm. 2° inc. 4°); declaración de bienes vacantes y mostrencos (art.422 inc.6°); patronatos y capellanías laicos (art.423 inc.3°) y restitución del inmueble arrendado (art. 424 par.6°).

1.4. CONCEPTOS BÁSICOS RELACIONADOS

En el proceso investigativo del presente estudio es necesario dar precisión sobre el uso y aplicabilidad de términos utilizados que se definirán en el siguiente aparte:

1.4.1. COMITÉ DE CONCILIACIÓN.

El comité de conciliación¹¹ ” de acuerdo con el artículo 1. En resolución 581: “El Comité de Conciliación de la Fiscalía General de la Nación es una instancia administrativa que actúa como sede de estudio, análisis y formulación de políticas sobre prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la entidad. Decidirá en cada caso específico, sobre la procedencia de la conciliación o cualquier otro medio alternativo de solución de conflictos, con sujeción estricta a las normas jurídicas sustantivas, procedimentales y de control vigentes, evitando lesionar el patrimonio público. La decisión de conciliar tomada en los términos anteriores, por sí sola, no dará lugar a investigaciones disciplinarias, ni fiscales, ni al ejercicio de acciones de repetición contra sus miembros. (Fiscalía General de la Nación, Resolución 581 de 2014, 2014).

1.4.2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

Es todo acto emanado de los Poderes Públicos deben de estar regidos por el ordenamiento jurídico del Estado y no por la voluntad de los individuos. El principio de legalidad emerge del

¹¹ El Comité de Conciliación de la Fiscalía General de la Nación estará integrado por los siguientes funcionarios, quienes concurrirán con voz y voto y serán miembros permanentes:

1. El Fiscal General de la Nación o su delegado, quien lo presidirá
2. El Director Nacional de Apoyo a la Gestión o su delegado, en calidad de ordenador del gasto
3. El Director Jurídico
4. Un asesor de la Dirección Nacional de Articulación de Fiscalías Nacionales Especializadas
5. Un asesor de la Dirección Nacional de Seccionales y de Seguridad Ciudadana.

La participación de los miembros será indelegable salvo la excepción prevista en el primer numeral.

PARÁGRAFO 1o. Concurrirán solo con derecho a voz, a todas las sesiones, el Director de Control Interno, el apoderado que represente los intereses de la Fiscalía General de la Nación en cada proceso, el Coordinador del Grupo Contencioso Administrativo de la Dirección Jurídica y el funcionario que ejerza la Secretaría Técnica del Comité.

PARÁGRAFO 2o. Concurrirán solo con derecho a voz, siempre que el asunto lo requiera, previa invitación suscrita por la Secretaría Técnica del Comité, los servidores que por su condición jerárquica y funcional deban asistir según la naturaleza de los casos a tratar.

PARÁGRAFO 3o. El Comité invitará a sus sesiones a un servidor de la Dirección de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, adscrita al Ministerio de Justicia y del Derecho o la entidad que haga sus veces, quien tendrá la facultad de asistir a sus sesiones con derecho a voz. . (Fiscalía General de la Nación, Resolución 581 de 2014, 2014).

Derecho Administrativo ya que limita el Estado en virtud de que sus actuaciones deben estar sometidas en el marco legal, es decir, la ley debe prevalecer sobre el interés individual, arbitrariedad del Poder Ejecutivo y Poder Judicial, abuso de poder e inseguridad jurídica. Según el 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.

1.4.3. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY O IGUALDAD LEGAL

Es el que establece que todos los seres humanos son iguales ante la ley, sin que existan privilegios ni prerrogativas de sangre o títulos nobiliarios. Es un principio esencial de la democracia. 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 comercial. Excluir el papel relevante de la 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”¹².

1.4.4. DEBIDO PROCESO.

Es un principio jurídico procesal según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, a permitirle tener oportunidad de ser oído y a hacer valer sus pretensiones legítimas frente al juez.

1.4.5. PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD.

Es la acción consistente en despojar a alguien de su libertad ambulatoria, reclusión sin tener en cuenta su voluntad. Alguien que 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.

1.4.6. POSICIÓN DOMINANTE DE LOS COMITÉS *DE CONCILIACIÓN*.

Es cuando las entidades toman una *posición* ventajosa o *dominante* frente a la contraparte en cuanto a los arreglos económicos.

1.4.7. ACUERDO DE VOLUNTADES.

¹² *Ibídem*. Pág. 75-77.

Capacidad humana para decidir con libertad lo que se desea y lo que no. Desde el punto de vista jurídico el acuerdo se manifiesta mediante un contrato¹³, sea verbal o escrito, en cuya expresión se compromete a asumir derechos y obligaciones.

1.4.8. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.

Este principio ha sido definido como “el poder de las personas reconocido, como el ordenamiento positivo, para disponer con efecto vinculante de los intereses y derechos de los que son titulares y por ende crear derechos y obligaciones, siempre que respete el orden público y las buenas costumbres”. De la autonomía de la voluntad hace parte la llamada “libertad contractual”, también conocida como: “libertad de contratación” o “libertad de contratar” que es la facultad de una persona para decidir si quiere contratar, con quien hacerlo, y bajo qué condiciones. (ATAZ, 2011, pg. 129).

1.4.9. DAÑOS Y PERJUICIOS.

Daño o lesión personal es un tipo de agravio o daño que se causa a una persona debido a que otra persona no tuvo un cuidado razonable. La ley reconoce que una persona puede demandar al

¹³ Contrato: Acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial. /Convenio entre dos o más personas relativo a un servicio, materia, proceder o cosa. /hay contrato cuando dos o más personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad, encaminada a reglar sus derechos./acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer una cosa.(LEAL,P, .Hildebrando, diccionario jurídico, Leyer Editores, tercera edición Bogotá, Colombia, 2012 ,107pg).

causante de un daño a fin de recuperar las pérdidas ocasionadas por una lesión o daño, incluyendo daños mentales y emocionales.

1.4.10. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA.

Es la acción contencioso administrativa que se otorga para el caso en el cual la petición tenga su causa en un hecho administrativo, o en un acto administrativo de difícil prueba. En tal caso la persona que acredite interés puede pedir directamente, según el resultado lesivo, el restablecimiento del derecho, la reparación del daño, el cumplimiento de un deber que alude la administración, o la devolución de lo pagado indebidamente.

Según la ley colombiana, para la tasación de los perjuicios en las acciones indemnizatorias contra el Estado, debe examinarse la concordancia entre los daños alegados y la declaración de renta de las personas vinculadas a la controversia, (MADRID-MALO, Mario, 1998, pg12).

Referencias.

ATAZ, López, Joaquín, La libertad contractual, Vol. de tratado de los contratos, de Rodrigo Bercovitz Rodríguez- Cano, Nieves Moralejo Imbernón y Susana Quicios Molina, 129-140, Valencia, Tirant Lo Blanch 2011.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, ley 446 del 7 julio 1998.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Comité de conciliación de la fiscalía general de la nación, Resolución 581 de 2014, 2014).

LEAL, P. Hildebrando, diccionario jurídico, Leyer Editores, tercera edición Bogotá, Colombia, 2012 ,107pg).

LONDOÑO PINZÓN, Daniel “*Posición Dominante del mercado en Colombia*” de la Universidad Javeriana Pontificia de Colombia, autor publicado año 2001.

MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO, El artículo 50 del decreto 2153 de 1992

MADRID-MALO, Mario, Diccionario Básico de términos Jurídicos, Legis Editores S.A. Bogotá, Colombia, 1998.

MESSINEO, Francesco, “Doctrina General del Contrato”, Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-América, 1952.

RODRÍGUEZ Y, Camilo A, “Una Aproximación a las Cláusulas Abusivas”, Legis S.A. Bogotá, 2013. (Posición dominante, 2013).

SERRANO, ESCOBAR, Luis Guillermo, “Responsabilidad del Estado por privación Injusta de la Libertad” Ediciones Doctrina y Ley LTDA. Bogotá, 2005, pgs132.

La legislación francesa mediante la (Ley del 24 de agosto de 1790)

El Código Manuelino de 1521

(Canon, 1446, pág. 59)

(Corte Constitucional, Sentencia C-1195/01)

En la Ley 23 de 1991

EL CONGRESO DE COLOMBIA, LEY 23 DE 1991, Reglamentada por el Decreto Nacional 800 de 1991, Bogotá, Marzo 21.

La (ley 446 de 1998).

La ley, 640,2001, pág. 56 Congreso de la Republica)

Decreto 1818 de 1998

Decreto 2303 de 1989,

UGARTE SOTO, Alfredo “Facilidades Esenciales y Abuso de Posición Dominante” de la
Universidad de los Andes, 2003.

CAPITULO II

2. CONTEXTO SOCIOJURIDICO DE LA REPARACIÓN DIRECTA

En esta parte se tratan los límites jurídicos e institucionales que dimensionan el presente estudio, pasando por los sustentos normativos y finaliza con descripción de aspectos que generan la reparación directa de instituciones que fundamentan la posición dominante como un escenario jurídico en construcción.

“El Estado como ente que gobierna, administra y juzga las situaciones de los asociados, cumple sus cometidos mediante las tres grandes ramas del poder, a saber: la Legislativa, la Ejecutiva y la Judicial; ellas por supuesto, son originadoras de daños a las personas, unas u otras emanan o son estructuradas de manera diferente, pero de todas se ha entendido que deben resarcir los perjuicios que ocasiona el Estado, bajo el parámetro constitucional del Artículo 90 de la Constitución Política de Colombia.

Indiscutiblemente, la rama judicial del Estado puede ocasionar daños a las personas, y muy serios, pues hay que recordar que, los jueces de la República en muchas ocasiones, cuando administran justicia, no solamente deciden sobre el asunto que se les presentan, sino que tienen en sus manos derechos fundamentales de los ciudadanos, como la libertad, la honra, el debido proceso, los cuales puede llegar a ser menoscabados de forma injusta e ilegal, lo que conllevaría a una responsabilidad del Estado.

El reconocimiento de la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, es uno de los avances jurídicos más significativo que ha tenido cualquier sociedad, pues la libertad es uno de los derechos fundamentales de las personas, el cual está matizado con otras prerrogativas inherentes a la persona, como la honra, la dignidad, intimidad, etc., que indudablemente se ven menoscabados cuando una persona se ve recluida en un establecimiento carcelario; y aún más, cuando ello se ha realizado injustamente” (PRATO, RAMÍREZ, 2016 pg.30).

2.1. EL ORIGEN DE LA REPARACIÓN DIRECTA EN EL AMBITO JUDICIAL.

Hasta antes de la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991, no existía en el ordenamiento jurídico colombiano una cláusula que consagrara de manera específica la responsabilidad patrimonial del Estado. La responsabilidad estatal se concibe como una institución de origen netamente jurisprudencial a partir de la jurisprudencia desarrollada en sus inicios por la Corte Suprema de Justicia y posteriormente por el Consejo de Estado, con sustento en las disposiciones del Código Civil que regulaban el tema de la responsabilidad patrimonial en el ámbito del derecho privado. Respecto al aporte de la Corte Suprema de Justicia, este inicia con la sentencia de octubre 22 de 1896, donde se considera que a pesar de que las entidades estatales sean personas jurídicas y, por tanto, irresponsables penalmente por los daños que ocasionaran a los ciudadanos, sí se encontraban obligadas objetivamente a las reparaciones civiles por los perjuicios que resultaren de una conducta punible imputable a los funcionarios públicos. Con esta decisión se evidencian las modalidades concretas: la responsabilidad indirecta, la responsabilidad directa y la falla en el servicio, que acogerá posteriormente la jurisdicción contencioso

administrativa. A partir de la expedición de la ley 167 de 1941, la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado inicia su proceso de evolución y consolidación jurídica, y se le reconoce competencia al Consejo de Estado para conocer de las acciones preparatorias que se inicien contra las instituciones públicas.

La jurisprudencia del Consejo de Estado fijó como requisitos constitutivos de la responsabilidad patrimonial del Estado:

- (i) la existencia de un daño antijurídico.
- (ii) la acción u omisión desplegada sea imputable a las entidades públicas.
- (iii) relación de causalidad material entre el daño antijurídico y el órgano estatal.

Fue a instancias del constituyente de 1991 que acogiendo los criterios jurisprudenciales fijados por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, se encargó de llenar ese vacío normativo respecto del instituto resarcitorio por actuaciones de los entes públicos y consagró en el artículo 90 de la Carta Política la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables, por la acción o la omisión de las autoridades públicas, responsabilidad que se proyecta indistintamente en los ámbitos precontractual, contractual y extracontractual.

2.1.1. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

La responsabilidad patrimonial del Estado, en nuestro sistema jurídico, encuentra fundamento en el principio de la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, y se configura cuando concurren tres presupuestos fácticos a saber: un daño antijurídico o lesión, definido como el menoscabo o perjuicio que sufre la víctima en su patrimonio o en sus derechos personalísimos,

sin tener el deber jurídico de soportarlo; una acción u omisión imputable al Estado, que se presenta cuando la Administración Pública no satisface las obligaciones a su cargo dentro de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que han sido fijadas; y una relación de causalidad, para que el daño antijurídico atribuido al Estado sea indemnizable, que exige que éste sea consecuencia del incumplimiento de las obligaciones de la Administración, esto es, desde una perspectiva negativa, que el daño sufrido por la víctima no se derive de un fenómeno de fuerza mayor o sea atribuible a su conducta negligente.

2.1.2. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DAÑO ANTIJURIDICO

La consolidación de la responsabilidad estatal para responder por el daño antijurídico causado por sus agentes, constituye entre otras, manifestaciones de un mayor énfasis de los sistemas jurídicos en este principio que busca garantizar el cumplimiento eficiente de las tareas públicas, habida cuenta que la responsabilidad en el cumplimiento de los fines del Estado no corresponde solamente a los servidores públicos, pues también los particulares asumen en él una serie de obligaciones y tareas que antes cumplían de manera exclusiva y en ocasiones excluyente las autoridades estatales. Dentro del marco de corresponsabilidad y de cooperación entre el Estado y los particulares, la Constitución establece además la posibilidad de que éstos participen en el ejercicio de funciones públicas, siendo obligación del Estado, repetir contra el agente suyo por cuya actuación dolosa o gravemente culposa aquel haya sido condenado.

2.1.2.1. DERECHO FUNDAMENTAL DE LA LIBERTAD PERSONAL, COMO EJE Y PRINCIPIO DEL ESTADO DE DERECHO.

La concepción de los derechos fundamentales se inscribe en el ideario liberal, como aquellos que por naturaleza corresponde al hombre individual por lo cual se impone la necesidad de controlar el ejercicio del poder público, lo que conlleva la mínima injerencia y limitación del estado de tales libertades.

Es por ello que la consagración de este derecho como fundamental se convierte una verdadera garantía de sus asociados en su relación con el ejercicio del poder del Estado, lo que conlleva que toda limitación a la libertad, deba ser vista con recelo, prevención, en la medida que involucra la restricción a este derecho fundamental por excelencia, consustancial al ser humano, y característico de su esencia.

Por lo que teniendo en cuenta la protección del derecho a la libertad como un objetivo supremo del Estado Constitucional, y admitiendo que los derechos fundamentales no son absolutos, se permite su restricción, pero solo en aquellos eventos en que la constitución lo prevé, y con sujeción estricta a su regulación constitucional.

Lo que supone que el legislador al regular las restricciones al derecho a la libertad personal, no sola está determinado por los condicionamientos formales que para ese efecto se consagra en la Constitución, sino también, y principalmente por el respeto a los valores superiores o finales que inspiran un determinado orden jurídico.

Es por ello, que los límites y restricciones que introduzca el legislador a partir de su habilitación constitucional a un derecho fundamental como libertad personal deben ser proporcionados y justos, que implica que no cualquier regulación y limitación del derecho fundamental a la libertad, por el

hecho de provenir del legislador, es constitucional, lo es cuando se adecuen a los valores finales de la carta política.

De esta manera la concepción de los derechos fundamentales se constituyen en una verdadera limitante al ejercicio del poder punitivo que exigen del Estado su protección y garantía que solo ha de permitir su vulneración excepcionalmente cuando n se trate de proteger la seguridad y tranquilidad ciudadana, pero en todo caso respetando los elevados principios que caracterizan el orden jurídico.

Lo que da lugar a que el derecho a la libertad personal genere una relación conflictual entre dos obligaciones del estado: la persecución eficaz del delito y la garantía de la libertad del ciudadano en donde el derecho a la libertad personal debe ser preeminente frente al poder punitivo del Estado

Que obliga que su regulación legal, como la interpretación jurisprudencial acojan esta primacía, pues es la única forma que le de valor supremo a este derecho fundamental, cuya preservación se impone como garantía-límite del ciudadano frente al poder del Estado.

Es por ello que la libertad personal, se constituye en uno de los derechos fundamentales que ameritan mayor protección por parte de los Estados considerados democráticos, lo que explica el catálogo de mecanismos de defensa que tiene este derecho frente al ejercicio punitivo del Estado, no solo en las normas del derecho interno en las Constituciones de los Estados.

Normas del derecho internacional de los derechos humanos que se convierten en un fundamento extra constitucional de carácter vinculante, máxime, como en nuestro, en donde han sido incorporado al derecho interno por remisión expresa de la misma Carta Política, con carácter prevalente respecto de las cláusulas la Corte Constitucional, ha considerado que hacen parte del

denominado “bloque de constitucionalidad”, entendido que son normas constitucionales que no aparecen expresamente en el texto constitucional.

Pero curiosamente en nuestro orden jurídico la Corte Constitucional que es la llamada en su interpretación a establecer restricciones a las limitaciones de los derechos fundamentales, afianzando su vis expansiva, su mecanismos de protección su eficacia como valor supremo de una sociedad democrática, ha sido la que, en relación con el derecho fundamental, a la libertad personal, le ha dado un alcance restringido, en el propósito de justificar la constitucionalidad de la detención preventiva. (Serrano, E: 2005, pgs.52-56).

2.1.3. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD.

En el artículo 90 de la Constitución Política se pueden apreciar dos enunciados normativos independientes, pero que se relacionan entre sí. El primero de ellos se encarga de definir de forma muy general, las condiciones bajo las cuales se reputa la responsabilidad patrimonial del Estado, sea esta de carácter contractual o extracontractual. Para ello deben tenerse en cuenta los siguientes elementos: a) la existencia de un daño de carácter antijurídico, y b) la posibilidad de imputar la ocurrencia de este daño a la acción u omisión de los agentes estatales. El segundo enunciado establece la acción de repetición como instrumento para proteger el patrimonio público en los casos en que, habiendo sido condenado el Estado por un daño al imputable, se demuestre que el mismo fue el resultado de una actuación dolosa o gravemente culposa de sus agentes. La responsabilidad patrimonial del Estado por las actuaciones de las autoridades judiciales, y en especial por la privación injusta de la libertad, se encuentra estrechamente relacionada con la institución de la

detención preventiva. Es importante resaltar, que por detención preventiva se entiende una medida proferida por autoridad competente, precedida de las formalidades legales, en virtud de la cual el sindicado es limitado en su derecho de locomoción al ser recluso en un centro carcelario, domicilio o morada, por motivos previamente establecidos en la Ley, para asegurar su comparecencia al proceso, la preservación de la prueba y la protección de la comunidad Sin embargo, es preciso señalar que, en algunos casos la detención preventiva resulta calificada como injusta, esto es, cuando finalizado el proceso, se concluye por parte de las autoridades judiciales que no hay lugar a imponer una sanción penal. En estos eventos, algunas normas del 29 Ley 16 De 1972. Artículo 7. 25 ordenamiento jurídico basadas en el artículo 90 de la Constitución Política, disponen la responsabilidad patrimonial del Estado. En estos casos, y para lograr una declaración en este sentido, los afectados con estas medidas acuden a la acción de reparación directa como mecanismo para resarcir los daños ocasionados por la injusta privación de la libertad. En estas acciones, la jurisdicción contencioso administrativa ha debido analizar las normas de orden legal que consagran la responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad. Por ejemplo, el Decreto Ley 2700 de 1991¹⁴, contenido del primer Código de Procedimiento Penal posterior a la expedición de la Constitución de 1991, prescribió en su artículo 414 lo relacionado con la responsabilidad patrimonial por privación injusta de la libertad. Esta norma establece que “quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios”. Así mismo, determina que “quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no

¹⁴ El artículo 414 de decreto Ley 2700 de 1991 es el siguiente tenor: “**indemnización por privación injusta de la libertad.** Quien haya sido privado injustamente de la libertad, podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios.

Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o conducta no constituía, hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave”

constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave”. Esta norma fue derogada por el artículo 535 de la Ley 600 de 2000 contentiva de un nuevo Código de Procedimiento Penal. Dicha ley guardó silencio en lo relacionado con la responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad. Lo anterior no implica que con la expedición de este Código de Procedimiento Penal la responsabilidad por privación injusta de la libertad personal desapareciera del ordenamiento colombiano. Esta conclusión además se hace extensiva a la Ley 906 de 2004 que, en la actualidad, es la que consagra las normas y procedimientos aplicables a la investigación y juzgamiento de las conductas punibles acontecidas con posterioridad al 1 de enero de 2005, y en la que tampoco se regula lo concerniente a esta clase de responsabilidad extracontractual del Estado. Lo que ocurrió es que la figura de responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad abandonó las regulaciones en materia de procedimiento penal, para insertarse en la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia. Así, en los artículos 65 y ss., de la Ley 270 de 1996 se regula lo relacionado con la responsabilidad del Estado y de los funcionarios y empleados judiciales, entre otros eventos, para los casos de privación injusta de la libertad. Estas normas determinan: 26 “...Artículo 65. De la responsabilidad del estado. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales. En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad”. (...). “...Artículo 68. Privación injusta de la libertad. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios”. (...). Sin embargo, en virtud de lo establecido en el artículo 43 de la Ley 153 de 1887, las conductas ocurridas en vigencia del Decreto Ley 2700 de 1991 deben ser sancionadas con base en estas normas jurídicas, sin tomar en consideración las

normas posteriormente expedidas en la materia. Por esta razón, la jurisdicción contencioso administrativa ha debido interpretar las normas contenidas en el artículo 414 del C.P.P., y en el artículo 65 de la Ley 270 de 1996, para derivar de su contenido la fuente de responsabilidad por privación injusta de la libertad personal”. (PRATO RAMÍREZ, 2016, pg.24-26).

“La libertad continua siendo el núcleo esencial y el logos de las diferentes declaraciones de derechos fundamentales y se completa y se complementa con los principios de igualdad, solidaridad y seguridad jurídica. La libertad sigue estando conectada con la realización de los objetivos de cada individuo, pero ahora la materialización de las finalidades se da en un plano democrático que impone al Estado asegurar un espacio de comunicación e intercambio de razones para la toma de decisiones” (GIL BOTERO, 2013; Pg.461)

2.1.4. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DAÑO ANTIJURIDICO-ACCIÓN DE REPETICION.

Mediante esta acción, la entidad que haya sido condenada al pago de una suma de dinero por daños causados a un particular o a otra entidad y en cuya causación exista culpa grave o dolo del funcionario encargado de la actividad que los produjo aquella podrá repetir el pago contra este en la proporción que señale el juez. La ley 670 de 2001, permite la repetición frente a particulares en las condiciones que se verán al estudiar más adelante la respectiva acción y no solo cuando sea condenada la entidad sino por las mismas causas deba pagar en virtud de la conciliación u otra forma anormal del proceso.

“La Constitución política en varias de sus disposiciones reconoce que la libertad en su triple condición de valor, principio y derecho debe ser protegida y respetada tanto por los poderes públicos como por cualquier individuo” (Gil Botero, 2013)

La acción de repetición aparece consagrada en el artículo 90 de la carta política, aunque desde antes y especialmente en el artículo 77 de código contencioso administrativo, ya se había consagrado. Pero las normas no indica el procedimiento al cual debía someterse la repetición, lo que llevo al consejo de estado a establecer jurisprudencialmente que la competencia para conocer de dichas acciones la tenía la Jurisdicción Contencioso Administrativo y el procedimiento a seguir era el de Reparación Directa. Al ubicar la acción como de reparación directa se señaló también que la Caducidad era la que le correspondía a esta, es decir, de dos años, los cuales se contarán no a partir de la sentencia contra la Entidad sino a partir del pago. Se repite, todo esto fue producto de la actividad pretoriana del Consejo de Estado.

La ley 448 de 1998 trajo como innovación la precisión del momento a partir del cual se puede ejercer la acción, pues indica que “la acción de repetición caducara al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente de la fecha del pago total efectuado por la Entidad”.

Entonces la Caducidad se contará a partir del día siguiente a aquel, en que la Entidad efectúa el pago total, con lo cual, si se presentaran pagos, diferidos, solo a partir de la cancelación de la última cuota, correría el termino de caducidad, sin que tal caso se sobrepase el termino de 18 meses del artículo. 177 del C.C.A. tal como lo dijo la corte constitucional al declarar la asequibilidad condicionada de la norma (C-832 de 2001).

Pero, igualmente, la nueva ley al modificar el art. 86 del C.C.A. sitúa la Acción de Repetición en la Reparación Directa, tal como lo había expuesto la jurisprudencia, pues al describir la Acción de Reparación Directa, la norma ordena que las entidades públicas deberán promover la misma acción cuando resulten condenadas o hubieren conciliado por una acción administrativa originada en culpa grave o dolo de un servidor o ex servidor que no estuvo vinculado al proceso respectivo, o cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública.

La ley 678 de 2001 regula en forma autónoma la Acción de repetición, con características propias pero acogiendo los criterios enunciados en las notas precedentes. En este sentido el artículo 10, habla de seguir el procedimiento ordinario correspondiente a la Acción de Reparación Directa.

La caducidad regulada en el artículo 11 la señala en los mismos dos años contados a partir del día siguiente a la fecha del pago total; pero, si el pago fue por cuotas se debe contar desde la fecha del último pago incluyendo las costas y agencias en derecho si se hubiere condenado a ellas. (Palacio, J.. 2006: pg. 116-117).

Referencias

AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO, Lineamientos jurisprudenciales sobre responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, 2014.

Artículo 414 de decreto Ley 2700 de 1991 es el siguiente tenor: “indemnización por privación injusta de la libertad.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Artículo 90 Responsabilidad Extracontractual del Estado. 1991.

DECRETO 2700 DE 1991. Artículo 414.

CONSEJO DE ESTADO – Sala Contencioso Administrativo – Sentencia – Sección Tercera ,
Mayo 02 de 2007, Expediente. 20001-23-31-000-1997-03423-01 (15463), CP: Mauricio
Fajardo Gómez

LEY 270 DE 1996. Artículo 68.

CONSEJO DE ESTADO – Sala Contencioso Administrativo – Sentencia Sección Tercera
Marzo 14 de 2002, Exp. 25000-23-26-000-1993-9097-01 (12076), CP: Germán Rodríguez
Villamizar.

La ley 678 de 2001 regulo en forma autónoma la Acción de repetición

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, (C-832 de 2001)

GIL BOTERO, Enrique. Responsabilidad del estado por la Administración de Justicia, Edición Temis 2013. p 461.

LOPEZ Z, Sergio Andrés “La condición jurídica del particular que ejerce funciones públicas y su responsabilidad penal” REVISTA PRINCIPIA IURIS N°.21, 2014.

PALACIO HINCAPIE, Juan Ángel, “Derecho Procesal Administrativo”, Sexta Edición, Librería Jurídica Sánchez R, LTDA. Medellín, Colombia. 2006.

PRATO RAMÍREZ, Luisa Jackeline, “La Responsabilidad Del Estado Por La Privación Injusta De La Libertad En Colombia”, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora Del Rosario Facultad de Jurisprudencia Maestría En Derecho Administrativo Bogotá D.C. 2016

BONILLA, LOZANO, Diana Paola, Y PARRADO,PARRADO, Edgar Mauricio,” trabajo de grado “Responsabilidad del Estado Colombiano por la privación injusta de la libertad, derivadas de las sentencias absolutorias proferidas en vigencia de la ley 906 de 2004” Universidad la Gran Colombia. Bogotá, 2011.

SERRANO, ESCOBAR, Luis Guillermo, “Responsabilidad del Estado por Privación E Injusta de la Libertad”, Ediciones Doctrina y Ley LTDA. Bogotá, Colombia 2005.

CAPITULO III

2. NATURALEZA JURIDICA DE LA POSICIÓN DOMINANTE

Lo que veremos a continuación es lo más destacado sobre lo que es posición dominante dentro de los diferentes ámbitos en los cuales se realiza esta práctica ya que nos deja ver como se utiliza de manera ventajosa por parte de los entes que tienen mayor factor de negociar con las personas o instituciones que de una u otra manera son considerados las parte débil.

Igualmente, entendamos que esta relación desequilibrada que emana de contradicciones que se expresan en errores y faltas, generadas por las instituciones encargadas de impartir justicia, es decir, si bien esta condición es de carácter transitorio, no implica que deba ser la única expresión para definir los condicionamientos que establecen las decisiones de los entes reguladores, la posición dominante nace de cualquier parte de los actores sociales en conflicto que encuentra su sustento sea en la norma, en la posición de funcionalidad, o en ausencia de material probatorio¹⁵.

3.1. LEGALIDAD DE LA CONCILIACIÓN SOBRE CONTROVERSIAS DE REPARACIÓN DIRECTA.

¹⁵ 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 *lura 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 responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro país antes de la carta política de 1991, se caracteriza por tener un origen pretoriano, pues ante la ausencia, tanto en la Constitución Nacional de 1886, como en la ley, de un principio general de responsabilidad extracontractual del Estado, este instituto fue desarrollado por la jurisprudencia, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de estado, con apoyo en principios constitucionales, en normas especiales que consagran en forma aislada algunos eventos de responsabilidad extracontractual de la administración pública, en las normas del código civil, y particularmente, en la doctrina y la jurisprudencia francesa, etapa durante la cual, esta responsabilidad comprendía únicamente la de la administración pública, pero no así, la de los demás poderes públicos que conforman el Estado.

En relación con el funcionamiento de la administración de justicia, el Consejo de Estado adopto la tesis de la irresponsabilidad del Estado-Juez, aduciendo la ausencia en nuestro país de norma legal que de manera expresa consagrada el derecho de reparación por esta causa, y en la opinión, que el respeto al principio de intangibilidad de la cosa juzgada, impide que las decisiones judiciales sean cuestionadas por otros jueces, pues en su defecto, se pone en entredicho la seguridad jurídica y la paz social, razón por la cual el error judicial es un riesgo que los particulares deben soportar.

La carta política de 1991 estableció en su artículo 90, por primera vez en el ordenamiento constitucional de nuestro país, de manera explícita, un principio general de responsabilidad patrimonial del Estado, tanto de naturaleza contractual como extracontractual, fundamentado en la noción de daño antijurídico, que no se circunscribe exclusivamente a la administración pública,

sino que además incluye la responsabilidad del estado-legislador, así como de los demás órganos autónomos e independientes que hacen parte de la estructura del Estado.

En el daño antijurídico, por cuanto este concepto constituye el fundamento constitucional sobre el que se estructura la responsabilidad patrimonial del Estado, en nuestro país, razón por la cual la privación injusta de la libertad, como título autónomo de la imputación de la responsabilidad patrimonial del Estado, por el funcionamiento de la administración de justicia, tiene por fuente originaria el artículo 90 superior el cual es aplicable, con o sin ley que desarrolle esa forma de responsabilidad en consecuencia, la responsabilidad por privación injusta de la libertad, estructurada en esta noción, no procede del actuar irregular de la autoridad que ordeno la prisión provisional al inculcado – pues el daño antijurídico no supone la sanción de una conducta anormal de la administración- sino que deviene de la constatación, por la exoneración penal posterior de sindicado, que la detención preventiva que le fue impuesta era injustificada.

En el daño especial, al margen de la ilicitud de la conducta de la administración de justicia, con fundamento del rompimiento de igualdad ante las cartas públicas, cuando la sociedad somete a un ciudadano a un sacrificio especial, enviándolo a prisión para procurar el ejercicio del poder punitivo del Estado, el que luego exonera al demostrarse la ausencia de responsabilidad penal, carga que es normal y por tanto se debe tolerar en las personas que incumplen el deber de abstención a las que el orden jurídico les tiene atribuido una pena, a manera de sanción, pues la prisión en este caso, es consecuencia de la propia conducta del autor, pero no así, cuando la persona es sometida a prisión con el fin de facilitar una investigación penal y luego es sobreseída

definitivamente al demostrarse que nada tuvo que ver con el delito investigado en cuyo caso si el inculpado no ha transgredido el orden jurídico que apareja la sanción penal no tiene por qué padecer una carga que es propia de los delincuentes. (Serrano Escobar, 2005, págs. 200-201)¹⁶

“En relación con la responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad, consultar Sentencia de Unificación de 17 de octubre de 2013, Exp. 23354 y sobre responsabilidad objetiva del Estado derivada de la privación injusta de la libertad, sentencia de 26 de marzo de 2008, Exp. 16902,…”MP. Enrique Gil Botero, (Gil, Botero, 2013)¹⁷

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

¹⁶ Serrano, Escobar, Luis Guillermo, “Responsabilidad del Estado por Privación Injusta de la Libertad”, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, Colombia, 2005.

¹⁷ Gil Botero, Enrique, Exp. 23354 Sentencia de Unificación de 17 de octubre de 2013.

Los acuerdos conciliatorios que logren las partes tratándose de los conflictos que conozca o pueda conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, sólo están llamados a surtir efectos a partir de la ejecutoria de la aprobación que le imparta la autoridad judicial competente, para cuyo propósito, entre otros presupuestos (...) si la entidad pública correspondiente decide conciliar, va de suyo en esa decisión que para la propia autoridad no existe duda acerca de su responsabilidad en relación con el daño antijurídico cuya reparación se le 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.(Sentencia 41834,2014)

3.2. PRECEPTOS CONCILIATORIOS EN EJERCICIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Cuando se controvierten derechos disponibles, las personas tienen el poder de renunciar de manera total o parcial sobre los derechos que reclamen, disponiendo de los mismos en forma libre, y de esta manera reducir sus pedimentos según su conveniencia para el caso concreto. Dichas decisiones obedecen a su propia voluntad, la cual debe respetarse, siempre y cuando no atente contra las buenas costumbres (Rodríguez Y, 2013, 28-29) se respete el orden público y no se vulneren derechos de terceros. Siguiendo la sentencia (Concejo de Estado 41.834, 2013).

Además de los criterios anteriores debe tenerse en cuenta que cuando se trate de conflictos que deba conocer la jurisdicción contencioso administrativa, es necesario que además se verifique

que los intereses estatales no se menoscaben ante un acuerdo conciliatorio que resulte lesivo para el patrimonio público, y hasta tanto no se convalide judicialmente dicho acuerdo, este no producirá efectos.

Para su homologación, no puede desconocerse la autonomía de la voluntad de quienes, involucrados en el conflicto, deciden auto componer sus diferencias, incluso si el particular reduce sus pretensiones económicas aun en demasía a las que inicialmente reclamaba, ya que se trata de derechos patrimoniales y disponibles, sobre los cuales puede incluso desistir.

Si le es admisible el desistimiento de tales derechos, con mayor razón lo es renunciar parcialmente a los mismos, y esta última posibilidad se consuma mediante una transacción o una conciliación, la que se debe someter al control de legalidad, para que el operador de justicia la examine y advierta que en dicho acuerdo no se lesionen los intereses patrimoniales del Estado y que no se transgreda la normativa legal.

Consideramos que la providencia objeto de este análisis no es consecuente con el querer de las partes, quienes solucionan sus diferencias por el camino conciliatorio, poniendo fin a las mismas, aunado a que se cumplieron las exigencias que imponen las leyes de conciliación para asuntos del derecho administrativo (leyes 23 de 1991 y 446 de 1998), cuales son:

1. que existan pruebas que permitan celebrar el acuerdo, es decir que este necesariamente tenga un soporte probatorio;
2. que no se vulnere la normativa legal;
3. que no se lesione el patrimonio público.

Naturalmente que la autonomía de la voluntad¹⁸ tiene las anteriores limitantes, de tal suerte que si ellas no se acatan, generará la improbación del acuerdo conciliatorio, y al contrario, de no ser trasgredidas, habrá de aprobarse, acatando la voluntad que las partes expresaron en el mismo.

El que haya o no posición dominante de una de las partes envuelta en la controversia que se ha de dirimir no implica que el acuerdo conciliatorio no pueda producir efectos, puesto que el particular que reclama sus derechos no está obligado a aceptar la oferta que se le quiere imponer, y tiene plena libertad para negarse a la misma, como también según su libre discernimiento, admitir el ofrecimiento que se le hace.

Con respecto a lo decidido en el auto que improbió el acuerdo de conciliación, se aparta uno de los consejeros que integra la subsección que profiere dicha providencia, al decir:

“... Al ser las partes quienes, de común acuerdo, establecen las bases de su arreglo, en especial el monto por el cual consideran conveniente negociar, no resulta compatible con la finalidad de la conciliación que el juez exija para aprobarlo una cantidad o un porcentaje que, a su juicio, no lesione los intereses del particular y menos teniendo en cuenta que éste a diferencia de la administración pública, tiene la libre disposición de sus bienes, salvo en aquellos casos en que la ley le imponga limitaciones para ello... ”. (RODRÍGUEZ Y,2001).

“Así las cosas, mal puede entrar el juez a definir si el acuerdo es conveniente o no también para el particular...”.

¹⁸ Este principio ha sido definido como: “el poder de las personas, conocido por el ordenamiento positivo, para disponer con efecto vinculante de los intereses y derechos de los que son titulares y por ende crear derechos y obligaciones, siempre que respete el orden público y las buenas costumbres”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil. 2011, 30 de agosto).En: RODRÍGUEZ Y, Camilo A, “Una Aproximación a las Cláusulas Abusivas”, Legis _S.A. Bogotá, 2013.Pgs. 30-31

“No se trata de un caso de posición dominante de la entidad pública..., sino de libre negociación y de conveniencia de los intereses del particular, que solo él puede juzgar...”.

Comparto plenamente la aclaración de voto, pues pudiéndose conciliar pretensiones en acción de reparación directa, que no vayan contra las limitaciones impuestas por la ley, puede el particular accionante aceptar la oferta que el ente estatal le hace, si ella la encuentra conveniente a sus intereses personales, y el operador judicial no puede entrometerse en su fuero interno, absteniéndose de aprobar el acuerdo bajo el pretexto de que la parte fuerte tiene ventajas para imponer soluciones de arreglo, como lo expone la mayoría de quienes integran la subsección que profirió el auto de fecha enero 29 del 2014 materia de análisis.

Aunque la aplicación del “abuso de la posición dominante” al caso es debatible, es incontestable que la Nación no puede abusar de su derecho de negociación en las CONCILIACIONES es el fundamento de ello es la buena fe con que la administración debe conducirse en sus actuaciones. Y el llamado a corregir esas manifestaciones de deslealtad, mediante sus deberes de dirección del proceso, es el juez contencioso-administrativo.

En particular el principio de buena fe, esta consagrados en los artículos de la Constitución Política, en el artículo 1603 del código civil y 871 del código de comercio. Fundamentalmente impone a las personas actuar con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia y responsabilidad.

Al principio de buena fe, se le han reconocido importantes características y funciones. Entre sus características se ha señalado que: a) Tiene un carácter bipolar o doble vía, en el sentido de ser exigible a ambas partes del contrato, y b) debe observarse durante las etapas precontractual, contractual, y pos contractual. De ahí que se denomine “plurifásico”.

Frente a sus funciones son varias las que se ha identificado la jurisprudencia colombiana.

La primera, a la que se refiere los artículos 1603 del código civil y 871 del Código de Comercio, es vista como una función integradora del contrato. De esta función se derivan unos deberes de conducta (información, investigación, claridad, exactitud, secreto y custodia) cuyo cumplimiento contribuye a precisar el contenido y alcance de las obligaciones que emergen de la relación contractual. Una segunda función atribuida al principio de la buena fe es la de limitar la autonomía privada mediante la exclusión de conductas y cláusulas que puedan considerarse de mala fe. En tercer lugar, cumple una función de lealtad y corrección a imponer a las partes tanto en la negociación como en la celebración y ejecución del contrato, la obligación de actuar teniendo en cuenta no solo los intereses propios si no también los de la contraparte. Finalmente como cuarta función el principio de la buena fe sirve para corregir desequilibrios entre las obligaciones de las partes. (Padilla, 2006, Págs. 691-692) (Cubides, 2010, págs. 254-283).

La teoría de las cláusulas abusivas se relaciona irremediamente con el principio de la buena fe al considerarse que la ilusión de una cláusula abusiva implica siempre el desconocimiento de ese principio (Stiglitz y Stiglitz, 1999, pg., 237). En efecto, cuando una persona tiene la potestad de determinar el contenido de un contrato y hace uso de esta prerrogativa para imponer una cláusula que le otorga una atribución exorbitante, ir razonable e injustificada, debe entenderse que dicha actuación no se enmarca dentro de los postulados de honestidad, lealtad y corrección, valores emanados del principio mencionado. Como consecuencia de esto, se considera que el principio de buena fe impone a las partes la prohibición de incluir cláusulas abusivas en sus relaciones contractuales. (Rodríguez, Y:2013 págs.34-37)

Consecuentemente de acuerdo con la sentencia 41834 afirmamos: en estos casos, por el ejercicio de las potestades que le son inherentes, bajo el principio de legalidad, el Estado no es equiparable a un particular. Menos a uno que se comporta según los cánones decimonónicos de la libertad contractual. Presionar a un demandante desgastado a que acepte una oferta de conciliación por la mitad de las condenas, frente a un pleito por privación injusta de la libertad que viene favorable al actor y que, por el precedente judicial, será confirmado en apelación, por supuesto, viola la normativa legal sustancial y procedimental aplicable en materia de buena fe. No es lo deseable en un Estado social de Derecho.

Aquí, el Consejo de Estado introduce un criterio de equidad que limita la autonomía privada y consolida los rasgos diferenciadores del derecho público frente al privado. En especial, la obligación de la administración de hacer efectivos los derechos de los asociados, entre ellos la indemnización integral por los daños antijurídicos que cause. Esta posición fue objeto de unificación, por Sala Plena de la Sección Tercera, mediante Auto de 28 de abril de 2014 (Rad. No. 41834).

No es una exageración afirmar que la nueva postura de la Sección Tercera es una derogación tácita de la conciliación, al menos como la conocíamos hasta hoy. La prosperidad de estos acuerdos exige una brecha de negociación entre lo que el reclamante está dispuesto a recibir y lo que el demandado está dispuesto a pagar, con fundamento, entre otras, en la valoración de la exposición al riesgo, que solo cada parte puede realizar. Por eso lo que hace el Consejo de Estado es, de entrada, un grave error: al señalar unos porcentajes estandarizados para la negociación, a espaldas de la brecha que, en cada caso, tienen las partes, condiciona el proceder de los negociantes, quienes no podrán llegar a un acuerdo cuando su brecha, a pesar de existir, no se sujete a los parámetros indicados.

Además, esta postura: 1°. Priva de su libertad de negociación a los intervinientes: es una paradoja, pero, en su ánimo por defender la autonomía de la voluntad, señala unos umbrales de negociación, con lo cual obnubila dicha autonomía. 2°. Fomenta la inseguridad jurídica: al incorporar la valoración subjetiva del juez, le resta certeza a los acuerdos, lo que desincentiva su celebración. 3°. Carece de claridad sobre su alcance: aunque el Consejo dice que se trata de parámetros indicativos, los aplica con fuerza vinculante. 4°. No es jurídicamente precisa: se aplican indiscriminadamente institutos del derecho del consumo a una figura que no necesariamente encaja en esta categoría.

3.3. ANALISIS FOCAL SOBRE ADMINISTRADORES DE JUSTICIA

Que el artículo 209 de la Constitución Política consagra que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y debe desarrollarse con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Que así mismo, el artículo 90 de la Constitución Política consagra como una herramienta de protección y defensa de los intereses públicos, el deber de repetir cuando el Estado sea condenado a la reparación patrimonial de los daños antijurídicos que le sean imputables como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo.

Que de igual manera, el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 establece que las entidades y organismos de derecho público del orden nacional, departamental, distrital y de los municipios capital de departamento y los entes descentralizados de estos mismos niveles deben integrar un

Comité de Conciliación, los cuales tienen la función de orientar las políticas de defensa de los intereses públicos de cada entidad.

Que el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, por la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia, dispuso como requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción contencioso administrativa el adelantamiento de la conciliación extrajudicial, cuando se trate del ejercicio de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan.

3.4. LA CALIFICACION DE LA POSICIÓN DOMINANTE ANTE LA ADMINISTRACION DEL ESTADO.

Toda actividad que desarrolla el Estado está encaminada a la consecución de los cometidos estatales que no son otros que la prestación de los servicios a la comunidad o en términos de la nueva constitución garantizar la prestación de los mismos. Toda su actividad se manifiesta mediante actos, hechos, la cual se debe cumplir con estricta sujeción al ordenamiento constitucional y legal, para ello se le dota, a su vez de privilegios que le aseguran su cumplimiento como la presunción de legalidad de sus actos y la ejecutoriedad de los mismos.

Y en los diferentes campos en que actúa, cuando es el cumplimiento de funciones, lo hace dotado de los poderes que le permiten manejar el orden público y obtener el bienestar común de los asociados, y se le faculta para dejar a un lado el pie de la igualdad con lo actuarían los

particulares, manifestando su exorbitancia como por ejemplo, con la declaratoria de la caducidad de un contrato, la posibilidad de aplicación de multas, la efectividad de la cláusula penal, el poder impugnar actos sin tener que hacer depósitos previos, etc., actividades todas, que debe realizar ajustado a la normatividad. (Palacio Hincapié: 2006, pag 29).

La actividad que desarrolla el Estado está limitada por dos principios: El de legalidad, en virtud de cual toda actuación de la administración está sometida al ordenamiento jurídico que la regula (Artículos 3 y 6 La Constitución Nacional.) y El de responsabilidad, que conlleva a la obligación de indemnizar al perjudicado cuando su actuación no se ajusta a la legalidad o cuando a pesar de estarlo, con ella se causa un perjuicio. Ambos principios, a su vez, son las garantías para la protección del administrado, pues el no cumplimiento conlleva a que el acto sea declarado nulo, y a que la administración asuma la consecuencia de ello, y por tanto, se declare la responsabilidad que no solo pueda recaer contra el Estado sino también contra el funcionario que con su actuación haya sido causante del daño, pero siempre que en este evento su conducta pueda calificarse como dolosa o de culpa grave (artículo 90 de la constitución nacional; 77,86 del decreto 01 de 1984).

La efectividad de las Garantías del administrado frente a la actuación del Estado, se obtiene mediante el ejercicio de los controles, los cuales hacen que la actividad administrativa se cumpla, dentro del marco de la legalidad existente o que someta a las sanciones derivadas de la responsabilidad que le es propia.

Los controles pueden ser: políticos, sociales, y jurídicos. El control político se cumple a través del congreso, el control social se ejerce por los grupos de presión como sindicatos, grupos

económicos las comunidades religiosas etc., Los Controles jurídicos se manifiestan por dos vías:

a) mediante el ejercicio de los recursos ante la misma administración llamados recursos de la vía gubernativa. b) acudiendo al ejercicio de las acciones contencioso administrativas, ante la autoridad jurisdiccional.

Los controles jurídicos tiene como finalidad, en primer lugar, el mantenimiento de la legalidad, el sometimiento a las normas que rigen para cada actuación y, segundo lugar la preservación y restablecimiento del derecho subjetivo que haya sido vulnerado o este amenazado.

La administración debe ajustarse a la reglamentación que regule su actividad, cualquiera que sea el origen de aquella, aspecto que obliga al respeto de la norma que ella misma u otro organismo superior haya expedido. De ahí que los ordenamientos que se expiden por el mismo órgano para regular su actuación (reglamentos) deben ser acatados y toda violación de los mismos acarrea la nulidad del acto expedido en contravención de lo ordenado, por la ilegalidad, aspecto este que supera la posición inicial de nuestra jurisprudencia que consideraba en estos casos una derogatoria tacita del reglamento que para el efecto había expedido el órgano que así actuó; casos típicos de esta hipótesis eran estatutos de contratación que se expedían los entes descentralizados con las formalidades a las cuales deseaba ajustar su conducta contractual, adicionales del estatuto nacional, También lo son los reglamentos que expiden los órganos administrativos colegiados, consejo, asamblea, para reglamentar su actividad.

El ejercicio de las acciones contante actos permite el control de toda la actividad de la administración desarrollada mediante actos, hechos u omisiones u operaciones administrativas en procura de extraer del ordenamiento jurídico, aquellos actos de la administración expedidos con

su violación y resarcimiento de los perjuicios, en los eventos que esta actividad haya causado un desmedro patrimonial al administrado. También para obtener directamente la indemnización de perjuicios cuando un hecho una omisión o una operación administrativa haya sido la causa del daño.

La ley 446 del 1998 que reformo el decreto 01 de 1984 y estableció las normas sobre la eficacia y descongestión de la justicia no consagro la obligación que existe, en otros ordenamientos, de acudir primero a la administración a obtener un pronunciamiento antes de acudir a los tribunales, pero en algunos casos como en materia laboral y de familia estableció un requisito de procedibilidad para acudir a la vía judicial, cual es la conciliación ante las autoridades administrativas del trabajo o ante los centros de conciliación habilitados, en primer caso, y ante los mismos jueces o ante otros funcionarios.

La conciliación prejudicial en materia contencioso administrativa puede surtirse ante el agente del Ministerio Público asignado al juez o corporación competente para conocer de la acción, o ante los Centros de Conciliación autorizados por el Gobierno Nacional. En este último caso la ley prevé la asistencia del correspondiente Procurador Judicial, quien en el evento de no asistir a la respectiva audiencia tiene la facultad de homologar el acuerdo o de solicitar la homologación judicial ante el respectivo juez (arts. 79 ley 446 de 1998 y 60 de la ley 23 de 1991 modificado por el artículo 80 de la precitada ley 446)¹. La providencia objeto del recurso de apelación contiene la reducción del valor conciliado, con fundamento en que la suma acordada entre las partes es lesiva para los intereses de la Administración. Si se tiene en cuenta que “aprobar”, en términos semánticos, consiste en “Calificar o dar por bueno o suficiente algo o a alguien”; en tanto que “modificar” es “Limitar, determinar o restringir las cosas a cierto estado en que se singularicen y distingan unas a

otras. Reducir las cosas a los términos justos, templando el exceso o exorbitancia. Transformar o cambiar una cosa mudando alguno de sus accidentes.” Cabe concluir que la decisión contenida en el auto apelado se traduce en una modificación de la conciliación prejudicial a que llegaron las partes. 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 entre partes 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. La Sala concluye, como lo hizo el Tribunal, que el acuerdo conciliatorio a que llegaron las partes resulta lesivo para la administración, puesto que mediante el análisis de referidos medios de prueba aportados al trámite conciliatorio no se deduce claramente la existencia y monto de la obligación que es objeto de conciliación. Debe tenerse en cuenta que el juez, ante quien se somete a consideración el acta donde consta el acuerdo conciliatorio, debe realizar las valoraciones correspondientes que le permiten concluir si la conciliación se ajusta a la ley y si refleja favorabilidad cuantitativa para la administración y solo puede avalar la conciliación prejudicial cuando de manera contundente y clara aparezcan cumplidos los supuestos jurídicos de aprobación del acuerdo conciliatorio, dentro de los cuales cabe resaltar los relativos a que el acuerdo no resulte abiertamente inconveniente o lesivo para el patrimonio de la administración y a que los derechos reconocidos estén debidamente respaldados por las probanzas que se hubieren arrimado a la actuación. Si bien es cierto que la filosofía de la conciliación prejudicial se identifica con la descongestión de la administración de justicia y con la prevención de los litigios judiciales, no lo es menos que el juez ante quien se somete el acuerdo para su aprobación, debe establecer que sea legal y conveniente para la administración.

3.5. RELACIÓN JURÍDICA DE LA POSICIÓN DOMINANTE Y EL ABUSO DEL DERECHO.

La figura del abuso del derecho está reconocida de la constitución colombiana el cual establece, como uno de los deberes del ciudadano el “respetar los derechos ajenos y abusar de los propios”. Desde el punto de vista legal su consagración aparece en el no define el abuso del derecho, se establece una responsabilidad derivada de este:” el que abuse de sus derechos, está obligado a indemnizar los perjuicios que cause”.

La Corte Suprema de Justicia ha reconocido que el abuso del derecho constituye una limitante frente a la actividad contractual de las personas, explicando que todo derecho o prerrogativa, viene acompañado, al mismo tiempo contraprestaciones, cargas y responsabilidades para lo que implica para todo titular de un derecho la obligación de no abusar de este.

“El abuso del derecho ha sido abordado por la doctrina desde tres puntos de vista: subjetivo, objetivo, (también denominado finalista o funcional) y mixto. Desde el punto de vista subjetivo existe abuso del derecho cuando el titular de un derecho subjetivo lo ejercita con el propósito o intención de perjudicar o dañar a otro, desde el punto de vista objetivo se abusa de un derecho cuando este se ejerce con una finalidad o función distinta a la que por naturaleza le corresponde. Finalmente el punto de vista mixto combina los dos anteriores al entender que ay abuso de un derecho cuando este se ejercita desviándose de su función o finalidad y además con una función ilegítima, ” (Ordoqui 2010, Págs., 53-65).

En Colombia, la jurisprudencia y la doctrina han acogido los puntos de vista subjetivo y objetivo. El abuso del derecho envuelve los siguientes elementos: a) la existencia de una prerrogativa de origen legal o contractual, es decir, un derecho reconocido por la ley o por un contrato, b) El ejercicio del mencionado derecho con el propósito de dañar a otro o con una finalidad distinta a la que le corresponde, consecuentemente con esto, puede afirmarse que existe abuso del derecho que es titular de un prerrogativa reconocida por la ley o por un contrato la ejerce con la finalidad de causar daño a otra, o con el objetivo diferente de que dicha facultad tiene por esencia. En el campo contractual la jurisprudencia identifica como una situación constitutiva del abuso del derecho el insertar cláusulas abusivas en un contrato, específicamente se ha entendido que una cláusula de este tipo constituye o representa de la libertad contractual.

Es muy importante entender que la teoría de las cláusulas abusivas no tiene como objetivo proteger a una parte del contrato ante la celebración de un mal negocio, o simplemente sancionar la existencia de una desigualdad en el poder de negociación; lo que realmente busca es castigar el ejercicio abusivo de la libertad contractual.

Finalmente debe agregarse, como se explica más adelante, que la imposición de las cláusulas abusivas, además de representar un abuso de la libertad mencionada, constituye un abuso de la posición dominante.

Se habla de posición dominante se debe establecer la diferencia entre la que se presenta en el mercado de la que tiene ocurrencia en el contrato. La primera tiene lugar cuando un agente

económico se encuentra facultado para establecer las condiciones del mercado, sin tener en cuenta a los demás partícipes de este (Velandia, 2011, pg. 166); mientras que la posición dominante desde la perspectiva de la relación contractual es “aquella condición jurídico-económica que dadas las especiales características del caso, sitúa a uno de los contratantes en condiciones de superioridad en la relación jurídica, tanto en su celebración como en su ejecución.

Una clara expresión de la posición dominante en el campo contractual se encuentra en el ámbito de los servicios públicos y de la actividad financiera. La ley 142 de 1994, en su artículo 14, atribuye a las empresas de servicios públicos una posición dominante frente a sus usuarios, lo que también la jurisprudencia en el caso de las entidades financieras.

La posición dominante no se castiga de manera automática. Ella sola no constituye motivo suficiente para la imposición de una sanción. Un agente económico no puede ser sancionado por el solo hecho de conseguir una posición dominante en el mercado gracias al éxito conseguido con el desarrollo de su actividad económica. Igualmente tampoco tiene por qué ser castigado cuando establece de manera unilateral las cláusulas de los contratos que celebra. En donde si existe plena justificación para la imposición de sanciones, es en aquellas situaciones que involucran un abuso de la posición dominante, es decir, cuando la parte que ostenta o disfruta de una posición privilegiada la utiliza para afectar la competencia en el mercado o para fortalecer su posición contractual de manera injustificada.

La posibilidad de un abuso de la posición dominante en una relación contractual fue reconocida por la Corte Suprema de Justicia en 1994. En aquel momento señaló:

“Un ejemplo sin duda persuasivo de la clase de comportamientos irregulares 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 el 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, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación” .

De esta manera la jurisprudencia ha dejado sentado que la imposición de cláusulas abusivas en el contrato, por parte de quien disfruta de una posición de dominio, constituye o representa un abuso de esta. Por lo tanto, quien ostenta una posición de dominante en la relación contractual debe abstenerse de incluir cláusulas abusivas que lo coloquen en una situación privilegiada frente a la parte débil.

Finalmente, en relación con la posición dominante, es importante dilucidar si la doctrina de las cláusulas abusivas puede aplicarse en los contratos celebrados entre comerciantes. Lo anterior, en razón a que estas cláusulas normalmente aparecen dentro de contratos de consumo, caracterizados por su celebración adhesiva y el desequilibrio en el poder de negociación de las partes. La respuesta ha de ser positiva o, en otras palabras, debe aceptarse de declarar como abusivas las cláusulas de un contrato en el que ambas partes son comerciantes (GUAL, 2009, pág. 37); (Suescun, 2009 Pág.5). Muchas veces se ha dicho que estos comparten un poder de negociación y sofisticación similares, como también un adecuado conocimiento y habilidad para distribución de sus riesgos en el contrato aseveración que sirve para descartar la presencia de cláusulas abusivas dentro de contratos celebrados entre comerciantes. Sin embargo la jurisprudencia norteamericana ha reconocido que aun los grandes empresarios pueden encontrarse en una situación de inferioridad en consideración a la posición de la otra parte contratante y

circunstancias que rodean el acuerdo. Luego, los comerciantes sean pequeños, medianos o grandes, también pueden verse afectados por cláusulas abusivas en sus relaciones contractuales.

En el derecho colombiano, la jurisprudencia arbitral no ha tenido inconveniente en aplicar la doctrina de cláusulas abusivas a los contratos celebrados entre empresarios. Un ejemplo es el caso de Adriana María Calderón Palacio Vs Cafesalud medicina Prepagada S.A. en donde se clasificaron como abusivas algunas cláusulas de un contrato de suministro de servicios en el que ambas partes eran comerciantes lo mismo hizo el tribunal de arbitramento del caso Punto Celular Ltda. Comunicación Celular S.A.-Comcel S.A., al resolver un litigio sobre un contrato mixto que envolvía prestaciones propias de un contrato de agencia y un contrato de suministro para la distribución.

Referencias

Consejo de Estado, 2014, sentencia 41834

Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil. 2011, 30 de agosto.

Congreso de la República. (18 de enero de 2011). *Ley 1437*. Obtenido de Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Recuperado de Alcaldía Mayor de Bogotá:

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Comisión de Reforma al Código Contencioso Administrativo. (17 de 11 de 2009). Proyecto de Ley Nuevo 198 de 2009 "por la cual se expide Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Congreso de la República de Colombia. (2 de 01 de 1984). Decreto 01 de Enero 2 de 1984 "Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo" - Decreto Derogado Por el artículo 309 (Inc.1º) de la Ley 1437 de 2011 . Bogotá D.C., Colombia.

CUBIDES Camacho, Jorge, "Los Deberes de la Buena Fe Contractual" Volumen 4 de realidades y tendencias del Derecho en el siglo XXI, 247- 285, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Editorial Temis, 2010.

GUAL ACOSTA, José Manuel "El Control Sobre Las Cláusulas Abusivas, Un Régimen En Evolución", Revista IUSTA 30, Enero a Junio, 2009,);

LONDOÑO PINZÓN, Daniel "*Posición Dominante del mercado en Colombia*" de la Universidad Javeriana Pontificia de Colombia, autor publicado año 2001.

ORDOQUI CASTILLLA, Gustavo, "Abuso del Derecho" segunda edición, Pontificia Universidad Javeriana, Universidad Católica del Uruguay, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2010

PADILLA SAHAGUN, Gumecindo, "La Buena fe Como Elemento de Integración jurídica en América Latina", En: Derecho Civil y Romano. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados de Jaime Adame Godard, México Universidad Nacional autónoma de México, 2006.

PALACIO HINCAPIE, Juan Ángel, “Derecho Procesal Administrativo”, Sexta Edición, Librería Jurídica Sánchez R, LTDA. Medellín, Colombia. 2006

RODRÍGUEZ Y, Camilo A, “Una Aproximación a las Cláusulas Abusivas”, Legis S.A. Bogotá, 2013.

GIL BOTERO, Enrique, Expediente. 23354 Sentencia de Unificación de 17 de octubre de 2013.

SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo, “Responsabilidad del Estado por Privación Injusta de la Libertad”, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, Colombia, 2005.

STIGLITZ, Gabriel A., y Rubén S. STIGLITZ, “Contratos por Adhesión, Cláusulas Abusivas y protección al consumidor”, Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1985

(SUESCUN De ROA, Felipe, “Control Judicial de las Cláusula, Abusivas en Colombia, Una Nueva Causal De Nulidad, Revista de Derecho Privado 41, 2009).

CONCLUSIONES

Las entidades públicas (Fiscalía General de la Nación), dentro de su libertad dispositiva en la conciliación, en acciones de reparación directa, por hechos en los que son responsables y que, en su condición de su fuero especial, no deben abusar de su posición dominante, para disminuir la reparación consagrada en la Constitución y la ley colombiana, en detrimento de las víctimas de sus acciones, en los acuerdos conciliatorios, toda vez que cualquier iniciativa de este tipo, viola principios constitucionales y legales, por lo tanto devienen inconstitucionales sus normas, o ilegales.

Los operadores judiciales de acuerdo con su potestad en el control de legalidad de los acuerdos conciliatorios que se realizan con las entidades públicas (Fiscalía General de la Nación), poseen atributos especiales para revisar la actuación conciliatoria a la luz de la Constitución y las leyes colombianas, en particular el ejercicio del poder de negociación de dichas entidades.

El periodo en referencia fue crucial debido a emisión de la sentencia que unifico jurisprudencia, en la cual se establecen parámetros para el procedimiento en casos de reparación directa sobre conciliación que evita el abuso de la posición dominante por parte de entidades que aprovechando su condición quieran hacer uso de medidas que favorezcan su poder de negociación en detrimento de la parte débil.

Los contratos mercantiles poseen lineamientos de buena fe, conservación de las buenas costumbres y practicas legales que se asemejan a cualquier contrato jurídico que se amparan por la sentencia en estudio, la cual favorece las instancias en posición de desventaja o mal llamadas débiles, ante entidades que por estructura tienen el poder de negociación.

BIBLIOGRAFIA

ALMONICID S. Juan Jorge y GARCIA L. Nelson Gerardo, Derecho de la Competencia: Abuso de la posición Dominante, Competencia Desleal, Uso Indevido de información privilegiada. Bogotá: Ed. Temis, 1998.

ASTESIANO, Gastón, "La Doctrina de las facilidades esenciales en los Estados Unidos de Norteamérica y su recepción en el Derecho argentino. Una primera aproximación" .

ARCHILA, Emilio José. Apuntes Sobre Integraciones Empresariales y Competencia, En: Estadios de Derecho Comercial. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1993.

Asamblea General de las Naciones . (10 de 12 de 1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*.

Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana . (2 de 5 de 1948). Declaracion Americana De Los Derechos Y Deberes Del Hombre.

Asamble Nacional Constituyente . (4 de 6 de 1991). *Constitucion Politica de Colombia*.

BUSTOS, RAMIREZ, Yudi Dayana y MORENO GUZMAN, Gerardo Andrés, Evolución Jurisprudencial del Concejo de Estado sobre la responsabilidad del Estado como consecuencia de la Fiscalía General de la Nación por privación injusta de la libertad en Colombia años 1992-2007. Universidad La Gran Colombia, Tesis de Grado.2010.

CATRÓN SILO, Jimena (2001), "Cobro de tarifas por uso de red de cajeros enciende disputa en (Consejo de Estado, 2014, sentencia 41834).

CONGRESO DE LA RÉPUBLICA DE COLOMBIA. (12 de 7 de 2012). "Ley 1564 de Julio 12 de 2012 - ""Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposición es."" . Bogotá D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (01 de 10 de 2012). Decreto Ley 019 de Enero 10 de 2012 "Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y Tramites innecesarios existentes en la Administración Publica". Bogotá D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (27 de 6 de 2013). "Ley 1365 de 2013 Por el cual se reglamentan algunas disposición es de la Ley 1564 de 2012,. Bogotá D.C. , Colombia.

Congreso de la República. (18 de enero de 2011). *Ley 1437*. Obtenido de Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Recuperado de Alcaldía Mayor de Bogotá:

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Comisión de Reforma al Código Contencioso Administrativo. (17 de 11 de 2009). Proyecto de Ley Nuevo 198 de 2009 "por la cual se expide Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Congreso de la República de Colombia. (2 de 01 de 1984). Decreto 01 de Enero 2 de 1984 "Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo" - Decreto Derogado Por el artículo 309 (Inc.1º) de la Ley 1437 de 2011 . Bogotá D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (29 de 12 de 1998). Ley 489 de Diciembre 29 de 1998 "Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del

orden Nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los nu. Bogotá D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (12 de 7 de 2010). Ley 1395 de Julio 12 de 2010 "Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial". Bogotá D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (12 de 7 de 2012). "Ley 1564 de Julio 12 de 2012 - ""Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.""". Bogotá D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (01 de 10 de 2012). Decreto Ley 019 de Enero 10 de 2012 "Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y Trámites innecesarios existentes en la Administración Pública". Bogotá D.C., Colombia.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, (C-832 de 2001)

CUBIDES Camacho, Jorge, "Los Deberes de la Buena Fe Contractual" Volumen 4 de realidades y tendencias del Derecho en el siglo XXI, 247- 285, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Editorial Temis, 2010.

HUMPE, Christophe; RITTER, Cyril, *Refusal to deal, Brussels*, Global Competition Law Centre, Julio, 2005, p. 32.

JIMÉNEZ LATORRE, Fernando; CAÑIZARES PACHECO, Enrique, "Dificultades para la definición del mercado relevante", informe preparado para el *Segundo Seminario de*

Derecho y Economía de la Competencia, organizado por la Fundación Rafael del Pino, Madrid, 18/10/2005.

LEAL, P. Hildebrando, diccionario jurídico, Leyer Editores, tercera edición Bogotá, Colombia, 2012, 107pg).

LONDOÑO PINZÓN, Daniel “*Posición Dominante del mercado en Colombia*” de la Universidad Javeriana Pontificia de Colombia, autor publicado año 2001.

LOPEZ Z, Sergio Andrés “La condición jurídica del particular que ejerce funciones públicas y su responsabilidad penal” REVISTA PRINCIPIA IURIS N°.21, 2014.

MADRID-MALO, Mario, Diccionario Básico de términos Jurídicos, Legis Editores S.A. Bogotá, Colombia, 1998.

MESSINEO, Francesco, “Doctrina General del Contrato”, Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-América, 1952.

MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. Abuso de la Posición Dominante: Perspectiva de la Aplicación en Colombia a la Luz del Derecho Comparado, Seminarios 5. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, Universidad Javeriana, página 48.

MONTT RETTIG, Paulo y NEHME ZALAUQUETT, Nicole (2009), "Conductas exclusivas y libre competencia: El caso de la negativa de venta en presencia de instalaciones esenciales", *Anales de Derecho Universidad Católica* 5.

MORANDÉ, Felipe y DOÑA, Juan Esteban (2011), *Libre competencia y regulación: Estudio de casos*, Santiago, Universitaria.

ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, "Abuso del Derecho" segunda edición, Pontificia Universidad Javeriana, Universidad Católica del Uruguay, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, , 2010

OSORIO VILLEGAS, Angélica María "Conciliación mecanismo alternativo por excelencia, Tesis de Grado, Universidad Javeriana, Bogotá 2002.

PADILLA SAHAGUN, Gumecindo, "La Buena fe Como Elemento de Integración jurídica en América Latina", En: *Derecho Civil y Romano. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados* de Jaime Adame Godard, México Universidad Nacional autónoma de México, 2006.

PALACIO HINCAPIE, Juan Ángel, "Derecho Procesal Administrativo", Sexta Edición, Librería Jurídica Sánchez R, LTDA. Medellín, Colombia. 2006

PASCUAL Y VICENTE, Julio (2001), "Abuso de posición dominante en mercados conexos: Doctrina reciente del Tribunal de Defensa de la Competencia", *Anuario de la competencia*, Marcial Pons, Madrid.

PELLISÉ, Jaume (2002), *Mercado relevante, posición de dominio y otras cuestiones que plantean los artículos 82 TCE y 6 LEDC*, Navarra, Aranzadi.

PELLISÉ, Jaume (2002), *"La Explotación Abusiva de una Posición Dominante (Arts. 82 TCE y LEDC)*, Madrid: Civitas Ediciones.

PEÑA, Miguel, y RAMOS, Ana (2001), "Doctrina de los recursos esenciales en la Unión Europea y España, caso Móvil pago", *Anuario de la competencia*, Marcial Pons, Madrid.

PITOFISKY, Robert, *The Essential Facilities Doctrine under United States, i"* (2002). Georgetown Law Faculty Publications and Other Works. 346.

PINZÓN, Carlos Enrique, (2014), "El Procesamiento del Medio de Control de la Reparación Directa", Stilo Impresiones Ltda. Bogotá Colombia 2014.

PRATO RAMÍREZ, Luisa Jackeline, "La Responsabilidad Del Estado Por La Privación Injusta De La Libertad En Colombia", Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora Del Rosario Facultad de Jurisprudencia Maestría En Derecho Administrativo Bogotá D.C. 2016

RAYA IBÁÑEZ, Álvaro, "Doctrina de las Facilidades Esenciales en los fallos del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia", *Novoa & Araya Abogados Limitada, Serie notas y artículos de interés* Número 1, septiembre 2011.

RENCORET GUTIÉRREZ, Pedro (2010), *La Doctrina de las facilidades esenciales ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia* (Memoria para adquirir el grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales), Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Económico, Santiago.

RODRÍGUEZ ENCINAS, Ana; MARTÍNEZ CORRAL, Borja, *El Abuso de Posición de Dominio: situación actual y evolución previsible* artículo publicado en la Revista de Empresa, publicación del Estudio de Abogados Uría Menéndez, N° 16, Abril-Junio 2006, Madrid.

RODRÍGUEZ Y, Camilo A, “Una Aproximación a las Cláusulas Abusivas”, Legis S.A. Bogotá, 2013.

SERRA, Pablo, "Las facilidades esenciales en la doctrina de los organismos de competencia chilenos", trabajo preparado para la Conferencia *Competition Policy in Infrastructure Services*, organizada por la División de infraestructura y Mercados Financieros del Banco interamericano de Desarrollo, (2001).

SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo, “Responsabilidad del Estado por Privación Injusta de la Libertad”, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, Colombia, 2005.

SMITH, Adam, *Investigación sobre la naturaleza y causa de las riquezas de las naciones*, Décimo quinta reimpresión en español año 2006, Fondo de Cultura Económica, México, D.F.

STIGLITZ, Gabriel A., y Rubén S. STIGLITZ, "Contratos por Adhesión, Cláusulas Abusivas y protección al consumidor", Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1985.

(SUESCUN de ROA, Felipe, "Control Judicial de las Cláusulas Abusivas en Colombia, Una Nueva Causal De Nulidad, Revista de Derecho Privado 41, 2009).

TOVAR MENA, Teresa (2006), *Derecho de la Competencia y Telecomunicaciones*, Lima, ARA Editores.

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, "Sentencias numeradas 1-12"

VALDÉS PRIETO, DOMINGO (2010), *Libre competencia y monopolio*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

VILLAR ROJAS, Francisco José (2005), *Las instalaciones esenciales para la competencia*, Granada: Comares.

WALLER, Spencer Weber y TASCH, William (2010), "Harmonizing Essential Facilities", Loyola University Chicago, 76 Antitrust L.J.3.

SERRA, Pablo (2001), "Las facilidades esenciales en la doctrina de los organismos de competencia chilenos", trabajo preparado para la Conferencia *Competition Policy in Infrastructure Services*, organizada por la División de infraestructura y Mercados Financieros del Banco interamericano de Desarrollo, disponible en <http://ideas.repec.org/p/edj/ceauch/104.html> .

SMITH, Adam, *Investigación sobre la naturaleza y causa de las riquezas de las naciones*, Décimo quinta reimpresión en español año 2006, Fondo de Cultura Económica, México, D.F.

TOVAR MENA, Teresa (2006), *Derecho de la Competencia y Telecomunicaciones*, Lima, ARA Editores.

VALDÉS PRIETO, Domingo (2010), *Libre competencia y monopolio*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

VILLAR ROJAS, Francisco José (2005), *Las instalaciones esenciales para la competencia*, Granada: Comares.

ANEXOS

POSICIÓN DOMINANTE DEL COMITÉ DE CONCILIACIÓN DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, EN RELACIÓN CON LOS FALLOS DE PRIMERA INSTANCIA (2013 - 2014).

ANEXO No. 1 ENTREVISTA

Hola buenos días me encuentro con el Doctor Carlos Ramírez Fiscal delegado, buenos días Doctor hoy hablaremos de la posición dominante del comité de conciliación de la fiscalía general de la nación en relación con los fallos de primera instancia (2013 - 2014).

1. Pregunta número uno Doctor ¿Qué es el Comité de Conciliación de la Fiscalía General de la Nación?

R/ Ante todo no te puedo dar información de la fiscalía a la cual pertenezco tu entenderás porque este es un tema que lo maneja bastante el comité de conciliación del cual yo no soy parte pero yo si tengo, digamos soy un asesor si para las personas que estén en el comité de la fiscalía general de la nación me estás diciendo en que consiste el comité de conciliación de la fiscalía general de la nación te voy a decir que el comité de conciliación de la fiscalía General de la Nación es una instancia administrativa que actúa como sede de estudio análisis y formulación de políticas sobre prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la entidad igualmente ya para pues tu entenderás estos son temas de que se podrían hablar horas y horas entonces te voy a relatar un tiempito para hacerla lo que más conciso se pueda igualmente te quiero contar que este comité

decidirá en cada caso específico sobre la procedencia de la conciliación o cualquier otro medio alternativo de solución de conflictos con sujeción estricta de las normas jurídicas sustantivas procedimentales y de control vigentes esto es lesionando el patrimonio público la decisión de conciliar tomada de los términos anteriores no da lugar a investigaciones disciplinarias ni fiscales ni en el ejercicio de repetición contra sus miembros es decir para concretar más o menos la idea hay una resolución la 03140 del 22 de noviembre del 2011 donde se adecuo la organización del comité de conciliación de la fiscalía general de la nación a la normatividad y a la estructura orgánica de la entidad eso te podría decir así a grandes rasgos en que consiste el comité.

2. Pregunta número dos. Muchas Gracias Doctor ¿Cuáles son las directrices internas para realizar una conciliación?

R/ Bueno para darte respuesta en esto tenemos que irnos a la norma y hay una resolución la 181 del 2014 en el artículo segundo y esta es clara y nos informa que dice que el comité de conciliación de la fiscalía general de la nación debe aplicar de manera rigurosa los principios de la función administrativa contenidos en el artículo 209 de la constitución política y en ese sentido está obligado a tramitar las solicitudes de conciliación y de más asuntos propios a las funciones asignadas con eficacia, economía, celeridad, moralidad imparcialidad y publicidad.

De igual manera te quiero agregar a la pregunta que hiciste de las directrices internas para realizar una conciliación que hay que remitirla al artículo 209 de la carta política de la constitución nacional que habla de la función administrativa que está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con unos principios que es el de igualdad, moralidad, eficacia, economía, seguridad e imparcialidad publicidad mediante la delegación de funciones.

3. Pregunta número tres Doctor ¿quiénes conforman el Comité de Conciliación de la Fiscalía General de la Nación?

R/Para darte la respuesta tenemos que irnos a la resolución 181 de 2014 en el artículo tercero que es el que dice que el comité de conciliación de la fiscalía general de la nación estará integrado por los siguientes funcionarios que concurran con voz y voto y que sean miembros permanentes, primero el fiscal general de la nación junto con su delegado quien lo presidirá es decir él es la persona encargada de presidir el comité el director nacional de apoyo con su delegado en calidad de ordenador del gasto, el director jurídico de la fiscalía general de la nación un asesor de la dirección nacional de fiscalías nacionales especializadas y por ultimo un asesor de la dirección nacional de seccionales de dirección y seguridad ciudadana igualmente para aclararle la participación de estas personas que acabo de enunciar será indelegable salvo la excepción prevista en el primer numeral es decir el fiscal general de la nación si no puede asistir enviara a su delegado.

4. Pregunta número cuatro Muy bien Doctor ¿Cuándo el fallo de Primera Instancia en relación a la Reparación Directa, proferido por los Juzgados o Tribunales es favorable para el particular, ustedes acatan dicha providencia, al realizar los acuerdos por el comité de conciliación de esta Entidad o proponen formulas inferiores al del fallo?

R/ Haber para hacerte una aclaración este es un tema ya muy especializado de derecho y cuando el fallo es de primera instancia y el apoderado de quien solicita el derecho o la victima convoca a conciliación con la fiscalía general de la nación esta se hará y se escuchará la convocante

y sobre su pretensión se hará un ofrecimiento una vez estudiado en el comité estamos hablando que es una primera instancia para dar terminado el proceso por no ofrecer y esperar el fallo de segunda instancia que sucede lo corriente es que si es un fallo de primera instancia se escuche al convocante se escucha su pretensión económica y una vez se conozca se lleva al comité para que se discuta de hecho para que puedan entender esto tiene una segunda instancia ya que me están hablando de un fallo de primera instancia se ha dado por un juez administrativo por el tribunal ha habido como una directriz de esperar la segunda instancia.

5. Pregunta número cinco Muy bien Doctor ¿Con que valores el comité de conciliación de esta Entidad ha hecho arreglos con los particulares en relación a la Reparación Directa?

R/ Haber este es otro tema muy especial lo maneja directamente el comité, pero sí le puedo aclarar que desde que el consejo de estado ímprobo una conciliación donde la fiscalía opto por una posición dominante es decir entro haciendo un ofrecimiento inferior al solicitado por la víctima se ha venido teniendo cuidado con ese tema y lo aconsejable y prudente y las directrices dadas por el comité es hacer una evaluación técnica para hacer los ofrecimientos.

6. Pregunta número seis. Gracias Doctor ¿Cuántos fallos de primera instancia en relación a la Reparación Directa, se han conciliado por este comité acatando lo ordenado por dicho fallo?

R/ A la pregunta le puedo decir que la política de la fiscalía general de la nación para el comité es dada por el fiscal general de la nación y estas han sido uniformes es decir que yo sepa no conozco reparaciones aprobadas por el comité de fallo de primera instancia remitiéndome a la respuesta que le di anterior.

7. ¿Qué entiende por posición dominante de las Entidades del Estado?

R/ Mi opinión es que esto es un término opresivo es decir que de una u otra manera las entidades del estado son las que pagan a las víctimas y por ser dineros estatales el pago va a hacer el menor pago posible y para ello realizan una mala práctica que venían corrigiendo respetando el debido proceso de sentencias judiciales proferidas por los jueces administrativos o tribunales.

8. Doctor ya para terminar, el número ocho ¿El comité de conciliación de esta entidad ha ejercido la posición dominante frente al particular en relación a los arreglos o acuerdos de estos fallos?

R/ Pues de hecho lo hizo y viene corrigiendo esa postura y se espera que cada vez que se apruebe por parte del comité de la fiscalía general de la nación se haga una negociación de las artes sin que se intimide de parte de las fiscalías y el ofrecimiento a realizar sea sustentado jurídicamente para no ofrecer por ofrecer y en ningún momento violar los derechos a las víctimas.

Bueno Doctor le doy muchas gracias pues por su tiempo en esta me despido que este muy bien

R/ Muy bien señorita gracias. CARLOS AUGUSTO RAMIREZ GOMEZ
