

Université Panthéon-Assas

école doctorale de l'Université de Paris II Georges Vedel-Droit
public interne, science administrative et science politiques.

Thèse de doctorat en
soutenue le 20 février 2013

Thèse de Doctorat / février 2013

La conciliation en droit administratif colombien



Université Panthéon-Assas

Verónica PELAEZ GUTIERREZ

Sous la direction de M. Le Professeur Yves Gaudemet

Membres du jury :

- Mme. La Professeur Camille Broyelle.**
Université Panthéon - Assas Paris II
- M. Le Professeur Cyril Grimaldi.**
Université Paris 13 – Nord
Rapporteur
- M. Le Professeur José Luis Benavides.**
Université Externado de Colombia
Rapporteur

AVERTISSEMENT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur .

REMERCIEMENTS

Tous mes remerciements à mon Directeur de thèse, Monsieur le Professeur Yves GAUDEMET, pour sa disponibilité, ses conseils, sa compréhension et sa confiance.

Un grand merci à Monsieur Fernando HINESTROSA, Recteur pour 49 ans de l'Université Externado de Colombia, sans son soutien, ce travail de thèse n'aurait pas vu le jour.

À mes filles, sources infinies d'amour, d'espoir et de courage. Elles m'ont fait comprendre ce qui est véritablement important dans la vie, et m'ont donné la force pour continuer quand les choses n'allaient pas bien.

À ma mère qui m'a appris la persévérance et a fait de moi la femme que je suis. À mon père qui m'a transmis la sagesse et la vocation pour la recherche et l'enseignement. À Juan Carlos, à Zoraida, à Andrés et Andrea, toujours présents. À Nelson qui m'a donné tranquillité et amour, à Alain pour sa disponibilité. À Martha, à Verónica et à Philip, amies pour toujours et à tous ceux qui m'ont aidée et encouragée durant la réalisation de ce travail.

À Valentina et Sara.

Résumé de la thèse

La Colombie a connu une période de transformation au cours des deux dernières décennies. L'adoption de la Constitution de 1991 a entraîné des réformes normatives et institutionnelles ; en particulier, elle a conféré un statut constitutionnel aux modes alternatifs de résolution des conflits, a consacré la tutelle comme mécanisme constitutionnel de protection et un catalogue de droits fondamentaux. Le développement du mécanisme de la conciliation en droit administratif colombien commence dans ce contexte et la volonté du gouvernement s'est clairement exprimée dans les différentes réformes normatives faites depuis 1991 pour la promouvoir. Bien que celle-ci ait été organisée par la normativité en vigueur, son efficacité n'est pas garantie, certains facteurs étrangers aux prescriptions normatives empêchant qu'il en soit ainsi. Elle continue d'être un mécanisme qui n'est pas bien compris par les parties et par le conciliateur. En outre, en droit administratif la conciliation est soumise, d'une part, à des formalités particulières, et d'autre part, à des situations propres à la société colombienne comme la violence, l'inégalité sociale et la corruption qui ont des conséquences directes sur son bon fonctionnement, et qui ont justifié les formalités auxquelles elle est soumise pour protéger le patrimoine public. La normativité en vigueur et les dernières réformes en matière de conciliation cherchent à ce que la conciliation soit véritablement un mécanisme efficace et qui permette de résoudre un nombre important de conflits. Mais cela exige un changement de mentalité des intervenants car, en Colombie, la conciliation en droit administratif requiert non seulement un système juridique qui la développe mais aussi une culture conciliatoire qui n'existe pas encore et est en train de se construire.

Descripteurs : Accord conciliatoire, acte de conciliation, action, action contractuelle action de groupe, action de nullité et rétablissement du droit, action populaire, action récursoire, action de réparation directe, Agent du Ministère public, audience de conciliation, Centre de conciliation, Comité de conciliation, concessions réciproques, conciliateur, conciliation, conciliation en droit, conciliation en droit administratif, conciliation en équité, conciliation extrajudiciaire, conciliation judiciaire, conciliation pré-judiciaire, conciliation volontaire, demande de conciliation, homologation, lésionnaire du patrimoine public, Mécanisme alternatif de résolution des conflits, patrimoine public, préalable obligatoire, prétention, prétention contractuelle, prétention de nullité et rétablissement du droit, prétention de réparation directe, prétention récursoire, preuves, procédure de conciliation, suspension de la caducité, transaction.

Abstract:

Colombia has experienced a period of transformation in the last two decades. Adoption of the 1991 Constitution resulted in normative and institutional reforms. Among them, the Constitution gives lawful status to alternative conflict resolution and establishes “la tutela” as a constitutional protective mechanism and a catalog of fundamental rights. The development of conciliation under Colombian administrative law begins in this context, and the will of the government is expressed clearly in several legal reforms enacted since 1991 to promote this mechanism.

Conciliation is characterized as an instrument organized and regulated by rules. However, this does not guarantee its effectiveness. External factors influence its functioning. Conciliation under Colombian administrative law continues to be a concept that is inadequately understood by the parties and the conciliator. Moreover, this kind of conciliation is subject first to special formalities and secondly, to specific situations in Colombian society such as violence, social inequality and corruption. These circumstances have direct consequences on the proper functioning of conciliation and justified the formalities imposed on it to protect public property.

The latest legal reforms on conciliation under Colombian administrative law are intended to make it an effective mechanism and one that can be used to resolve conflicts on a large scale. However, this requires a change of mind on the part of everyone, because conciliation under Colombian public law imposes not only a legal system for its implementation, but also a conciliatory culture that does not exist in Colombia and is in the process of being constructed.

Key words: conciliation agreement, record of the conciliation, action on contract, group action, action to declare null and void and to restore a right, direct action seeking compensatory damages, people’s action, prosecutor, conciliation hearing, conciliation center, conciliation committee, reciprocal concessions, conciliator, conciliation, conciliation in accordance with the law, conciliation under administrative law, conciliation based on fairness, extra-judicial conciliation, judicial conciliation, prejudicial conciliation, voluntary conciliation, conciliation request, official recognition, injurious to public property, alternative methods for conflict resolution, public property, mandatory prerequisites, claim, claim on contract, claim to declare null and void and to restore a right, direct claim seeking compensatory damages, evidence, conciliation procedure, suspension of expiration, transaction.

LISTE DE PRINCIPALES ABREVIATIONS

ADR	<i>Alternative Dispute Resolution</i>
AJDA	L'actualité juridique droit administratif.
AG	Action de Groupe
AP	Action Populaire
Art.	Article
Bull.Civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation chambres civiles
Sentencia C-	Sentence de Constitutionalité.
CAA	Cour administrative d'appel
CASUR	Entité de la police chargée des fonds des se membres
Cass. Civ.	Cour de cassation chambres civiles
C.C.A	Code contentieux administratif
C.c	Code Civil
CDT	Certificats de dépôt à terme fixe
CE	Conseil d'État
CIDH	Commission interaméricaine de droits humains
Const.	Constitution
Concl.	Conclusion
C.P.	Rapporteur
CREMIL	Entité des forces armées chargée des fonds des se membres
CTI	Corps technique de recherche de la Fiscalia
DANE	Département National de statistique
DTF	Dépôts à terme fixe
Éd.	Édition
Gaz.Pal.	Gazette du Palais
Infra.	Infra
JCP	Juris-classeur Périodique (Semaine Juridique)
L'Agence	L'Agence Nationale de Défense Juridique de l'État
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
MARC	Modes alternatifs de règlement des conflits
M.P	Rapporteur
OEA.	Organisation d'États Américains
Op.Cit.	<i>Opere citate</i>
RIDP	Revue internationale de droit public
RTD	Revue trimestrielle de droit civil
Supra	Supra
SU	Sentence d'unification
Suiv.	Suivant
Sentencia T-	Sentence de Tutelle.
T.A	Tribunal administratif
t.	Tome

SOMMAIRE

Thèse de Doctorat / février 2013	1
INTRODUCTION	10
PREMIÈRE PARTIE	35
LE STATUT DE LA CONCILIATION	35
TITRE I	36
UN OBJET DÉLIMITÉ: UNE REGLE EXPRÈSSE, UNE APPLICATION PARFOIS DIFFICILE	36
Chapitre I	37
Une régulation légale	37
Chapitre II	79
Une application pratique problématique	79
TITRE II	114
LES INTERVENANTS DANS UNE CONCILIATION : DES RÔLES DIFFÉRENTS PARFOIS MÉCONNUS	114
Chapitre I	115
Le rôle du conciliateur	115
Chapitre II	145
Les spécificités par rapport aux parties	145
DEUXIÈME PARTIE	173
LE RÉGIME DE LA CONCILIATION	173

TITRE I	174
UNE PROCÉDURE LOURDE	174
Chapitre I	175
L'exigence du préalable obligatoire de conciliation	175
Chapitre II	193
Les conséquences processuelles de l'utilisation de la conciliation.	193
Chapitre III	211
L'exigence de l'audience de conciliation	211
TITRE II	224
UNE HOMOLOGATION JUDICIAIRE GÉNÉRALISÉE	224
Chapitre I	226
Une homologation justifiée	226
Chapitre II	264
Une homologation non nécessaire	264
CONCLUSION GÉNÉRALE	288
BIBLIOGRAPHIE	293
TABLE DES ANNEXES	325
INDEX ALPHABETHIQUE DES MATIÈRES	330
TABLE DES MATIÈRES	333

INTRODUCTION

1. Un accord vaut mieux qu'un procès. « *Un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès* »¹. *Le procès génère « des inquiétudes, des longueurs, des frais qui affligent les plaideurs »*².
2. Réformer la justice, prévenir le contentieux, désengorger les tribunaux, régler autrement les conflits, sont des préoccupations anciennes qui restent toujours d'actualité. La recherche de la justice par l'accord entre les parties qui se trouvent confrontées dans un conflit, s'explique pour plusieurs raisons. C'est leur convergence qui a permis l'essor des modes dits alternatifs de règlement des conflits : les MARC³.
3. Tout d'abord, comme le montre le Conseil d'État français, dans son rapport « Régler autrement les conflits »⁴, on assiste depuis plusieurs années, à une explosion de la demande de justice qui a stimulé la réflexion à propos des modes alternatifs de règlement des litiges. Un des problèmes principaux de la justice

¹ H.DE BALZAC, *La comédie humaine*, Spéc. Tome V, Gallimard, Coll. « La Pléiade », 1977, p.123.

² P. BONCENNE, *Théorie de la procédure civile*. Précédée d'une introduction, Catineau, Tome 1er (1828), p.7. Cité in T.CLAY, « *Transaction et autres contrats relatifs aux litiges* », in coll. « *La transaction dans toutes ses dimensions* », Paris : Dalloz, 2006, p.14.

³ *Alternative Dispute Resolution (ADR) ou Modes Alternatifs de Règlement des conflits (MARC)*, constitue une expression générique à laquelle s'identifie un groupe de mécanismes ou de modes de règlements *alternatifs* à la justice formelle ou étatique. Avec ces mécanismes les conflits sont résolus sans utiliser la justice traditionnelle. Pour Charles Jarrosson : « *Comme leur nom l'indique, les modes alternatifs de règlement forment une catégorie ouverte, qui regroupe un ensemble des modes de règlement des différends. On ne peut dès lors attendre de définition précise. L'expression désigne les modes, principalement pacifiques, de règlement des conflits, c'est-à-dire ceux qui visent à mettre les parties d'accord sur la solution et qui ont en commun le plus souvent de faire intervenir un tiers et de se démarquer du système Juridictionnel [...]* ». Ch. JARROSSON, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*. Présentation générale. In: *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 49 N°2, Avril-juin 1997. pp. 325-345.

⁴ Conseil d'État français, *Régler autrement les conflits : Conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, Paris : La Documentation française, 1993, p. 27.

formelle ou étatique en général est son encombrement et l'impérieuse nécessité d'y faire face dans des délais raisonnables de traitement des dossiers.

Ensuite, la recherche de l'accord, particulièrement grâce à l'intervention d'un tiers, conciliateur ou médiateur, par exemple, est révélatrice de la volonté des justiciables de se réapproprier leur litige qui aurait pu être confisqué par les juges. Les parties souhaitent trouver une alternative non seulement au judiciaire, mais également et dans une certaine mesure au droit. Les préoccupations d'équité ne sont pas absentes pour le règlement de certains litiges. Ainsi, « *la recherche de l'accord par les parties entend opérer une substitution : éradiquer le conflit plutôt que trancher le litige* »⁵.

Enfin, le développement des modes alternatifs de règlements des conflits va aussi de pair avec la place plus grande de l'économie dans les relations sociales. La justice est en crise et pour tenter de remédier à cette situation plusieurs pays, dont la Colombie, se sont donné pour priorité de promouvoir une nouvelle forme de justice édiflée sur la base de l'amiable, du consensuel, de l'alternatif.

4. En Colombie, la conciliation a un statut constitutionnel et elle est définie par l'article 64 de la Loi 446 de 1998 comme un « *Mécanisme de résolution des conflits par lequel deux personnes ou plus négocient et résolvent par elles-mêmes leurs différends, avec l'aide d'un tiers neutre et qualifié dénommé conciliateur* »⁶.

L'article 116 de la Constitution modifié par l'article 1^{er} de l'Acte Législatif N° 03 de l'année 2002 constitue le fondement constitutionnel des modes alternatifs de règlement des conflits en général et de la conciliation et de l'arbitrage en

⁵ Ch. JARROSSON, « *La contractualisation de la justice : Jusqu'où aller ?* », in coll. *Réforme de la justice, réforme de l'État*, Paris : Puf, 2003, pp. 186-191.

⁶ Ley 446 de 1998, «*Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia*», Diario Oficial N° 43335, 8 de julio de 1998, artículo 64.

particulier⁷. Le texte constitutionnel attribue au pouvoir judiciaire la fonction de rendre la justice mais cela ne signifie ni l'exclusivité dans son exercice ni l'exclusion d'autres autorités ou des particuliers. D'autre part, l'article constitutionnel permet que les particuliers soient investis de façon transitoire de la fonction de rendre la justice en qualité de conciliateurs et d'arbitres⁸. Cependant, cette affirmation pose des problèmes au regard des conciliateurs. L'arbitrage est un exemple d'hétéro-composition des conflits. L'arbitre impose sa décision aux parties, comme le fait un juge de l'État. L'arbitre de façon transitoire est un juge, il a les mêmes qualités que celui-ci. Mais le conciliateur n'a pas ces qualités. Le conciliateur facilite l'accord entre les parties mais ne décide pas, n'a pas ce pouvoir. La conciliation n'a rien à voir avec la méthode juridictionnelle traditionnelle. Cela signifie que le conciliateur, ne rend pas la justice même si la Constitution le dispose. Le conciliateur signe l'acte de conciliation qui contient l'accord auquel sont parvenues les parties mais cela ne signifie pas qu'il a décidé

⁷ V. PELAEZ, "La Conciliación como requisito de procedibilidad en materia administrativa y aspectos puntuales en materia contractual", in coll. X Jornadas de Derecho Administrativo. *Incertidumbre en la contratación estatal*, Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 493-529.

⁸ Constitución Política de Colombia, artículo 116 : « La Cour Constitutionnelle, la Cour Suprême de Justice, le Conseil d'État, le Conseil Supérieur de la Magistrature, la *Fiscalía General de la Nación*, les tribunaux et les juges rendent la justice. Ainsi que la Juridiction Pénale Militaire.

Le Congrès de la République aura quelques fonctions judiciaires.

De façon exceptionnelle la loi peut attribuer des fonctions juridictionnelles, dans des matières déterminées, à certaines autorités administratives. Mais elles ne pourront pas instruire des affaires, ni juger des délits.

Les particuliers peuvent être investis de façon transitoire de la fonction de rendre la justice en qualité de jurés dans les affaires criminelles, de conciliateurs ou d'arbitres habilités par les parties pour prendre des décisions en droit et en équité, en conformité avec la loi. » Traduction au français par Verónica Peláez G. (Texte en espagnol "*La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, El Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran justicia. También lo hace la justicia Penal Militar.*

El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

Excepcionalmente la ley podrá atribuir funciones jurisdiccionales en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en Derecho o en equidad, en los términos que determine la ley").

les termes de l'accord ; sa signature ne fait que certifier l'accord ; il se peut même qu'il ne soit pas d'accord et il peut exposer les motifs juridiques qui justifient sa position dans l'acte même qui contient l'accord.

De plus, le conciliateur ne met pas fin au conflit *stricto sensu*. Le litige se termine une fois que l'accord est approuvé ; sans homologation l'accord conciliatoire est sans effet, il n'est pas valide en droit administratif. De plus, il n'impose jamais sa décision aux parties. Il est clair que la conciliation est un mode de résolution des conflits et qu'elle permet d'y mettre fin, mais le conciliateur n'est pas un juge et il ne décide pas. La Cour Constitutionnelle elle-même considère la Conciliation comme un mécanisme de résolution « assisté » des conflits, c'est-à-dire, que le conciliateur a une fonction de proposition de formules d'arrangement et de collaboration avec les intervenants mais jamais de disposition du litige⁹.

L'article 116 de la Constitution de 1991 constitue une nouveauté par rapport au texte de la Constitution de 1886. La Constitution antérieure ne conférait pas un statut constitutionnel à l'arbitrage et à la conciliation. Son article 60 réglait le pouvoir judiciaire lié absolument aux juges et aux tribunaux¹⁰, ces derniers étant les seuls habilités à rendre la justice. Les particuliers en tant que conciliateurs et arbitres n'ayant pas cette faculté. Mais dans l'actuelle Constitution, l'article 116 est accompagné par le préambule de la Constitution et ses articles 1° et 2° puisque les Mécanismes Alternatifs ne sont pas simplement des moyens pour décongestionner les tribunaux, mais aussi des mécanismes qui permettent la participation de la société dans la résolution de ses différends. Ils font de la Démocratie et du principe de participation une réalité¹¹.

5. L'article 116 de la Constitution est aussi accompagné du principe « d'alternativité ». En conformité avec ce principe, la loi pourra établir des

⁹ Corte Constitucional, Sala Plena, *Sentencia C-713 de 2008*, M.P: Clara Inés Vargas.

¹⁰ Constitución de 1886, artículo 60 : « Le pouvoir judiciaire est exercé pour la Cour Suprême, les Tribunaux Supérieurs du District et les autres tribunaux ou juges que la loi établit. » Traduction au français par Verónica Peláez G. (Texte en espagnol: "*Ejercen el poder judicial la Corte Suprema, los Tribunales Superiores del Distrito, y demás tribunales y juzgados que establezca la Ley. El Senado ejerce determinadas funciones judiciales*".)

¹¹ Corte Constitucional, Sala Plena, *Sentencia C-713 de 2008*, M. P: Clara Inés Vargas.

mécanismes différents pour résoudre les conflits entre les associés ; le législateur est le seul compétent pour réglementer ces mécanismes¹². Ce principe est régi par des normes qui ont une valeur supérieure aux lois ordinaires et qui constituent un développement de l'article 116 de la Constitution. Ainsi, le propos principal de l'autorité judiciaire est de faire en sorte que les principes et les valeurs qui sont à la base d'un État social de droit deviennent réalité. Il s'agit entre autres de la paix, de la tranquillité, du bon ordre et de l'harmonie dans les relations sociales.

6. Pour la Cour constitutionnelle colombienne, ces principes et ces valeurs ne sont une réalité qu'avec le jugement définitif d'un juge de la République mais aussi avec le recours à un amiable compositeur ou l'intervention d'un tiers qui ne fait pas partie de l'autorité judiciaire¹³. Le législateur reste le seul compétent pour établir les procédures de résolution des conflits, qui parfois ne sont pas portées à la connaissance de l'autorité judiciaire car les parties soustraient le conflit au juge. La justice traditionnelle n'est pas toujours efficace, surtout lorsqu'il n'existe pas de recours judiciaires idoines et suffisants qui permettent de résoudre pacifiquement les conflits ou quand la complexité des procédures empêche les personnes de profiter complètement de leurs droits. Les modes alternatifs de résolution des conflits montrent que des procédures moins formalistes et alternatives constituent un complément aux options que peuvent utiliser les parties pour résoudre leurs conflits. La conciliation et la médiation garantissent donc l'accès effectif à la justice et elles constituent une forme pacifique de résolution des conflits¹⁴.

En outre, « [...] la conciliation n'est pas seulement conforme à la Constitution de 1991; elle peut aussi être vue comme une projection dans le domaine judiciaire de l'esprit pacifiste qui est à la base de la Constitution car même si la justice formelle ou étatique est une forme civilisée et pacifique de résoudre les conflits, la communication sera encore plus directe avec l'autre, car de l'existence de points de vue différents et opposés il est possible d'arriver à une solution sans la

¹² Ley 270 del 7 de marzo de 1996, "Estatutaria de la Administración de Justicia", Diario Oficial No. 42.745 del 15 de marzo de 1996, art. 8°, modifié par l'art. 3° de la Loi 1285 de 2009.

¹³ Corte Constitucional, *Sentencia C-1195 del 15 de noviembre de 2001*, M.P. : Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁴ *Idem*.

présence d'un tiers qui décide pour les parties [...] »¹⁵. Au-delà de la Constitution de 1991 et de son article 116 ainsi que de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle colombienne, plusieurs normes ont réglementé la conciliation en Colombie.

7. Trois moments peuvent être identifiés dans l'histoire récente de la conciliation en Colombie au niveau législatif. Premièrement, en 1990, les discussions se sont centrées sur la congestion de la justice, discussions faites à un moment où la Colombie se disposait à changer sa Constitution.

Le texte de la nouvelle Constitution consacre l'article 116 vu auparavant, les discussions du Congrès colombien suivent donc la ligne de la nouvelle Constitution qui dispose que la Colombie est un État social de droit et non plus un État de droit¹⁶. Ainsi, en matière de conciliation, le Projet de loi N°127 de la Chambre des Représentants du Congrès de la Colombie a cherché à établir des mécanismes extrajudiciaires pour alléger les tribunaux et garantir l'efficacité de la Justice¹⁷. Le projet de loi se base sur des modèles établis dans d'autres pays comme les États-Unis et le Pérou. En droit administratif, ce projet de loi, antérieur à la Loi 23 de 1991, a introduit la conciliation pour la première fois dans cette matière, non seulement pour décongestionner la juridiction administrative mais aussi pour diminuer la perte d'argent de la part des entités publiques¹⁸. Le Projet de loi avait pour but de rendre à la communauté la capacité de résoudre par elle-même les conflits. En principe, les juges ne devraient s'occuper que des conflits

¹⁵ Corte Constitucional, *Sentencia C-165 del 29 de abril de 1993*, M.P. : Carlos Gaviria Díaz.

¹⁶ Au niveau juridictionnel la Constitution de 1991 développe le Pouvoir judiciaire dans le titre VIII composé de 7 chapitres qui développent la juridiction ordinaire, la juridiction contentieuse administrative, la juridiction Constitutionnelle, les juridictions spéciales, la justice Pénale Militaire, Le Conseil Supérieur de la Magistrature, La *Fiscalía General de la Nación* (Le Ministère public au sens français), les tribunaux et les juges. Sans oublier l'article 116. En outre, la Constitution de 1991 considère comme une fonction publique celle de rendre la justice et le pouvoir judiciaire est considéré comme indépendant et ses actions sont publiques et permanentes.

¹⁷ Le projet de loi N°127 de la Chambre des Représentants du Congrès de Colombie constitue l'antécédent normatif de la Loi 23 de 1991.

¹⁸ Gaceta del Congreso de la República, Proyecto de ley Número 127 de la Cámara de Representantes. *“Por medio del cual se crean mecanismos para descongestionar los despachos judiciales”*. Cité in: D. YOUNES MORENO : *Colección Reformas en la Rama Judicial*, Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH, Tomo V, Vía Gubernativa-Conciliación, Arbitramento : Una compilación temática y jurídica para la descongestión en lo Contencioso administrativo, Bogotá : 2008, p.52.

pour lesquels la société n'aurait pas trouvé de solution. Il faut éviter le progrès de la judiciarisation qui est l'une des causes de congestion de la justice¹⁹. Dans cette même ligne, la Loi 446 de 1998, dans sa troisième partie, développe les Mécanismes alternatifs de résolution des conflits dont la conciliation et constitue la fin de cette première étape.

Deuxièmement, en 1999, le ministère de la Justice présente au sein du Congrès colombien le projet de loi 148 de 1999²⁰, lequel introduit la conciliation comme préalable obligatoire en droit civil, droit de la famille, droit du travail et contentieux administratif²¹. Le législateur avait déjà tenté de régler cet aspect dans l'article 28 de la Loi 23 de 1991 modifié par la Loi 446 de 1998 mais la Cour Constitutionnelle colombienne avait déclaré inconstitutionnel le préalable en droit du travail car il n'y avait pas le nombre de conciliateurs suffisant pour garantir le droit d'accéder au juge²². Cette deuxième période finit avec l'adoption de la Loi 640 de 2001 qui établit donc le préalable obligatoire de conciliation dans les matières signalées dans le projet de loi 148 de 1999 lorsqu'existerait le nombre de conciliateurs suffisant dans chaque matière. Par conséquent, en droit administratif le préalable obligatoire n'était pas en vigueur²³. Ainsi, la Loi 640 de 2001 établit le préalable obligatoire mais en évitant les erreurs des années précédentes et le préalable est établi en suivant les paramètres établis en 1999 par la Cour Constitutionnelle pour que cette exigence soit conforme avec le droit d'accès au juge et qu'elle soit constitutionnelle²⁴.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ Le projet de loi N°148 de 1999 du Sénat de la Colombie et le projet de loi 304 de 2000 de la Chambre de Représentants constituent l'antécédent normatif de la Loi 640 de 2001 qui règle la conciliation dans toutes les matières.

²¹ Gaceta del Congreso de la República, articulado Proyecto de ley número 148 de 1999 Senado. "Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación al servicio popular y se dictan otras disposiciones". Cité in: D. YOUNES MORENO : *Colección Reformas en la Rama Judicial*, Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbBH, Tomo V, Vía Gubernativa-Conciliación, Arbitramento: Una compilación temática y jurídica para la descongestión en lo Contencioso administrativo, Bogotá : 2008, p.55.

²² Corte Constitucional, *Sentencia C-160 del 17 de marzo de 1999*, M.P. : Antonio Barrera Carbonell.

²³ En droit du Travail la Cour Constitutionnelle déclare inconstitutionnelle le préalable obligatoire dans cette matière dans la décision C-893 de 2001.

²⁴ Corte Constitucional, *Sentencia C-160 del 17 de marzo de 1999*, M.P : Antonio Barrera Carbonel. Pour que le préalable de conciliation obligatoire soit constitutionnel « [...] il faut

Le ministre de la Justice de l'époque, dans l'exposé de motifs de la Loi 640 de 2001 montre la nécessité de développer les mécanismes alternatifs, spécialement celui de la conciliation, se fondant sur plusieurs raisons : d'abord, il fallait développer une stratégie pour faciliter l'accès à une justice communautaire, alternative à la justice formelle ou traditionnelle. Il fallait développer des mécanismes pour résoudre les conflits d'une manière pacifique, comme la conciliation, laquelle devait devenir un mécanisme pour résoudre des conflits en masse. Cela exigeait une amélioration de la normativité existante en matière de conciliation.

Ensuite, il fallait développer les Centres de conciliation. Une étude réalisée par le Conseil Supérieur de la Magistrature montrait que 16.53% des différends connus par les autorités et les particuliers sont résolus par les Centres d'arbitrage et de conciliation ou en utilisant la conciliation en équité. Ainsi, en matière privée, pour résoudre les conflits, les Centres de conciliation étaient beaucoup plus utilisés que la justice formelle et ils étaient plus efficaces²⁵.

Finalement, deux autres raisons ont motivé le gouvernement, et en particulier le ministère de la Justice, pour présenter le projet de loi 148 de 1998, aujourd'hui Loi 640 de 2001. Tout d'abord, la nécessité d'économiser de l'argent, le coût étant bien moindre par un recours à la conciliation plutôt qu'à la justice formelle. Ensuite, l'importance de la conciliation en équité. Exclue en matière administrative, introduite par la Loi 23 de 1991, la conciliation en équité a été utilisée en droit de la famille, dans des affaires liées à des problèmes marqués de violence à Medellin. Le conciliateur en équité permet une justice de proximité. Le conciliateur en équité permet de mettre fin au conflit mais il travaille aussi en contact étroit avec la communauté pour améliorer sa vie et garantir

qu'il existe les moyens matériels et humains nécessaires, il faut que les matières qui acceptent la conciliation soient définies ; il faut déterminer si les recours administratifs préalables obligatoires sont substitués par le préalable obligatoire de conciliation, il faut déterminer si l'épuisement du préalable obligatoire de conciliation interrompt ou suspend le délai de prescription, il faut établir un délai maximum pour tenter la conciliation[...] ».

²⁵ Ministre de la Justice, Exposé de motifs, Loi 640 de 2001, Bogotá : 27 janvier 1999, « Ainsi pour 1,0% des conflits connus 0,02% sont résolus par les juges judiciaires et 0,11%. par chaque Centre de conciliation », ce qui signifie qu'en 1999 les Centres de conciliation étaient plus efficaces pour résoudre les conflits.

l'accomplissement des accords. Ainsi la conciliation a été vue par le gouvernement comme un mécanisme permettant une résolution plus efficace des conflits et comme un mécanisme beaucoup plus accessible aux citoyens.

Le troisième moment de la conciliation en droit administratif colombien commence avec la Loi 1285 de 2009, laquelle établit comme obligatoire la conciliation extrajudiciaire en contentieux administratif sans tenir compte du nombre insuffisant de conciliateurs dans cette matière et en méconnaissant les paramètres respectés en 2001 par la Loi 640 de 2001. Cette norme est accompagnée actuellement par la Loi 1437 de 2011, Nouveau code de procédure et contentieux administratif et la Loi 1564 de 2012, Code général du procès. En Colombie, c'est là l'état actuel du droit en matière de conciliation en droit administratif²⁶.

8. La conciliation en droit administratif engendre une certaine originalité par rapport aux problèmes posés par les relations entre particuliers. Au moins trois aspects dominant la question dans cette matière. D'abord, la personne publique ou l'entité publique qui se trouve face à l'administré ou face au particulier ne dispose pas, dans son organisation, de la marge de manœuvre, de la liberté d'action et de décision qui existe dans les rapports entre personnes privées. L'administration est limitée par un certain nombre de règles de compétence et de hiérarchie, fixées par les lois et les règlements et auxquelles il n'est pas possible de déroger par un accord de volonté²⁷. Ensuite, l'ordre public joue en ce domaine un rôle beaucoup plus puissant que dans les relations entre particuliers. Les personnes privées agissent dans leur propre intérêt et disposent librement de leur patrimoine. Par contre, l'administration agit dans l'intérêt général. L'ensemble des règles qui gouvernent leurs relations avec les administrés revêt un caractère d'ordre public. On ne transige pas avec l'ordre public²⁸. Enfin, le juge administratif, en principe, a été conduit à traiter des relations des administrations avec les administrés. La présence du juge est normale pour résoudre les conflits lorsque

²⁶ Ley 1285 del 22 de enero de 2009, "Por medio de la cual se reforma la ley 270 de 1996" "Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996", artículo 13.

²⁷ A. CAEN, "Les modes alternatifs de règlements des litiges en droit administratif », revue internationale de droit public, 1997, volume 49, Numéro 2, p. 422.

²⁸ *Idem*.

l'administration est partie, cela ne contribue pas au développement de la conciliation et impose un aspect qui domine en matière administrative.

9. Cette originalité de la conciliation en droit administratif, commune à tous les pays, est accompagnée par des particularités propres à la Colombie. En effet, celle-ci se caractérise par l'existence d'un conflit armé et une violence assez marquée et par l'existence d'affaires de corruption qui ont touché toute la société, dont les pouvoirs publics. Ainsi, en 1999, le gouvernement a aussi justifié la nécessité du développement des mécanismes alternatifs de résolution de conflits, celui de la conciliation en particulier, par la nécessité de développer un mécanisme plus souple pour résoudre les différends car non seulement le pays connaissait de graves problèmes de violence mais la population préférait ne pas porter ses conflits auprès du juge. La justice formelle malgré le conflit et la situation colombienne de violence est peu utilisée²⁹.

10. Avec la Loi 640 de 2001 le gouvernement colombien a voulu, comme le montre l'exposé des motifs, non seulement faire de la conciliation un mécanisme qui permette la décongestion des tribunaux, ce qui justifie son établissement comme préalable obligatoire, mais aussi comme un mécanisme plus accessible aux citoyens, plus souple pour résoudre leurs conflits ; la conciliation permet une justice plus proche des administrés qui contribue à la paix et à la résolution pacifique des conflits³⁰.

Mais cette volonté du gouvernement ne peut échapper aux particularités de la conciliation en droit administratif et aux particularités de la société colombienne. En outre, la présence du patrimoine public et d'une entité publique impose des limitations au niveau de la capacité de disposition et la nécessité de protéger les

²⁹ En 1999, le Département National de statistique (DANE) établit que de 413.306 conflits enregistrés, 215.783 ont été connus des autorités, 154.871 n'ont pas été portés auprès des autorités compétentes et 42.423 ont été résolus en utilisant d'autres mécanismes de résolution de différends. En matière administrative le nombre de différends enregistrés fut de 12.110 dont 3.866 ont été portés auprès des autorités compétentes, 4.391 non et 3.853 ont été résolus en utilisant d'autres mécanismes. 37.5% des personnes interrogées ont répondu ne pas avoir porté leur différend auprès des autorités compétentes et 10% ont utilisé des mécanismes alternatifs de résolution de conflits comme la conciliation en droit, en équité, l'arbitrage, la médiation. (Ministre de la Justice, Exposé de motifs, Loi 640 de 2001, Bogotá : 27 janvier 1999).

³⁰ *Idem.*

deniers publics impose l'homologation des accords comme garantie de légalité. Cependant cet excès de formalisme empêche l'efficacité de la conciliation.

11. En Colombie, avant la Loi 640 de 2001 il existait trois formes de conciliation en matière administrative, toutes organisées par la loi. La conciliation pré-judiciaire, la conciliation extrajudiciaire et la conciliation judiciaire³¹. La conciliation en droit administratif doit être donc analysée à deux moments particuliers : avant et après l'entrée en vigueur de cette loi.

12. La conciliation pré-judiciaire en droit administratif a été introduite par l'article 59 de la Loi 23 de 1993³². Cette forme de conciliation devait être utilisée avant de saisir le juge administratif dans une affaire de caractère particulier et de contenu économique en utilisant l'action de nullité et de rétablissement du droit, l'action contractuelle et l'action de réparation directe³³. Somme toute, dès cette époque, l'homologation de l'accord conciliatoire par le juge administratif était obligatoire.

La conciliation extrajudiciaire imposait une instance conciliatoire particulière : les Centres de conciliation. Ces instances conciliatoires ont été introduites par la Loi 23 de 1993 dont l'article 66 autorisait la création³⁴. Cette forme de

³¹ Une lecture de la normativité en vigueur entre l'année 1991 et l'année 2000 permet de constater que la Loi 23 de 1991 utilise l'expression conciliation pré-judiciaire et permet aussi la création de Centres de conciliation. Mais elle n'utilise pas l'expression conciliation extrajudiciaire. Cependant, le Décret 173 de 1993 qui régleme la Loi 23 de 1991, utilise indistinctement l'expression conciliation pré-judiciaire ou extrajudiciaire. Mais la Loi 446 de 1998 fait la distinction entre ces deux formes de conciliation. Pour cette loi la conciliation pré-judiciaire se réalise devant le Ministère public et la conciliation extrajudiciaire dans un Centre de conciliation comme par exemple les chambres de commerce.

³² L'article 59 de la Loi 23 de 1991 a été modifié par l'article 70 de la Loi 446 de 1998.

³³ Ces actions étaient consacrées dans les articles 85, 86 et 87 de l'ancien Code contentieux administratif colombien.

³⁴ Ley 23 de 1991, "*Por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los Despachos Judiciales, y se dictan otras disposiciones*", Diario Oficial N° 39752, 21 de marzo de 1991, artículo 66 : « Les associations, les fondations, les corporations et les chambres de commerce qui comptent au moins cent membres et deux ans d'existence pourront avec l'autorisation et en se soumettant au contrôle du ministère de la Justice, organiser leurs propres Centres de conciliation [...] ». Traduction au français par Verónica Peláez G. (Texte en espagnol : "*Las asociaciones, fundaciones, agremiaciones, corporaciones y las cámaras de comercio, que tengan un mínimo de cien miembros, y dos años de existencia, previa autorización del Ministerio de Justicia, y de conformidad con los requisitos que éste*

conciliation et la précédente ont en commun de se faire sans la présence du juge administratif et il faut être face à une affaire qui permet de transiger. Mais les instances conciliatoires sont différentes : les Agents du Ministère public pour la conciliation pré-judiciaire et les Centres de conciliation pour la conciliation extrajudiciaire. La Loi 80 de 1993, dans son article 73, autorise les entités publiques à utiliser les Centres de conciliation pour résoudre les conflits relatifs aux contrats qu'elles ont souscrits.

Un aspect assez important et intéressant de ces formes de conciliation est l'homologation par le juge administratif³⁵. Elle est obligatoire et généralisée dans la conciliation connue comme pré-judiciaire à l'époque et soumise à la demande du Ministère public dans les conciliations extrajudiciaires³⁶.

Les conciliations pré-judiciaires et extrajudiciaires ont donc la même finalité : alléger les tribunaux et éviter les procès contentieux en utilisant un mécanisme alternatif différent de la justice formelle ou étatique. Mais la conciliation extrajudiciaire avant la Loi 640 de 2001 n'était possible que pour

reglamente podrán organizar sus propios centros de conciliación, los cuales quedarán sometidos a la vigilancia del Ministerio de Justicia [...]”). L'alinéa premier a été modifié par l'article 91 de la Loi 446 de 1998. Cet article a été ensuite modifié par l'article 10 de la Loi 640 de 2001.

³⁵ Le Décret 1122 de 1999, “*Por el cual se dictan normas para suprimir trámites, facilitar la actividad de los ciudadanos, contribuir a la eficiencia y eficacia de la Administración Pública y fortalecer el principio de la buena fe*”. Diario Oficial N°43622 du 29 juin 1999, l'article 154 abroge l'article 79 de la Loi 446 de 1998 et l'expression *Contencioso Administrativo* de l'article 77 de la Loi 446 de 1998. Par conséquent, la conciliation en matière administrative ne pouvait pas être réalisée dans un Centre de conciliation, il fallait toujours aller auprès du Ministère public, en tant que conciliateur. Cependant, le Décret 1122 de 1999 a été déclaré inconstitutionnel par la Cour constitutionnelle colombienne dans l'arrêt C-923 du 18 novembre 1999 ; M.P. : Alvaro Tafur Galvis. Dans ce contexte, la conciliation extrajudiciaire en matière administrative est restée en vigueur.

³⁶ La Loi 446 de 1998, dans son article 79, disposait que la procédure de conciliation réalisée dans un Centre de conciliation devait être communiquée au fonctionnaire du Ministère public, c'est-à-dire au *Procurador Judicial* rattaché au Tribunal administratif du territoire où est compétent le Centre de conciliation ou au Conseil d'État. Le fonctionnaire délégué pouvait décider d'être ou non présent pendant le déroulement de l'audience. C'était une décision discrétionnaire. Mais, s'il n'assistait pas à l'audience et que les parties parvenaient à un accord, le Centre de conciliation devait lui envoyer l'acte de conciliation qui contenait l'accord. S'il n'était pas d'accord avec la solution trouvée par les parties, il devait demander au juge administratif l'homologation de l'accord.

les affaires propres à l'activité contractuelle des entités publiques. La Loi 80 de 1993 la permettait mais pour les autres affaires, l'instance conciliatoire reconnue était le Ministère public et la conciliation était pré-judiciaire.

La conciliation judiciaire, quant à elle, se déroule lors d'un procès judiciaire et, spécifiquement, d'un procès contentieux administratif. Avec le Code administratif antérieur, le juge administratif, après l'étape probatoire, convoquait les parties à l'audience de conciliation. En outre, les parties pouvaient demander conjointement au juge la tenue de l'audience de conciliation à n'importe quelle étape du procès contentieux administratif. Avec le Nouveau code, et l'utilisation du système Oral, la conciliation judiciaire sera tentée par le juge dans l'audience initiale, c'est-à-dire avant l'audience de preuves. En tout cas, dans la conciliation judiciaire le juge agit comme conciliateur³⁷.

13. La Loi 640 de 2001 introduit des modifications à la dénomination des formes de conciliation ; cette loi utilise l'expression « conciliation extrajudiciaire », elle n'utilise plus l'expression « conciliation pré-judiciaire ». Cela signifie que la conciliation sera extrajudiciaire quand elle se déroulera avant de saisir le juge administratif et le conciliateur sera le Ministère public ou un conciliateur d'un Centre de conciliation. En outre, cette loi change les conditions de la conciliation en droit administratif, en consacrant la possibilité d'une conciliation volontaire et conventionnelle mais en imposant aussi un préalable obligatoire de conciliation³⁸.

³⁷ Decreto 1818 del 7 de septiembre de 1998, "Por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos", Diario Oficial N°43380, artículo 66 : « L'audience de conciliation judiciaire débutera sur demande de n'importe laquelle des deux parties, après l'étape probatoire. Cependant, les parties pourront d'un commun accord demander la tenue de l'audience à n'importe quelle étape du procès. En seconde instance, l'audience de conciliation aura lieu sur demande de n'importe quelle partie et avant de prononcer la sentence ». Traduction au français par Verónica Peláez Gutiérrez. (Texte en espagnol : "La audiencia de conciliación judicial procederá a solicitud de cualquiera de las partes y se celebrará vencido el término probatorio. No obstante, las partes de común acuerdo podrán solicitar su celebración en cualquier estado del proceso". En segunda instancia la audiencia de conciliación podrá ser promovida por cualquiera de las partes antes de que se profiera el fallo.")

³⁸ Ley 640 del 5 de enero de 2001, "Por la cual se modifican las normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones", Diario Oficial N°44303 del 24 de enero de

La conciliation judiciaire ne fut pas réformée par cette loi. La procédure reste la même, mais le Nouveau code consacre la modification vue.

14. La conciliation extrajudiciaire peut être en droit et en équité³⁹. En droit, lorsqu'elle se réalise devant un conciliateur d'un Centre de Conciliation ou devant une autorité qui remplit des fonctions conciliatoires, toujours avocats. La conciliation extrajudiciaire est en équité lorsqu'elle se déroule devant un conciliateur en équité⁴⁰. Le conciliateur en équité aide les parties dans la construction d'un accord conciliatoire qui aura plein effet juridique. La conciliation en équité trouve son fondement dans deux réalités : l'une juridique et l'autre culturelle. La réalité juridique fait référence à la congestion des tribunaux des années 1980 en Colombie, ce qui continue d'être une réalité aujourd'hui. C'est la Loi 23 de 1991 qui introduit la conciliation en équité en droit colombien⁴¹. La réalité culturelle montre la nécessité de créer et de renforcer de nouvelles procédures fondées sur des coutumes communautaires. La conciliation en équité permet que le peuple, la communauté résolve ses conflits avec l'aide des leaders communautaires en réalisant des accords conciliatoires avec des effets de chose jugée et valant comme titre exécutoire, s'ils sont légaux, ne sont pas viciés de nullité et comportent dans leur contenu une obligation claire, expresse et exigible

2001, artículo 35 : "Dans les affaires susceptibles de conciliation, la conciliation extrajudiciaire en droit constitue un préalable obligatoire avant d'aller devant la juridiction civile, contentieuse administrative, du travail et de la famille en conformité avec les prévisions de cette loi pour chacune de ces branches ». Traduction au français par Verónica Peláez G. (Texte en espagnol: "*En los asuntos susceptibles de conciliación, la conciliación en derecho es requisito de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción Civil, Contencioso administrativa, laboral y de familia de conformidad con las previsiones de la presente ley para cada una de estas áreas*").

³⁹ D. YOUNES MORENO, in: *Colección Reformas en la Rama Judicial*, Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH, Tomo V, Vía Gubernativa-Conciliación, Arbitramento : Una compilación temática y jurídica para la descongestión en lo Contencioso administrativo, Bogotá, 2008, p. 48. "[...] La conciliation est en Equité lorsque les personnes portent leurs différends devant des conciliateurs sans intérêts, même sans connaissances juridiques. Ils utilisent plutôt le sens commun pour résoudre les conflits. Dans cette conciliation prime l'équité. Le conciliateur se limite à obtenir un accord qui respecte les droits de chacune des parties [...] ».

⁴⁰ Ley 640 de enero 5 de 2001, "*Por la cual se modifican las normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones*", Diario Oficial No. 44.303 del 24 de enero de 2001, artículo 3.

⁴¹ Ministerio del Interior y de Justicia de Colombia, "*Marco para la implementación de la conciliación en equidad en Colombia*", p.13.

qui permette de considérer l'accord comme un titre exécutoire⁴². Le conciliateur en équité est une personne reconnue par la communauté ; il aide les parties à parvenir à un accord qui est enregistré dans un acte de conciliation. On cherche avec la conciliation en équité une véritable justice de proximité. La Colombie est un État Social de droit qui doit garantir une justice sociale, l'égalité pour toute la population et le respect de ses droits : la conciliation en équité se caractérise par sa souplesse et cela permet aux personnes de l'utiliser gratuitement, les jours où elles en ont besoin et sans l'exigence de formalités liées à un document spécifique qui doit être rédigé et présenté auprès du conciliateur⁴³. La conciliation extrajudiciaire en équité et en droit garde la même structure ; le principe de célérité est appliqué dans les deux cas mais il est clair que l'informalité n'est pas présente dans la conciliation extrajudiciaire en droit. Dans cette dernière, le conciliateur peut être un conciliateur inscrit dans un Centre de conciliation ou être un fonctionnaire public autorisé pour agir comme conciliateur et il doit toujours être avocat. Le conciliateur en équité ne doit pas être avocat, il ne doit pas être rattaché à un Centre de conciliation. En tout cas, l'informalité dans la procédure de la conciliation en équité ne comporte pas la liberté absolue dans l'élaboration de l'acte qui contient l'accord conciliatoire. Elle doit contenir au moins l'identification des parties et du conciliateur, l'affaire objet de conciliation, l'accord comportant des obligations claires, expresses et exigibles, la signature des parties et du conciliateur. Si le conciliateur en équité n'est pas avocat, il est possible que la rédaction des accords ne soit pas juridique mais si l'accord est conforme à la normativité et est le résultat de l'accord des volontés des parties toute personne ou autorité publique doit le respecter⁴⁴. Par contre, la formalité est présente dans la conciliation en droit. Toute la procédure est régie par la loi et il faut l'accomplir. La conciliation extrajudiciaire en droit et en équité peut être utilisée pour résoudre

⁴² *Idem.*

⁴³ Ley 446 de 1998, "Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de procedimiento civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991, Diario Oficial No. 43.345, de 23 de julio de 1998 », artículo 108 « La procédure de la conciliation en équité doit se dérouler de manière informelle, et en respect du principe de célérité pour que les parties parviennent à un accord amiable ».

⁴⁴ Ministerio del Interior y de Justicia de Colombia, "Conciliación en equidad", p.20.

les conflits susceptibles de transaction, désistement et conciliation⁴⁵. Cependant, la conciliation en matière administrative est une conciliation extrajudiciaire en droit et l'article 23 de la Loi 640 de 2001 dispose que la conciliation extrajudiciaire dans cette matière ne peut se dérouler qu'auprès de l'agent du Ministère Public. Aucune autre autorité ne peut agir comme conciliateur dans cette matière⁴⁶. Par conséquent, la conciliation en équité est exclue pour le contentieux administratif et elle ne sera pas abordée dans ce travail de thèse⁴⁷.

15. En conclusion, ce travail de thèse est consacré à la conciliation en droit administratif. Cela signifie qu'il est consacré à la possibilité de concilier dans les matières qui seraient du ressort du juge administratif en cas de procès comme les affaires liées à la nullité et au rétablissement du droit, à la responsabilité de l'État et aux affaires qui concernent l'activité contractuelle de l'administration. Par conséquent, nous n'aborderons pas la conciliation auprès de certaines instances administratives, autorisées par l'article 116 de la Constitution pour rendre aussi la justice, comme par exemple la conciliation en matière de droit de la concurrence et de droit de la consommation auprès de la « Superintendencia de Industria y Comercio »⁴⁸. Parmi les compétences de cette « Superintendencia », on peut

⁴⁵ Voir l'article 85 de la Loi 23 de 1991 et l'article 19 de la Loi 640 de 2001.

⁴⁶ Ley 640 del 5 de enero de 2001, "*Por la cual se modifican las normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones*", Diario Oficial No. 44.303 de 24 de enero de 2001, artículo 23.

⁴⁷ Ministerio del Interior y de Justicia, Programa Nacional de Conciliación y Universidad Nacional de Colombia, *Conciliación y Arbitraje, Normatividad, Jurisprudencia y Conceptos*, Segunda Edición, Bogotá, pp. 332-340. « [...] Les conciliateurs en équité sont élus par les Tribunaux Supérieurs d'arrondissement Judiciaire de la juridiction judiciaire des villes, où ils sont placés et par les juges premiers de plus haut niveau en hiérarchie dans les autres communes du pays. Ils font l'élection des listes conformées par les organisations civiques des arrondissements ou des divisions rurales existants tels que les « corregimientos » ou les « Veredas ». Les personnes qui conforment ces listes devront avoir la formation pour agir comme conciliateur en équité conformément aux orientations données par le ministère de la Justice et du Droit. Ainsi par exemple, dans les assemblées communales existera une « Comisión de convivencia y Conciliación ». Cette commission sera compétente pour traiter des conflits, qui peuvent être conciliés, et qui existent entre membres de la communauté du territoire où l'organisation communale a compétence. Les décisions prises seront consignées dans un acte de conciliation et elle aura l'effet de chose jugée et de titre exécutoire. La procédure suivie dans cette forme de conciliation se caractérise par son informalité et par sa célérité [...] ».

⁴⁸ Ley 489 de 29 de diciembre 1998, "*Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios*

signaler celle de promouvoir la concurrence et la protection du consommateur. Par conséquent, la « Superintendencia de Industria y Comercio » peut faire une enquête, corriger ou sanctionner les pratiques commerciales restrictives de la concurrence et la concurrence déloyale. Elle se charge également d'analyser, conditionner et objecter les intégrations d'entreprises qui ont la même activité. De plus, elle surveille et vérifie le respect des normes de protection du consommateur. Elle peut donc ordonner la suspension d'actions illégales ou sanctionner les responsables de violations des normes en matière de consommation ou agir en tant que juge en matière de garantie minimale présumée⁴⁹. Dans le cadre signalé, il existe la possibilité de réaliser une conciliation. Ainsi, dans les matières relevant de la concurrence déloyale ou des pratiques commerciales restrictives que traite la « Superintendencia de Industria y Comercio » sur demande de la personne intéressée, il est possible de concilier les intérêts particuliers qui peuvent être affectés. Une fois l'étape probatoire passée, il sera possible de fixer la date pour l'audience de conciliation. En matière de consommation la « Superintendencia de Industria y Comercio » pourra citer d'office ou sur demande de la partie intéressée à une audience de conciliation dans le procès administratif qui est suivi en raison d'une pétition ou d'une plainte en matière de protection du consommateur. Les accords conciliatoires auront les effets de chose jugée et ils auront valeur de titre exécutoire⁵⁰.

y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”, Diario Oficial No. 43.464, del 30 de diciembre de 1998, artículo 66. En conformité avec cet article les « Superintendencias » sont des organismes créés par la loi, elles ont une autonomie administrative et financière en conformité avec la loi. Les « superintendencias » peuvent être des personnes morales de droit public ou ne pas avoir de personnalité morale. Elles ont d'une façon générale une fonction d'inspection et de surveillance attribuée directement par la loi ou déléguée par le Président de la République avec une autorisation légale préalable.

⁴⁹ Site internet de la “Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia”: www.sic.gov.co.

⁵⁰ J.P VIENNOIS, « *Transaction et droit de la concurrence et droit de la distribution* », in coll. *La transaction dans toutes ses dimensions*, Paris : Dalloz, 2006, p. 124. En France, « l'ordonnance n° 2005-1086 du 1^{er} septembre 2005, instaure la possibilité d'utiliser la transaction pour les contraventions au Code de commerce et au Code de la consommation, du titre IV du livre IV du Code de commerce lié à la transparence des pratiques restrictives de concurrence et d'autres pratiques prohibées. Ainsi l'article L. 470-4-1 du Code de Commerce signale que : « Pour les délits prévus au Titre IV du présent livre pour lesquels une peine d'emprisonnement n'est pas encourue, l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation a droit, tant que l'action publique n'a pas été mise en

Dans ces deux matières en cas de procès, l'affaire n'est pas du ressort du juge administratif. De plus, en matière de conciliation la procédure est particulière à cette matière et il n'existe pas d'application des normes en matière de conciliation en droit administratif.

L'accord conciliatoire a plein effet et le juge administratif ne procède à aucun contrôle. La Loi 640 de 2001 consacre deux articles pour la conciliation dans ces matières et n'est pas régulée par la loi sur la conciliation en matière contentieuse administrative mais reste indépendante⁵¹.

16. La conciliation en matière de droit du travail concernant les fonctionnaires de l'État ne sera pas abordée⁵². En Colombie, les fonctionnaires de l'État sont les travailleurs officiels, les employés publics et les membres des corporations publiques. Les premiers souscrivent un contrat de travail et les conflits à propos de leur relation de travail relèvent de la juridiction judiciaire. Les seconds sont rattachés à l'administration par un lien légal ou réglementaire. Leurs conflits en matière de travail sont de la compétence du juge administratif. Les troisièmes sont élus populairement et les conflits relatifs à leur élection sont de la compétence du juge administratif ainsi que les affaires propres au droit de travail, à leur retraite et aux assurances sociales⁵³. Par conséquent, en vertu du principe d'unité du droit, la compétence des conciliateurs extrajudiciaires en droit est en relation directe avec la compétence que la loi confère à chaque juridiction et aux juges. Cela signifie que les conciliateurs signalés dans l'article 28 de la Loi 640 de 2001

mouvement, de transiger après l'accord du procureur de la République, selon les modalités fixées par Décret en Conseil d'État. L'acte par lequel le procureur de la République donne son accord à la proposition de transaction est interruptif de la prescription de l'action [...] »

⁵¹ Ley 640 de 5 de enero de 2001, "*Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones*", Diario Oficial No. 44.303 de 24 de enero de 2001, artículos 32 y 33.

⁵² En conformité avec l'article 123 de la Constitution les fonctionnaires de l'État sont les membres des corporations publiques, les employés et les travailleurs de l'État et des entités territoriales et décentralisées par services.

⁵³ Les affaires relatives à l'acte qui déclare l'élection d'un candidat sont de la compétence du juge administratif en vertu de l'action électorale. Dans ce cas, on discute de la légalité de l'élection et cette affaire ne peut être conciliée ni extrajudiciairement ni judiciairement. Par contre, les affaires en droit du travail peuvent être conciliées.

correspondent à ceux qui sont compétents pour traiter des affaires qui relèvent du juge du travail⁵⁴. Mais l'article 23 de la Loi 640 de 2001 consacre les conciliateurs en droit administratif et dans cette matière le Ministère public est reconnu comme le seul conciliateur⁵⁵. Cela signifie qu'il faut déterminer si l'affaire est de la compétence du juge judiciaire ou du juge administratif pour savoir quel est le conciliateur qui peut agir dans une conciliation extrajudiciaire en droit du travail. En outre, les conflits en droit du travail qui sont de la compétence du juge ordinaire n'exigent pas le préalable obligatoire de conciliation pour accéder à la juridiction. Dans les affaires du travail qui sont de la compétence du juge administratif, il convient de déterminer si l'on est en présence d'une affaire du ressort du juge administratif en vertu des actions ou des prétentions contentieuses qui exige le préalable obligatoire de conciliation extrajudiciaire. Ainsi par exemple, l'acte qui déclare un employé public comme non-existant peut être débattu auprès du juge administratif en utilisant l'action de nullité et de rétablissement du droit, et

⁵⁴ Ley 640 de 5 de enero de 2001, « *Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones* », Diario oficial N° Diario Oficial No. 44.303 de 24 de enero de 2001, artículo 28 : « La conciliation extrajudiciaire en droit, en matière de droit du travail peut se dérouler auprès des conciliateurs des Centres de conciliation, devant les inspecteurs du travail et les délégués dans la région et la section du Médiateur de la République, devant les représentants du Ministère Public en droit du Travail et devant les notaires. Si dans la municipalité n'existe aucun des ces représentants de l'État, la conciliation pourra se dérouler devant les "Personeros" ou les juges civils ou de la municipalité ». Le passage souligné a été déclaré inconstitutionnel par la Cour Constitutionnelle colombienne dans la décision C-893 du 22 août 2001, M.P. : Dra. Clara Inés Vargas Hernández. Traduction au français par Verónica Peláez Gutiérrez. (Texte en espagnol : "*La conciliación extrajudicial en derecho en materia laboral podrá ser adelantada ante conciliadores de los centros de conciliación, ante los inspectores de trabajo, los delegados regionales y seccionales de la Defensoría del Pueblo, los agentes del Ministerio Público en materia laboral y ante los notarios. A falta de todos los anteriores en el respectivo municipio, esta conciliación podrá ser adelantada por los personeros y por los jueces civiles o promiscuos municipales*").

⁵⁵ Ley 640 de 5 de enero de 2001, « *Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones* », Diario oficial N° Diario Oficial No. 44.303 de 24 de enero de 2001, artículo 23 : « Les conciliations extrajudiciaires dans le contentieux administratif peuvent se dérouler devant les représentants du Ministère Public et devant les conciliateurs des Centres de conciliation autorisés pour concilier dans cette matière » Le passage souligné a été déclaré inconstitutionnel par la Cour Constitutionnelle colombienne dans la décision C-893 del 22 de agosto de 2001, M.P. : Dra. Clara Inés Vargas Hernández. Traduction au français par Verónica Peláez Gutiérrez. (Texte en espagnol : "*Las conciliaciones extrajudiciales en materia de lo contencioso administrativo sólo podrán ser adelantadas ante los Agentes del Ministerio Público asignados a esta jurisdicción y ante los conciliadores de los centros de conciliación autorizados para conciliar en esta materia*").

cette prétention de nullité et de rétablissement exige le préalable obligatoire auprès de l'agent du Ministère public.

Les affaires de droit du travail des employés publics ou des membres des corporations publiques, même si elles sont de la compétence du juge administratif et qu'elles peuvent être conciliées, ne seront pas développées spécifiquement dans ce travail de thèse car l'on considère que ce sont des aspects qui doivent être étudiés dans une recherche consacrée à la conciliation en droit du travail. L'analyse ne portera que sur les prétentions liées à la responsabilité de l'État, à la nullité et au rétablissement du droit, dans ce cas avec quelques références en matière de droit du travail reliées avec les employés publics ou es membres des corporations publiques, et aux prétentions propres à l'activité contractuelle de l'administration.

17. La conciliation suppose une philosophie pluraliste et de paix. Les normes qui la régulent sont la concrétisation d'une philosophie libérale et pluraliste dans la résolution des conflits. La conciliation part de la reconnaissance de l'autre. La conciliation est beaucoup plus qu'une simple technique de désengorgement des tribunaux, il faut comprendre la philosophie qui en est à la base.

Pour le succès de la conciliation, il faut oublier la supériorité de l'administration. Il faut laisser de côté la croyance selon laquelle l'État peut s'imposer aux particuliers sans l'existence d'une contreprestation ou avec des prérogatives exorbitantes. Dans une conciliation, il est impossible de partir de la supériorité d'une des parties. « Conciliation » vient du latin « conciliare » qui signifie composer, arranger, ou ajuster les esprits de personnes opposées. En outre, la conciliation suppose que l'accord conciliatoire soit légal ; il faut protéger le patrimoine public qui est en jeu dans la conciliation en droit administratif⁵⁶.

⁵⁶ J. HENAO PEREZ, *La conciliación en derecho administrativo*, Ministerio de Justicia y del derecho, Bogotá : 1996, p. 10.

Pour que la conciliation soit efficace, il faut que les entités publiques abandonnent la croyance selon laquelle il est impossible de disposer des deniers publics sans une autorisation budgétaire ou sans l'existence d'une décision de justice. Le fonctionnaire public ne peut penser qu'il vaut mieux attendre une décision judiciaire que de disposer du patrimoine public en utilisant la conciliation. Ce qui est interdit pour les entités publiques et pour les personnes publiques est de consentir des libéralités, ce qui signifie que l'accord conciliatoire doit être licite, conforme à l'ordre public, qu'il ne peut être lésionnaire du patrimoine public. Ainsi, la validité d'une conciliation ou d'une transaction est subordonnée à la condition qu'une personne publique ne puisse s'exposer « à payer ce qu'elle ne doit pas » ; cette condition permet de distinguer profondément le droit public du droit privé. Une personne publique ne peut disposer de son patrimoine que conformément à cet intérêt général et en veillant au respect du principe d'égalité devant les charges publiques⁵⁷.

18. Avec la conciliation, on cherche une solution négociée des conflits. Elle comporte un accord qui entraîne la reconnaissance ou l'acceptation par une des parties de droits réclamés par l'autre ou la renonciation mutuelle de prétentions ou d'intérêts ; il existe une coïncidence d'abdications. La conciliation extrajudiciaire est un mécanisme préventif car elle permet de trouver une solution face à un conflit sans utiliser la juridiction étatique. La conciliation ne comporte pas d'activité judiciaire ; le conciliateur n'impose pas sa décision aux parties, mais il les rapproche et peut présenter des solutions aux différends que les parties ne sont pas obligées d'accepter. La conciliation peut être utilisée dans tous les conflits qui sont considérés comme susceptibles d'être négociés ou transigés. En outre, les personnes qui participent à la conciliation doivent avoir capacité pour disposer de la matière objet de la conciliation. L'accord conciliatoire est le résultat d'une procédure régulée par le législateur⁵⁸. La conciliation fait une réalité des principes constitutionnels comme l'économie processuelle, l'autonomie de la volonté, le respect des délais raisonnables, ainsi que la réalisation des fins

⁵⁷ *Ibid*, pp. 11 et ss

⁵⁸ Corte Constitucional, *Sentencia C-160 de 1999*, M.P. : Antonio Barrera Carbonell.

propres d'un État Social de droit comme une vie en commun, pacifique, et l'effectivité d'un ordre juste⁵⁹.

19. La reconnaissance du Ministère public comme seule instance conciliatoire en droit administratif, impose l'identification de ses fonctions et de son rôle en Colombie. Ainsi le Ministère Public et la *Contraloría General de la República* sont considérés comme des organes de contrôle par la Constitution colombienne⁶⁰. En Colombie, le Ministère public est composé par le *Procurador General de la Nación*, le Médiateur de la République, par les *Procuradores delegados* et les agents du Ministère public, auprès des autorités judiciaires, par les « Personeros Municipales » et autres fonctionnaires que la loi signale. Le Ministère public doit protéger et garantir les droits de l'homme, la protection de l'intérêt public et la surveillance de la conduite de ceux qui exercent des fonctions publiques⁶¹. Le Ministère public intervient également dans les procès qui sont du ressort du juge administratif selon les orientations signalées par le *Procurador General de la Nación*. Les dispositions constitutionnelles constituent le fondement normatif de ces fonctions d'intervention ; elles justifient sa participation pour défendre l'ordonnement juridique, le patrimoine public et les droits et garanties fondamentaux⁶². En outre, en tant qu'organe de contrôle, il est totalement indépendant du pouvoir exécutif.

20. La normativité constitutionnelle en vigueur a été développée par l'article 35 de la Loi 446 de 1998 qui a modifié l'article 127 du Code Contentieux administratif antérieur. Actuellement l'article 303 du Nouveau code régule les compétences du Ministère public. Ainsi, le Ministère public peut agir comme partie demanderesse dans les procès contentieux administratifs ; il peut agir comme sujet processuel et il peut intervenir dans tous les procès et incidents qui sont suivis par la juridiction contentieuse administrative pour protéger l'ordre juridique, le patrimoine public et

⁵⁹ Corte Constitucional, *Sentencia T-446 del 4 de mayo de 2001*, M.P. : Alvaro Tafur Galvis.

⁶⁰ Constitución Política de Colombia, artículo 117.

⁶¹ *Idem.*

⁶² Voir Constitución Política de Colombia, articles : 1, 2, 5, 113, 117, 118, 121, 209, 230, 275 et 277, liste énonciative des articles qui régulent les fonctions du Ministère Public en Colombie.

les droits fondamentaux ainsi que dans les procédures de conciliations extrajudiciaires en tant que conciliateur et de celles qui se déroulent dans les Centres de conciliation, en matière administrative, dans le cadre d'une procédure d'arbitrage. En outre, il pourra engager des recours contre les décisions qui approuvent ou rejettent les accords conciliatoires passés au cours d'un procès⁶³. Ainsi, il doit vérifier en tant que conciliateur l'existence d'une jurisprudence d'unification sur l'affaire soumise à conciliation extrajudiciaire et si l'entité publique n'accepte pas de concilier, il doit suspendre l'audience de conciliation et demander aux membres du Comité de conciliation la reconsidération de sa décision⁶⁴.

Le Ministère public en Colombie, et spécifiquement en matière administrative, a un rôle multiple ; il peut être partie dans un procès contentieux, est garant de la légalité et des droits fondamentaux et est aussi la seule instance conciliatoire reconnue en contentieux administratif.

21. La Colombie est un État Social de droit, en conformité avec l'article 1° de la Constitution. Elle doit garantir l'effectivité des droits de toutes les personnes qui permettent une vie en commun pacifique et la possibilité que toute personne sur le territoire colombien puisse avoir accès aux conditions minimums de justice sociale et d'équité. L'État a pour obligation de protéger toutes les personnes résidant son territoire et doit garantir leurs droits ; pour cela il doit établir des moyens juridiques réels et appropriés pour prévenir et pour résoudre les conflits. Ceux-ci doivent être résolus avec célérité et efficacité et la conciliation permet de mettre fin à une

⁶³ *Idem.*

⁶⁴ L'article 303 du Nouveau code Contentieux confère aussi au Ministère Public les fonctions suivantes : demander le rattachement au procès des fonctionnaires et ex fonctionnaires qui par leur conduite dolosive ou gravement fautive ont causé l'ouverture d'un procès qui a pour but la reconnaissance d'une réparation patrimoniale pour une entité publique, ester en justice pour demander la nullité des actes administratifs et la nullité absolue des contrats publics où il intervient. La Loi 640 de 2001 permet au Ministère public, en tant que conciliateur extrajudiciaire, d'exprimer dans le document qui contient l'accord sa position dissidente face à l'accord trouvé par les parties. Il pourra demander au juge qu'il n'homologue pas un accord conciliatoire. En outre, la même compétence qu'il a dans le procès se maintiendra dans une procédure de conciliation extrajudiciaire et il pourra donc engager un recours contre la décision du juge administratif approuvant ou rejetant un accord conciliatoire.

situation de conflit par les parties elles-mêmes, de décongestionner les tribunaux et d'obtenir une résolution rapide du conflit⁶⁵.

22. Elle a vécu une période de transformation au cours des deux dernières décennies. La Constitution de 1991 a entraîné des réformes normatives et institutionnelles, incluant le système judiciaire⁶⁶. Les réflexions politiques et académiques sur la justice en Colombie et sur sa transformation au cours des dernières années sont aussi motivées par la violence, la corruption et l'incapacité, l'inefficacité et la faiblesse de la justice pour les combattre⁶⁷. L'impunité a réellement débilaté la confiance des citoyens dans la justice colombienne. La situation colombienne est particulière. Il y a une combinaison d'absence de présence militaire dans certaines zones du pays et d'absence du monopole de la force de la part de l'État avec une stabilité politique et économique accompagnée d'inégalité sociale, de pauvreté, de conflit armé, de violence et de narcotrafic. Combinaison assez particulière propre à la Colombie qui continue d'être un État encore en construction malgré les progrès constatés⁶⁸.

23. Pour résumer, en Colombie, la crise de la justice était évidente dans les années quatre-vingts. Parmi ces manifestations on trouvait la congestion, la morosité, et l'impunité. Le système était assez critiqué et la congestion imposait d'y apporter des solutions. La Constitution de 1991 entraîne des transformations importantes. Elle consacre les mécanismes alternatifs de résolution des conflits et

⁶⁵ La Constitution de 1991 considère la Colombie comme un État social de droit et non plus comme un État de droit, lequel finalement n'a été qu'une illusion puisqu'à partir 1949 et jusqu'à la nouvelle Constitution de 1991 la Colombie a vécu la plupart de ces années en état de siège : exactement 32 années sur les 42 qu'a duré cette période. La fin des années 80 signifie pour la Colombie, une limitation du pouvoir exécutif, une violence marquée contre les fonctionnaires judiciaires de la part des groupes illégaux et une nouvelle Constitution. (R.UPRIMNY YEPES, *“Las Transformaciones de la justicia en Colombia”*, In coll: *“El calendoscopio de las justicias en Colombia”*, Bogotá, Universidad Nacional, Tomo I, 2000, p. 282).

⁶⁶ R.UPRIMNY YEPES, *“Las Transformaciones de la justicia en Colombia”*, In coll : *“El calendoscopio de las justicias en Colombia”*, Bogotá : Universidad Nacional, Tomo I, 2000, p. 261.

⁶⁷ *Ibid*, p. 270

⁶⁸ *Ibid*, pp. 290 et ss.

introduit des réformes dans le système pénal ainsi que la consécration de la tutelle au niveau Constitutionnel et un catalogue de droits fondamentaux.

Le développement de la conciliation en droit administratif commence dans ce contexte social et politique, la volonté du gouvernement s'étant clairement exprimée dans les différentes réformes normatives faites depuis 1991 pour promouvoir la conciliation. Mais elle exige non seulement un système juridique qui la développe mais une culture conciliatoire qui n'existe pas encore en Colombie et reste en construction. La normativité en vigueur et les dernières réformes en matière de conciliation cherchent à ce que la conciliation soit un mécanisme efficace et un mécanisme pour résoudre des conflits en masse. Mais cela exige un changement de mentalité des intervenants. Il faut un conciliateur qui connaisse son rôle et la normativité en matière de conciliation, son but, sa déontologie, une entité publique qui laisse de côté la peur de concilier, qui propose des formules d'arrangement justes et fondées sur des preuves. Dans une conciliation, les intervenants doivent faire une bonne utilisation de ce mécanisme. En Colombie, les affaires de corruption ont affecté le développement de la conciliation en droit administratif.

L'analyse de la conciliation en droit administratif colombien exige de s'interroger sur les particularités qui la caractérisent et sur le fait de savoir si ces particularités contribuent à l'efficacité de la conciliation en droit administratif colombien.

La conciliation en droit administratif se caractérise pour être un mécanisme défini par la normativité en vigueur. Les matières qui admettent la conciliation, les intervenants (parties et conciliateur), tout est réglé par la Loi. Cela ne garantit cependant pas l'efficacité du mécanisme : certains facteurs étrangers aux prescriptions normatives et qui obéissent à l'application pratique des textes empêchent qu'il en soit ainsi. En outre, son but, son utilité, son importance et sa nécessité, ne sont pas bien compris par les parties ni par le conciliateur **(PREMIÈRE PARTIE)**. De plus, en droit administratif colombien la conciliation est soumise, d'une part, à des formalités particulières qui en font un mécanisme très rigide et, d'autre part, à des situations propres à la société colombienne qui ont des conséquences directes sur le bon fonctionnement du mécanisme ; situations qui ont justifié l'homologation judiciaire généralisée. **(DEUXIÈME PARTIE)**

PREMIÈRE PARTIE

LE STATUT DE LA CONCILIATION

24. En Colombie, la conciliation est définie par la loi. En conformité avec la loi colombienne, pour qu'il existe une conciliation en droit administratif, il faut la présence d'au moins deux parties, une d'elles doit être une personne morale de droit public ou une entité publique, un conciliateur qui agisse comme facilitateur mais qui ne décide pas et un différend par rapport à une affaire de caractère particulier et de contenu patrimonial de connaissance du juge administratif. Il n'existe pas une liberté absolue au moment d'utiliser la conciliation, les matières qui admettent la conciliation sont déterminés et cela, en principe, facilite son utilisation ; cependant pour certaines matières le sujet est discutable (**TITRE I**). En outre, analyser la conciliation comporte une étude des intervenants qui parfois ne comprennent pas leur rôle et cela ne garantit pas l'efficacité de la conciliation. L'existence des normes qui réglementent la conciliation n'est pas une garantie pour son efficacité (**TITRE II**).

TITRE I

UN OBJET DÉLIMITÉ: UNE REGLE EXPRÈSSE, UNE APPLICATION PARFOIS DIFFICILE

25. Il est possible de concilier face une matière qui permet la disposition, qui admet la possibilité de transiger ou lorsque le législateur autorise son utilisation. L'objet d'une conciliation est donc limité par la normativité (**Chapitre I**). Mais, même si les matières qui admettent la conciliation en droit administratif sont définies par la normativité en vigueur, parfois cette réglementation admet la controverse ou la discussion et cela ne contribue pas à l'efficacité de la conciliation et à sa bonne utilisation (**Chapitre II**).

Chapitre I

Une régulation légale⁶⁹

26. La normativité établit une règle en matière de conciliation. Il est possible de concilier en droit administratif face à une affaire de caractère particulier et de contenu économique, c'est-à-dire qui admet sa disposition, le désistement et la transaction (*Section 1.*). Mais cette règle est complétée. Il faut que les affaires soient reliées avec l'une des actions ou des prétentions qui sont du ressort du juge administratif comme par exemple la prétention de nullité et de rétablissement du droit, la prétention contractuelle ou la prétention de réparation directe (*Section 2.*)⁷⁰.

Section 1. L'existence d'une règle générale.

27. L'objet d'une conciliation ne peut être confondu avec le but recherché. Le but se réfère à l'intention des parties pour prévenir des dommages en mettant fin au conflit ou leur intention de prévenir le litige. L'objet dans une conciliation doit être considéré par rapport à l'accord, l'objet est là où sont les prestations qu'on

⁶⁹ Il est nécessaire de faire la distinction entre prestation et objet de la prestation. La prestation est la chose ou le fait, ce vers quoi tend l'intérêt du créateur, le bien qui satisfait cet intérêt ; la prestation est le contenu de l'obligation, le moyen qui permet, normalement, l'obtention du bien. Cicala. *Divisibilità e indivisibilità dell'obbligazione*, en *Rivista di diritto civile*, Padova, 1965, I, p. 457. Cité in: F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Tercera Edición, 2007, p. 271.

⁷⁰ Voir les articles 138, 140, 141 de la Loi 1437 de 2011, Nouveau code de procédure et contentieux administratif.

examine et elles sont mises en rapport avec des aspects patrimoniaux ou avec la relation juridique patrimoniale qui est négociée⁷¹.

28. Une entité publique peut concilier totalement ou partiellement dans les affaires de caractère particulier et de contenu économique ou patrimonial⁷². Il est possible de trouver un arrangement à l'amiable dans les affaires où l'on peut transiger, se désister et concilier⁷³. C'est la règle générale à appliquer. Une affaire sera susceptible de transaction lorsque l'on sera face à des droits et à des biens patrimoniaux sur lesquels les titulaires ont capacité de disposition. La conciliation est possible, quand les droits en conflit sont de libre disposition par leur titulaire, quand il existe une liberté de renoncement⁷⁴. C'est la capacité de renoncement, de disposition, qui détermine la possibilité de transiger sur un droit ou une affaire qui se discute. La liberté de renoncement est déterminée par la nature du droit et il revient au législateur d'établir dans quels cas celle-ci est possible ; la capacité légale de disposition est requise. Alors, face à certains droits ou à certains biens, le législateur peut établir sa disponibilité⁷⁵. En accord avec les articles 2469 et suivants du Code civil, sont susceptibles de transaction les choses qui peuvent être négociées par leur nature ou leur contenu, pourvu que l'accord auquel parviennent les parties n'attente pas contre la loi, l'ordre public, la morale ou les bonnes mœurs. En conclusion, il est possible d'utiliser la conciliation sur ces affaires pour lesquelles il est possible de disposer et en accord avec l'article 15 du Code civil, il est possible de disposer de tout ce qui est de l'intérêt particulier de la personne qui dispose, à savoir, les droits subjectifs patrimoniaux à la condition que ce renoncement ou disposition du droit ne soit pas interdit par la loi.

⁷¹ *Idem.*

⁷² Ley 640 del 5 de enero de 2001, « *Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones* », Diario oficial N° Diario Oficial No. 44.303 de 24 de enero de 2001, artículo 70.

⁷³ Ley 640 del 5 de enero de 2001, « *Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones* », Diario oficial N° Diario Oficial No. 44.303 de 24 de enero de 2001, artículo 19.

⁷⁴ Corte Constitucional, *Sentencia T-481 de 2005*, M.P. : Jaime Araujo Rentería.

⁷⁵ *Idem.*

29. Le principe appliqué en matière de conciliation est l'impossibilité de concilier sur les affaires où le législateur ne permet pas de disposer. En principe, le législateur interdit la conciliation sur les matières d'ordre public et d'intérêt général. Le concept d'ordre public est constitué d'une pluralité d'affaires dans lesquelles l'État et la société ont un intérêt particulier. On peut y inclure les droits de nature privée et ceux qui ont pour finalité la protection des personnes vulnérables sur le plan social et économique. Une norme est considérée d'ordre public quand elle vise l'organisation d'une société afin de garantir son bon fonctionnement⁷⁶. La notion d'ordre public appliquée au domaine administratif, entraîne des restrictions à la liberté de transiger et de concilier⁷⁷. Ainsi, il est proscrit de déroger par des conventions particulières aux lois qui concernent l'ordre public⁷⁸. L'ordre public fait obstacle à ce que l'administration renonce à exercer les prérogatives qui sont les siennes dans le cadre de l'intérêt général⁷⁹.

Le concept d'ordre public est changeant. Ce que l'on considère d'intérêt général aujourd'hui, peut ne pas l'être demain. Face à cette difficulté, le juge doit établir si une norme relève de l'ordre public ou si un droit répond à cette condition lorsque le législateur ne lui a pas donné expressément cette qualification. On considère d'ordre public les normes qui régulent l'état civil des personnes, leur capacité, les normes de procédure et de compétences, les droits fondamentaux, les droits et intérêts collectifs, les droits auxquels on ne peut renoncer comme les droits minimums en matière de travail, ou les droits face auxquels il existe une certitude⁸⁰.

30. Il est donc d'importance vitale d'aborder le sujet relatif aux droits certains et indiscutables en matière de droit du travail même si la conciliation dans cette matière ne sera pas traitée, cet aspect est une bonne illustration d'affaire qui n'admet pas la conciliation, car fait obstacle l'ordre public. En

⁷⁶ H. ROMERO DIAZ, "La conciliación judicial y extrajudicial : Su aplicación en Derecho Colombiano", p. 88.

⁷⁷ N. VINCI, *Guide de la transaction en droit administratif*, territorial éditions, Voiron, octobre 2007, p.12.

⁷⁸ Code civil colombien, art. 6°.

⁷⁹ P. BOULISSET ET Ch. COUCHET, *Guide de la conciliation*, Édilaix, Aix-en-Provence, p. 254.

⁸⁰ Code civil colombien, art.6°.

matière de droit du travail, l'article 53 de la Constitution constitue la norme à appliquer pour savoir quelles sont les affaires susceptibles de conciliation et de transaction ; là, on indique qu'il est possible d'utiliser ces mécanismes alternatifs quand on sera face à des droits incertains et discutables. L'article 53 établit comme garantie fondamentale en matière de droit du travail, le principe de non renonciation aux bénéfices minimaux établis dans les normes du droit du travail, lequel reflète le sens revendicateur et protectionniste que représente ce droit pour tout travailleur. De telle sorte que les garanties établies en leur faveur, ne puissent pas volontairement, ni inévitablement, par mandat légal, faire l'objet d'un renoncement. Ce qui précède explique le caractère d'ordre public que montrent les normes qui règlementent le travail humain, et le fait que les droits et les prérogatives reconnus en la matière se soustraient aux postulats de l'autonomie de la volonté privée. Cela trouve son fondement dans l'article 14 du Code Substantiel du Travail, en indiquant que : « *les dispositions légales qui règlementent le travail humain sont d'ordre public et, par conséquent, les droits et les prérogatives qu'elles accordent sont irrévocables* ». Sur ce point particulier, on doit dire que le droit à la sécurité sociale, à la retraite, constituent un patrimoine inaliénable et irrévocable du travailleur, lequel fait partie des conditions de dignité et de justice qui doivent orienter toute relation de travail. Par conséquent, quand une personne considérera qu'elle a gagné le droit à la retraite, car elle remplit les conditions indiquées dans la loi, les parties impliquées dans un conflit judiciaire éventuel ne seront pas en possibilité juridique de concilier sur un tel droit⁸¹. Celui-ci a un caractère imprescriptible et irrévocable, les conditions pour leur reconnaissance sont indiquées dans la loi et il ne peut faire l'objet d'une négociation par aucune des parties dans un conflit, étant d'ordre public. Par conséquent, il n'est pas recevable d'exiger comme préalable obligatoire la conciliation extrajudiciaire, prévue dans l'article 13 de la Loi 1285 de 2009, si ce qu'on veut examiner est la légalité du droit à la retraite, vu son caractère de droit irrévocable, certain et indiscutable, peu importe que l'action qui doit

⁸¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia del 11 de marzo de 2010, *Radicación Número : 25000-23-25-000-2009-00130-01(1563-09)*, M.P. : Gerardo Arenas Monsalve.

être utilisée soit celle de nullité et de rétablissement du droit ou que la prétention invoquée soit de telle sorte et que le juge administratif soit compétent pour instruire l'affaire en cas d'un procès⁸².

31. Par conséquent, une conciliation dans les domaines considérés d'ordre public ou d'intérêt général sera nulle. Il en est de même d'une conciliation ou d'une transaction réalisée sur la base de faux documents ou lorsqu'il y a dol ou violence. Le Code civil est clair, il n'est pas possible de transiger sur l'état civil des personnes, sur le droit à une pension alimentaire future sinon la transaction sera sans valeur ; par conséquent la conciliation sur les droits d'autrui ou sur les droits qui n'existent pas est taxée de nullité ; sera également nulle la transaction tenue en considérant un titre nul, à moins que les parties n'aient expressément traité sur la nullité du titre ; sera également nulle la transaction si, au moment où elle a lieu, le litige est déjà terminé par sentence définitive⁸³. Toutefois, il est nécessaire de spécifier que même s'il n'est pas possible de transiger sur l'état civil des personnes, de celui-ci peuvent dériver des effets patrimoniaux sur lesquels il est possible de prendre des engagements ou de transiger, par exemple l'appui mutuel des conjoints, la liquidation de la société conjugale, entre autres⁸⁴. Il en va de même avec le droit à la pension alimentaire : celui-ci est irrévocable, mais la conciliation et la transaction sur l'obligation alimentaire future est possible, si le juge les autorise ; les pensions alimentaires peuvent faire l'objet d'une conciliation ou d'une transaction quant à la forme de paiement et au montant. Sur les obligations alimentaires déjà dues mais non payées, il est également possible de concilier⁸⁵.

32. Finalement, il faut préciser que les interdictions applicables en matière de transaction le sont aussi en matière de conciliation puisque la règle générale

⁸² *Idem.*

⁸³ Código civil colombiano, artículos 2472 et s.s.

⁸⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia del 11 de marzo de 2010, *Radicación Número : 25000-23-25-000-2009-00130-01(1563-09)*, Op. cit.

⁸⁵ *Idem.*

établie permet de concilier sur les affaires qui admettent la transaction. En conséquence, les affaires qui n'admettent pas la transaction n'admettent pas non plus la conciliation sauf autorisation légale expresse en matière de conciliation.

33. La conciliation n'est pas non plus possible dans les affaires propres à l'action de simple nullité car on y discute de la légalité d'un acte administratif à propos de laquelle on ne peut transiger ni disposer. Elle constitue une matière d'ordre public et d'intérêt général. La même analyse justifie l'impossibilité de concilier en matière d'action électorale, et en matière fiscale. L'article 70 de la Loi 446 de 1998 interdit la conciliation dans ce dernier domaine⁸⁶. Cette interdiction est reprise par l'article 2° du Décret 1716 de 2009 sur la conciliation extrajudiciaire⁸⁷. L'interdiction de la Loi 446 de 1998 est générale, cela signifie, qu'il n'est pas non plus possible de concilier judiciairement en matière fiscale. Il existe aussi l'interdiction d'utiliser la conciliation extrajudiciaire dans les affaires propres à un procès exécutif qui est du ressort du juge administratif, l'interdiction est générale de la Loi 640 de 2001 et du Décret 1716 de 2009. Cependant, la Loi 1551 de 2012 dans son article 46 impose la conciliation extrajudiciaire comme préalable obligatoire dans les procès exécutifs qui concernent une entité publique territoriale, une commune. Cela signifie que les normes existantes ont connu une modification et qu'en matière territoriale la conciliation extrajudiciaire dans cette matière est possible ; il existe une autorisation légale mais la disposition est absolument contraire au régime général de la conciliation en droit administratif.

⁸⁶ Ley 446 del 7 de julio de 1998, *“Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de procedimiento civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991”*, Diario Oficial No. 43.335, del 8 de julio de 1998, artículo 70 parágrafo segundo: « La conciliation n'est pas possible dans les affaires de caractère fiscal » Traduction au français par Verónica Peláez G. (Texte en espagnol: *“No puede haber conciliación en los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario”*).

⁸⁷ Decreto 1716 del 14 de mayo de 2009, Ministerio del Interior y de Justicia, artículo 2° parágrafo: « Il n'est pas possible de concilier extrajudiciairement en matière de droit administratif dans les affaires de caractère fiscal [...] » Traduction au français par Verónica Peláez G. (Texte en espagnol : *“No son susceptibles de conciliación en lo Contencioso Administrativo los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario [...]”*).

Il y aura alors un objet illicite dans une conciliation quand celle-ci retombera sur un objet qui ne peut pas être matière de convention et de disposition, quand on violera des dispositions légales préalablement établies et il y aura aussi un objet illicite s'il est concilié sur les affaires pour lesquelles l'action a expiré⁸⁸.

34. En outre, Il faut analyser les affaires propres à l'action populaire sur lesquelles il n'est pas possible de concilier. Cette action est le mécanisme pour la protection des droits et des intérêts collectifs, droits et intérêts qui n'admettent pas la disposition⁸⁹. L'action populaire a pour finalité d'éviter le dommage contingent, de faire cesser le danger, la menace ou la violation d'un droit ou d'un intérêt collectif ou de rétablir les choses en leur état initial si c'est possible⁹⁰. Le juge administratif sera compétent pour instruire des actions populaires qui trouvent leur origine dans les actions, omissions et actes des entités publiques ou des

⁸⁸ Voir, *infra*, n°144 et ss, p. 194 et ss.

⁸⁹ La Loi 472 de 1998 dans son article 4° fait une énonciation des droits et des intérêts collectifs. Cette loi considère comme tels : le droit de profiter d'un environnement sain, la moralité administrative, l'existence d'un équilibre écologique et l'usage rationnel des ressources naturelles, leur conservation, restauration et substitution, la conservation des espèces animales et végétales, la protection des lieux d'importance écologique, des écosystèmes placés dans des zones de frontière, ainsi que tous les intérêts de la communauté liés à la préservation et à la restauration de l'environnement, le droit de profiter de l'espace public et l'utilisation et la protection des biens publics, la défense du patrimoine public et culturel de la nation, la sécurité et la salubrité publiques, l'accès à une infrastructure de services qui garantisse la salubrité publique, la libre concurrence économique, l'accès aux services publics et une prestation efficace et opportune, l'interdiction d'importer, de fabriquer et de posséder des armes chimiques, biologiques ou nucléaires ainsi que leur usage et l'entrée sur le territoire colombien de déchets nucléaires et toxiques, le droit à la sécurité et à la prévention de désastres prévisibles techniquement, la construction de bâtiments en respectant les normes en vigueur, les droits des consommateurs et des usagers. De plus, la loi dispose que seront aussi des droits collectifs et d'intérêts généraux ceux définis comme tels par la Constitution, les lois et les traités internationaux ratifiés par la Colombie.

⁹⁰ Ley 472 del 5 de agosto de 1998, "Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones", Diario Oficial N° 43357 del 6 de agosto de 1998, artículo 2° : « Les Actions Populaires sont les mécanismes pour la protection des droits et des intérêts collectifs. Elles cherchent à éviter un dommage contingent, faire cesser le danger, la menace ou la violation ou l'atteinte aux droits ou intérêts collectifs, ou elles cherchent à restituer les choses en leur état antérieur lorsque ce sera possible. » (Texte en espagnol : "Acción popular: Son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos. Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible").

particuliers exerçant des charges publiques qui affectent, violent ou menacent un droit ou un intérêt collectif. Dans les autres cas, le juge judiciaire sera le seul compétent⁹¹.

35. Dans le procès suivi en vertu de cette action, il est organisé une audience de *pacto de cumplimiento*. Le juge qui instruit l'affaire doit convoquer les parties et le Ministère public à une audience de *pacto de cumplimiento* dans les trois jours qui suivent la fin du délai de communication de la demande mais il ne faut pas confondre cette audience avec une audience de conciliation. Pendant l'audience de *pacto de cumplimiento* le juge doit entendre les positions des parties (par rapport à l'action et au procès en cours) et il est possible de faire intervenir des personnes physiques ou morales qui auraient fait des commentaires sur le projet de *pacto de cumplimiento*. La participation du Ministère public et de l'entité publique responsable de la protection de l'intérêt ou du droit collectif est obligatoire. Si les fonctionnaires publics compétents n'assistent pas à l'audience, leur comportement sera considéré comme une mauvaise conduite et ils pourront être sanctionnés et destitués. Mais si avant l'audience les parties justifient leur non assistance, le juge fixera une nouvelle date, qui ne sera pas avant le cinquième jour ni après le dixième jour⁹².

⁹¹ Ley 472 del 5 de agosto de 1998, "Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones", Diario Oficial N° 43357 del 6 de agosto de 1998, artículo 15.

⁹² Ley 472 del 5 de agosto de 1998, "Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones", Diario oficial N° 43357 del 6 de agosto de 1998, artículo 27 : « Le juge dans les trois jours qui suivent la fin du délai de communication de la demande, fixera une date pour réaliser l'audience de *pacto de Cumplimiento* avec la participation des parties et du Ministère public. Dans cette audience le juge entend les positions des parties par rapport à l'action et au procès en cours. Il pourra faire intervenir des personnes physiques ou morales qui auraient fait des commentaires sur le Projet de *Pacto de Cumplimiento*. La participation du Ministère public et de l'entité publique responsable de la protection de l'intérêt ou du droit collectif est obligatoire. Si les fonctionnaires publics compétents n'assistent pas à l'audience, leur comportement sera considéré comme une mauvaise conduite et ils pourront être sanctionnés et destitués. Mais si, avant l'audience, les parties justifient leur non assistance, le juge fixera une nouvelle date, qui ne sera pas avant le cinquième ni après le dixième jour. Mais il n'y aura pas de nouvel ajournement. A l'audience le juge pourra proposer une forme de protection des droits et intérêts collectifs et le rétablissement des choses en l'état initial lorsque ce sera possible. Le *Pacto de Cumplimiento* sera examiné par le juge dans un délai de cinq jours. S'il existe un vice d'illégalité, le juge pourra le corriger avec le consentement des parties. L'audience sera considérée comme ayant échoué a)

36. Mais le *pacto de cumplimiento* et l'accord conciliatoire sont différents. D'abord, le *pacto de cumplimiento* se fait par rapport à des droits dont on ne peut disposer. Cela signifie que les droits et les intérêts collectifs ne constituent pas des affaires de caractère particulier et de contenu économique face auxquelles une personne peut transiger et concilier. Il a pour seule finalité de protéger les droits et les intérêts collectifs, en déterminant la forme de la protection et en rétablissant les choses en l'état initial, si possible. Tout se fait sur l'initiative du juge du procès contentieux. Ensuite, le *pacto de cumplimiento* doit être examiné par le juge dans un délai de 5 jours après sa célébration. Le juge doit vérifier qu'il n'existe pas de vice de légalité dans son contenu. S'il considère qu'il existe des

lorsque les parties n'assistent pas, b) lorsqu'il n'existe pas de projet de *Pacto de Cumplimiento* et c) lorsque les parties ne donnent pas leur consentement pour corriger les vices d'illégalité du « Pacto de Cumplimiento ». Dans la première hypothèse le juge ordonnera de produire les preuves nécessaires et demandées. Le *Pacto de Cumplimiento* sera approuvé par sentence judiciaire qui sera publiée dans un journal diffusé nationalement. Le juge pourra nommer une personne physique ou morale pour assurer l'exécution du *Pacto de Cumplimiento* ». Traduction au français par Verónica Peláez Gutiérrez. (Texte en espagnol : « *El juez, dentro de los tres (3) días siguientes al vencimiento del término de traslado de la demanda, citará a las partes y al Ministerio público a una audiencia especial en la cual el juez escuchará las diversas posiciones sobre la acción instaurada, pudiendo intervenir también las personas naturales o jurídicas que hayan registrado comentarios escritos sobre el proyecto. La intervención del Ministerio público y de la entidad responsable de velar por el derecho o interés colectivo será obligatorio. La inasistencia a esta audiencia por parte de los funcionarios competentes, hará que incurra en causal de mala conducta, sancionable con destitución del cargo. Si antes de la hora señalada para la audiencia, algunas de las partes presentan prueba siquiera sumaria de una justa causa para no comparecer, el juez señalará nueva fecha para la audiencia, no antes del quinto día siguiente ni después del décimo día, por auto que no tendrá recursos, sin que pueda haber otro aplazamiento. En dicha audiencia podrá establecerse un pacto de cumplimiento a iniciativa del juez en el que se determine la forma de protección de los derechos e intereses colectivos y el restablecimiento de las cosas a su estado anterior, de ser posible. El pacto de cumplimiento así celebrado será revisado por el juez en un plazo de cinco (5) días, contados a partir de su celebración. Si observare vicios de ilegalidad en alguno de los contenidos del proyecto de pacto, éstos serán corregidos por el juez con el consentimiento de las partes interesadas. La audiencia se considerará fallida en los siguientes eventos: a) Cuando no compareciere la totalidad de las partes interesadas; b) Cuando no se formule proyecto de pacto de cumplimiento ;c) Cuando las partes no consientan en las correcciones que el juez proponga al proyecto de pacto de cumplimiento. En estos eventos el juez ordenará la práctica de pruebas, sin perjuicio de las acciones que procedieren contra los funcionarios públicos ausentes en el evento contemplado en el literal a).La aprobación del pacto de cumplimiento se surtirá mediante sentencia, cuya parte resolutive será publicada en un diario de amplia circulación nacional a costa de las partes involucradas. El juez conservará la competencia para su ejecución y podrá designar a una persona natural o jurídica como auditor que vigile y asegure el cumplimiento de la fórmula de solución del conflicto”*).

vices, il pourra les corriger avec le consentement des parties. Il existe aussi des différences entre la procédure de révision du *pacto de cumplimiento* et celle de l'homologation d'un accord conciliatoire. Dans les deux cas le juge vérifie leur légalité, mais sa compétence, son pouvoir d'action est plus large dans la révision qu'il fait du premier. Ainsi, il peut en modifier le contenu avec le consentement des parties. Face à un accord conciliatoire, le juge vérifie la légalité de l'accord. Si celui-ci n'est pas légal ou s'il est lésionnaire du patrimoine public et qu'il n'existe pas les preuves nécessaires pour le supporter, il ne l'approuvera pas mais ne pourra jamais modifier son contenu. Finalement, l'audience de *pacto de cumplimiento* est considérée comme ayant échoué lorsque les parties n'assistent pas ou ne se prononcent pas lors du projet de *pacto* et quand elles ne donnent pas leur consentement au juge pour le corriger. Les deux premières situations sont aussi considérées comme des raisons pour déclarer que l'audience de conciliation a échoué. Cependant, la dernière situation n'est pas prise en compte dans la conciliation. Le juge approuve le *pacto de cumplimiento* par sentence judiciaire dont la partie résolutive doit être publiée dans un journal diffusé nationalement. Le juge reste compétent pour faire exécuter la décision judiciaire. Il peut désigner une personne physique ou morale qui s'assurera de l'accomplissement de la formule de résolution du conflit, ce qui n'est pas possible avec la conciliation. Dans cette dernière, une fois qu'il a approuvé une conciliation, le juge n'est plus compétent pour la faire exécuter sauf s'il est saisi pour un processus d'exécution⁹³. En conclusion, une audience de *Pacto de cumplimiento* n'est pas équivalente à une audience de conciliation et elles n'admettent pas de confusion, la différence la plus importante est l'impossibilité de transiger et de concilier sur des droits et intérêts collectifs.

37. Ainsi, la normativité en vigueur en matière de conciliation en droit administratif réserve la possibilité d'utiliser ce mécanisme à deux choses, d'une

⁹³ Corte Constitucional, *Sentencia C-215 de 1999* : « [...] La sentence qui approuve un *Pacto de cumplimiento* a des effets de chose jugée, sauf dans le cas où apparaissent de faits nouveaux ou des causes différentes de celles qui ont été discutées dans le procès, ainsi que des informations de caractère technique qui n'auraient pas été examinées par le juge et les parties au moment du *pacto de Cumplimiento*. Dans ces cas, la sentence a des effets de chose jugée relative [...] ».

part, que l'affaire soit de contenu économique et de caractère particulier (règle générale) et d'autre part, qu'elle soit du ressort du juge administratif en vertu des prétentions contentieuses telles que la prétention de nullité et de rétablissement du droit, la prétention contractuelle ou la prétention de réparation directe face auxquelles il faut aussi épuiser le préalable obligatoire de conciliation⁹⁴. Cependant, il existe des affaires qui ne sont pas liées à ces prétentions mais qui admettent conciliation en vertu de la règle générale énoncée et en raison de la compétence du juge administratif pour instruire l'affaire. C'est le cas des affaires propres à l'action récursoire et à l'action de groupe. En conclusion, une règle générale existe en droit administratif par rapport aux affaires qui admettent conciliation, ce qui facilite, en principe, son utilisation, mais cette règle est complétée par autres aspects comme l'action ou la prétention invoquée qui doit être du ressort du juge administratif.

Section 2. Une permission liée à l'action et à la prétention invoquée.

38. La loi limite les matières qui peuvent être l'objet de conciliation en droit administratif non seulement à son caractère particulier et économique mais à l'action et la prétention. Il est nécessaire de préciser que la Loi 1437 du 18 janvier 2011 contient les dispositions du Nouveau Code de procédure administrative et contentieux administratif et elle est entrée en vigueur le 2 juillet 2012. Le nouveau Code n'utilise plus le terme « action ». Cela signifie que disparaît le régime actuel qui détermine l'existence de plusieurs actions en contentieux administratif. Le Nouveau Code parle de « prétentions » ; il n'utilise plus des expressions comme « action de nullité et de rétablissement du droit », « action contractuelle » et « action de réparation directe », actions régulées dans les articles 85, 86 et 87 de l'ancien Code contentieux et pour lesquelles, avant de les utiliser, il faut avoir épuisé le préalable obligatoire de conciliation si l'affaire est conciliable. Mais, ce nouveau régime ne comporte pas de modification du régime actuel de conciliation. Le mot « action » disparaît mais le mot « prétention » est utilisé, ce qui signifie que

⁹⁴ Il faut aussi face à ces actions ou cette sorte de prétentions épuiser la conciliation comme préalable obligatoire pour accéder au juge administratif.

si la prétention a un caractère économique, et qu'elle a pour but la nullité d'un acte administratif particulier et le rétablissement du droit ou la déclaration de responsabilité extracontractuelle de l'État et l'obtention d'une indemnité à cause d'un préjudice subi comme conséquence d'une action, une omission, une opération administrative ou une occupation temporelle ou permanente d'un immeuble où elle vise l'activité contractuelle de l'administration, il sera possible de concilier et il sera obligatoire d'épuiser le préalable de conciliation⁹⁵. L'article 161 du Nouveau Code réaffirme l'obligation du préalable de conciliation pour ces prétentions⁹⁶. Par conséquent, avec le Nouveau Code, la possibilité de concilier sera liée non plus à l'action utilisée mais à la prétention invoquée⁹⁷. Suivant cette ligne, les normes en droit colombien permettent et exigent de concilier extrajudiciairement comme un préalable obligatoire dans les affaires propres aux relations contractuelles où intervient au moins une entité publique, dans les prétentions de réparation directe et de nullité et de rétablissement du droit et la conciliation judiciaire est aussi admise⁹⁸. Ces affaires sont toujours du ressort du juge administratif. En outre, il est possible de concilier face aux prétentions propres de l'action récursoire et de l'action de groupe. Dans ces cas-là, la

⁹⁵ Voir les articles 138, 140 et 141 de la Loi 1437 de 2011, qui régulent les prétentions expliquées.

⁹⁶ Ley 1437 del 18 de enero de 2011, "Por la cual se expide el Código de procedimiento y contencioso administrativo", artículo 161: "Exigences pour porter plainte. La présentation de la demande est soumise à l'accomplissement de certaines exigences préalables dans quelques cas :

1. Lorsque l'affaire est conciliable, le préalable de conciliation extrajudiciaire est obligatoire pour pouvoir déposer une plainte, lorsque la demande cherche la nullité et le rétablissement du droit, la réparation directe ou la résolution de différends contractuels. Dans les autres cas, il sera possible d'utiliser la conciliation extrajudiciaire si elle n'est pas interdite [...] » Traduction au français par Verónica Peláez G. (Texte en espagnol : "*Requisitos para demandar. La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:*

Cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales. En los demás asuntos podrá adelantarse la conciliación extrajudicial siempre y cuando no se encuentre expresamente prohibida)".

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

⁹⁷ Ley 640 del 5 de enero de 2001, "Por la cual se modifican las normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones", Diario Oficial N°44303 del 24 de enero de 2001, artículo 37.

⁹⁸ Ley 640 del 5 de enero de 2001, Art.70, Op. cit.

conciliation extrajudiciaire est volontaire et la judiciaire est établie. Voyons donc ces prétentions.

39. En présence de différends quant à l'exécution d'un contrat public, la Loi 80 de 1993 permet aux entités publiques et aux cocontractants d'utiliser les mécanismes de résolution des différends contractuels ainsi que la conciliation, la transaction et l'amicable composition⁹⁹. Les autorités ne pourront pas interdire l'utilisation des mécanismes de solution directe des différends contractuels¹⁰⁰.

40. Les affaires qui concernent les prétentions liées à un contrat public peuvent faire l'objet d'une conciliation, si elles admettent la disposition. L'action contractuelle était consacrée dans l'article 87 de l'ancien Code contentieux administratif et dans l'article 141 du Nouveau code en tant que prétention. Les prétentions contractuelles peuvent avoir un caractère subjectif, individuel, mais aussi objectif. Face à son premier caractère, il est possible de se désister. Les parties pourront donc demander que soit reconnue l'existence du contrat, que s'exécutent les condamnations et les restitutions qui seraient nécessaires, que le juge ordonne sa révision, déclare sa non-exécution et qu'il condamne le responsable à indemniser les dommages causés et, en résumé, que toutes les déclarations pertinentes soient faites. Il est aussi possible de demander la nullité des actes administratifs contractuels et les rétablissements nécessaires, ainsi que

⁹⁹ Ley 80 del 28 de octubre de 1993, Diario Oficial N° 41094 del 28 de octubre de 1993, artículo 68° : « Les entités auxquelles se réfère l'article 2° et les cocontractants chercheront une solution simple, rapide et directe à leurs différends causés par l'activité contractuelle. Pour cette raison, quand apparaîtront les désaccords, ils pourront recourir aux mécanismes de solution des conflits prévus dans cette loi, à la conciliation, à l'amicable composition et à la transaction [...] » Traduction au français par Verónica Peláez G. (Texte en espagnol : «*Las entidades a que se refiere el artículo 2° del presente estatuto y los contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual. Para tal efecto, al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en esta ley y a la conciliación, amigable composición y transacción [...]*»).

¹⁰⁰ Ley 80 del 28 de octubre de 1993, «*Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación Pública*», Diario Oficial N° 41094 del 28 de octubre de 1993, artículo 69.

les réparations et les indemnités qui découlent des faits, des omissions ou des opérations dérivés de l'exécution du contrat¹⁰¹.

La prétention contractuelle a un caractère objectif lorsque les parties à un contrat, le Ministère public ou un tiers ayant un intérêt direct, demandent que la nullité absolue du contrat¹⁰², prétention qui, comme on le verra, échappe à la conciliation¹⁰³.

Face à aux prétentions vues en première, la loi admet en principe la conciliation avant et pendant le procès administratif¹⁰⁴ et le préalable obligatoire doit être accompli avant d'agir auprès du juge administratif en utilisant une de ces prétentions, car ce sont des prétentions subjectives et patrimoniales¹⁰⁵.

41. Ces sortes de prétentions en matière contractuelle sont variées. La déclaration d'existence d'un contrat est invoquée lorsque l'administration a passé un contrat public, mais qu'il n'existe pas, par exemple, de preuve. On utilise l'action contractuelle pour que le juge déclare l'existence du contrat quand l'administration ne possède pas le document écrit prouvant qu'il a été passé. Le contrat public se concrétise lorsqu'il existe un accord écrit sur l'objet et la contreprestation. Dès lors, le contrat public existe¹⁰⁶. Dans le cas d'une *urgencia manifiesta*, il n'est pas obligatoire de fournir un document écrit, si l'on ne peut pas souscrire le contrat, il est verbal et la prétention pour déclarer l'existence du

¹⁰¹ J. SANTOFIMIO GAMBOA, *Tratado de Derecho Administrativo Contencioso Administrativo*, Bogotá : Universidad Externado de Colombia, Primera Edición, 2004, p. 229-230.

¹⁰² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Auto del 18 de julio de 2007, *Radicación Número : 25000-23-26-000-2001-00072-01(31838)*, M.P. : Ruth Stella Correa.

¹⁰³ Voir *Infra* n° 81 et ss, p.105 et ss.

¹⁰⁴ Mais quand on prétend que le juge déclare la nullité du contrat, c'est la légalité du contrat qui est visée et dans ce cas, il n'est pas possible de transiger et, donc, de concilier.

¹⁰⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Auto del 18 de julio de 2007, *Radicación Número : 25000-23-26-000-2001-00072-01(31838)*, M.P. : Ruth Stella Correa.

¹⁰⁶ Ley 80 del 28 de octubre de 1993, "*Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación Pública*", Diario Oficial N° 41094 del 28 de octubre de 1993, artículo 41. Modifiée par l'article 23 de la Loi 1150 du 16 juillet de 2007.

contrat est plus évidente¹⁰⁷. Le juge peut, alors, déclarer l'existence du contrat et ordonner les rétablissements économiques et le versement des indemnités respectives.

La révision du contrat peut aussi être l'objet de l'action contractuelle ou peut être une prétention invoquée. Le plaidant cherche dans ce cas, le rétablissement des droits économiques obtenus du contrat en raison de l'existence de circonstances spéciales telles que l'imprévision, le fait du prince, les changements de prix, qui cassent la commutativité et la légalité de la relation contractuelle. Le but est d'obtenir une indemnité suite à la rupture de l'équilibre contractuel. Il n'est pas question de chercher la modification du contrat car le juge n'est pas compétent pour faire un nouveau contrat en méconnaissant le processus contractuel et les normes qui réglementent la sélection objective des cocontractants. Cela serait aussi contraire aux principes de transparence, de légalité, de sélection objective et

¹⁰⁷ Ley 80 del 28 de octubre de 1993, "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación Pública", Diario Oficial N° 41094 del 28 de octubre de 1993, artículo 42 : « Il existe *Urgencia manifiesta*, lorsque la continuité du service exige la fourniture de biens, ou la prestation de services, ou l'exécution d'un travail immédiat ; ou lorsque l'on est face à des situations propres à des états d'exception liés à des calamités ou à des cas de force majeure ou désastres qui nécessitent des actions immédiates et, en général, quand il s'agit de situations similaires qui rendent impossible l'utilisation des procédures normales. L'*urgencia Manifiesta* est déclarée par un acte administratif ». Traduction au français par Verónica Peláez G. (Texte en espagnol : «*Existe urgencia manifiesta cuando la continuidad del servicio exige el suministro de bienes, o la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro; cuando se presenten situaciones relacionadas con los estados de excepción; cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas y, en general, cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección*»). Voir Aussi, Corte Constitucional, *Sentencia C-949 del 5 de septiembre de 2001*, M.P. : Clara Inés Vargas Hernández. En conformité avec cet article la Cour constitutionnelle a considéré que : l'*Urgencia manifiesta* constitue une exception justifiée aux procédures réglementaires de sélection objective car son application obéit à l'existence de situations évidentes de calamité publique ou de désastres qui affectent de manière imminente la prestation d'un service. Ce sont des situations qui par leur propre nature rendent impossible l'utilisation de la procédure réglementaire du cocontractant ». Traduction au français par Verónica Peláez G. (Texte en espagnol: "*La urgencia manifiesta constituye una excepción justificada a los procedimientos existentes de selección objetiva porque su aplicación obedece a la existencia de situaciones evidentes de calamidad pública o de desastres que afectan de manera imminente la prestación de un servicio. La naturaleza misma de las situaciones hacen imposible la utilización procedimiento de selección del contratante establecido*").

surtout à la loi contractuelle qui autorise les parties, mais non le juge, à modifier un contrat administratif¹⁰⁸.

De plus, il est possible de demander au juge qu'il constate la non-exécution du contrat, qu'il y mette un terme ou qu'il prononce sa résolution. Le fondement normatif, dans ce cas, est l'article 1546 du Code civil. Ainsi, les contrats bilatéraux comportent une condition de résolution tacite, en cas de non-exécution par un des cocontractants. Celui qui a exécuté le contrat, ou qui l'a accepté, peut demander sa résiliation ou résolution, son exécution, ainsi qu'une indemnité pour les dommages causés en raison de sa non-exécution.

Toutes ces prétentions ont un contenu économique et un caractère particulier, il est donc possible de disposer et en conséquence de concilier extrajudiciairement et judiciairement ; de plus la normativité exige que la conciliation soit épuisée comme préalable obligatoire, comme c'est aussi le cas pour des prétentions reliées avec la responsabilité extracontractuelle de l'État.

42. La prétention de réparation directe est consacrée à l'article 140 du Nouveau code. C'est une des prétentions (actions) indiquées dans l'article 13 de la Loi 1285 de 2009 face auxquelles il est obligatoire d'épuiser le préalable obligatoire de conciliation quand l'affaire qu'on examine est conciliable. Cette prétention se caractérise comme de nature subjective, individuelle et temporaire. Elle pourra être invoquée par la personne qui se croit lésée ou touchée par un fait, une omission, une opération administrative ou par l'occupation temporaire ou permanente d'un immeuble en raison de travaux publics ou pour toute autre cause arrivée sur le territoire colombien. Cette personne pourra solliciter directement auprès de la juridiction administrative qu'on lui répare les dommages causés et qu'on lui reconnaisse les autres indemnisations auxquelles il y a lieu¹⁰⁹. On est

¹⁰⁸ J. SANTOFIMIO GAMBOA, *Tratado de Derecho Administrativo Contencioso Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Cuarta Edición, T. III, 2004, p. 234-235.

¹⁰⁹ J. SANTOFIMIO GAMBOA, *Tratado de Derecho Administrativo*, Bogota, Universidad Externado de Colombia, Cuarta Edición, T. II, 2004, p.109 et ss. En Colombie, sont considérés comme « faits » les phénomènes ou situations avec caractère propre qui se produisent indépendamment de la volonté de l'administration, lesquels produisent des effets juridiques en ce qui la concerne. On considère comme « faits » toutes les situations produites par des phénomènes physiques, par l'interrelation involontaire entre la nature et

face à une prétention réparatrice à l'occasion de la responsabilité extracontractuelle de l'État pour les causes énoncées précédemment. On exclut comme cause de responsabilité les actes administratifs.

43. Les motifs et les buts de cette prétention réparatrice sont déterminés par un jugement de responsabilité de l'État qui mène à la reconnaissance des indemnisations pertinentes suite aux préjudices provoqués. La responsabilité extracontractuelle de l'État trouve son fondement dans l'article 90 de la Constitution. Le principe qui régit l'analyse juridique dans la prétention de réparation directe est celui *iura novit curia*. Il ne revient pas à la personne intéressée d'exposer les raisons juridiques de sa prétention, mais les situations de

l'homme ou par la seule intervention de l'homme. Le fait acquerra des connotations juridiques s'il lie l'administration en lui imposant des obligations. Dans le fait, la volonté de l'administration n'est pas présente. On considère comme opérations administratives l'ensemble des activités administratives qui cherchent l'exécution de la décision légale ou administrative. L'opération administrative est en rapport avec l'efficacité de la décision. La volonté de l'administration est présente mais celle-ci est postérieure à la décision puisqu'avec l'opération on cherche la matérialisation des décisions légales ou administratives. Les opérations peuvent exécuter une décision écrite ou verbale. Celles-ci peuvent être ordinaires ou obligatoires, ces dernières constituent l'exception. Les premières reçoivent cette dénomination quand le destinataire les fera valoir et les accomplira, les secondes, comportent une coercition et l'utilisation de procédures légales de contrainte écrites ou verbales et d'accomplir les actes indispensables pour exécuter ce qui est décidé. Finalement, les omissions sont les abstentions de l'administration qui la lient juridiquement. L'omission engage non seulement la responsabilité de l'État mais aussi la personne du fonctionnaire qui agit au nom de l'administration.

L'administration occupe temporairement un immeuble quand elle entrera en possession de ce dernier, ou est installée là de manière temporaire pour s'occuper d'une nécessité spécifique. Dans ce cas le terme de caducité de l'action de réparation directe est compté à partir du moment où cesse l'occupation, puisqu'on comprend que celui qui est affecté cherche l'indemnisation des préjudices provoqués pendant le temps qu'a duré cette occupation. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 2 de septiembre de 2000, *Radicación Número 18086*, M.P. : Ariel Hernández. L'indemnisation pour occupation permanente ou temporaire d'immeuble pour des travaux publics se forme avec la preuve qu'une partie ou la totalité d'un immeuble pour lequel on présente le droit de domaine a été de façon permanente occupée ou de manière temporaire par l'administration ou par les particuliers qui ont agi autorisés par celle-ci. Dans ce cas, les dommages consistent en la lésion du droit subjectif, réel ou personnel de la personne qui demande. Le dommage comprendra non seulement les préjudices dérivés de l'affectation du droit de propriété, mais aussi les préjudices dérivés de l'occupation juridique de l'immeuble, par la limitation à l'exercice des facultés propres des droits réels et à l'affectation ou dommage au droit de possession qui est exercé en ce qui concerne l'immeuble occupé. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 10 de agosto de 2005, *Radicación Número 15001-23-31-000-1990-10957-01 (15338)*, M.P. : Ruth Stella Correa Palacios.

fait constitutives du fait, l'action, l'omission, l'opération ou l'occupation, pour que le juge administratif décide sur la base du droit qui lui est applicable. Du point de vue de technique juridique celui qui demande doit démontrer la présence et les effets des phénomènes indiqués et les dommages causés à l'occasion de ces derniers pour déduire à partir de ce jugement l'indemnisation des préjudices matériels et moraux qui ont été provoqués, indemnisation qui doit chercher la réparation intégrale des dommages causés¹¹⁰.

44. La responsabilité de l'État peut être prononcée quand, suite à l'action ou à l'omission de l'un de ses agents, on provoquera des dommages anti juridiques à une personne ; on parlerait dans ce cas d'une responsabilité pour faute. Mais on a aussi reconnu la possibilité d'engager la responsabilité de l'État quand une personne souffre des dommages qu'elle n'est pas dans l'obligation de supporter ; dans ce cas il existe une absence de faute et l'activité de l'État est légitime mais le particulier qui souffre les dommages n'est pas dans l'obligation de les supporter. C'est le cas des activités risquées ou dangereuses ou celui de la rupture de l'égalité face aux charges publiques¹¹¹. En conclusion, la prétention de réparation directe étant toujours une prétention réparatrice, les affaires que l'on examine par son biais sont de caractère particulier et de contenu économique et, pour cette raison, susceptibles de conciliation extrajudiciaire et judiciaire et le préalable de conciliation est obligatoire dans tous les cas.

45. Ainsi, face à l'approbation d'une conciliation qui a traité des préjudices et de leur taxation par le décès d'un fonctionnaire public pour avoir omis de lui offrir la protection nécessaire bien qu'elle ait été sollicitée par celui-ci, le Conseil d'État a considéré que le fonctionnaire « *[en] vertu de ses fonctions a été menacé par des groupes armés hors la loi. La victime directe a informé la police des menaces formulées à son encontre, une année avant que son décès ne se produise. La commune de San Juan Nepomuceno présentait, à l'époque des faits, des troubles d'ordre public dus aux actes de violence perpétrés par des groupes paramilitaires et des groupes de guérilla. Les mesures prises par la police nationale pour*

¹¹⁰ J.A PALACIO HINCAPIE, *Derecho procesal Administrativo*, Bogotá : Librería Jurídica Sanchez R. LTDA, 7^a édition, p. 299-313.

¹¹¹ *Idem*.

s'occuper des demandes faites par la victime n'ont pas été appropriées puisqu'elles se sont limitées à des recommandations personnelles telles que « ne pas fréquenter de lieux publics, varier la routine de ses déplacements, être en contact avec des autorités de police » ainsi que des conseils peu utiles, comme « améliorer les relations avec les autorités de police et le Ministère public », ce qui n'a en aucune façon constitué des mesures concrètes et appropriées pour garantir sa vie, en particulier si l'on considère que la direction des services de sécurité de la police nationale avait établi que les conditions de sécurité de la victime étaient minimales, ce qui a permis que les menaces contre lui se soient matérialisées. L'omission de l'entité a été déterminante pour que ses ennemis causent sa mort, ce qui permet d'imputer la responsabilité patrimoniale à l'État [...] ». Le juge administratif approuve dans ce cas une conciliation pour une valeur équivalente à 85 % de la valeur de la condamnation établie par le juge de première instance, outre la reconnaissance des intérêts respectifs à partir de l'effet exécutoire de la décision approuvant l'accord conciliatoire¹¹².

En outre, au moment d'approuver une conciliation pour les dommages provoqués par une occupation d'immeuble pour des travaux publics, le Conseil d'État a considéré : « [...] L'occupation permanente qui a été faite d'un lot de terrain de propriété de la corporation demanderesse, existe en prouvant que la partie du bien immeuble a été occupée de façon permanente par l'administration ou par les particuliers qui ont agi sous leur autorisation. Quelques hypothèses ou éléments doivent être donnés pour déclarer la responsabilité patrimoniale de l'État, comme les dommages anti juridiques, qui consistent dans le cas d'une occupation permanente ou temporaire en la lésion causée au droit réel de propriété du demandeur, qui n'a pas devoir

¹¹² Voir aussi, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Auto del 31 de enero de dos mil ocho (2008), *Radicación Número : 50001-23-31-000-1998-00076-02(29107)*, M.P. : Myriam Guerrero de Escobar. Voir aussi, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 25 de enero de 2007, *Radicación Número : 25000-23-26-000-2000-00947-01(26889)*, M.P. : Mauricio Fajardo Gómez, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 30 de enero de 2008, *Radicación Número : 76001-23-31-000-1997-03681-01(18291)*, M.P. : Mauricio Fajardo Gómez.

juridique de la supporter et, l'imputation des dommages à l'entité demandée, par l'occupation permanente, totale ou partielle, du bien respectif. L'État, pour sa part, pourra seulement être libéré de sa responsabilité si est démontrée une rupture dans la relation causale par l'existence d'une cause étrange, comme par exemple un événement de force majeure, le fait exclusif d'un tiers ou le fait exclusif de la victime. De l'analyse conjointe des aspects de fait et des aspects juridiques qui sont exposés, on conclut que la commune de Barranquilla a occupé de manière permanente une bande de terrain de l'immeuble de propriété du club demandeur en le privant, par conséquent, du droit de domaine et des prérogatives qui en découlent. Ce fait entraîne la cause des dommages pour le propriétaire du bien et, par conséquent, le devoir corrélatif de l'administration de concourir à son indemnisation. Pour ces raisons le juge décide d'approuver la conciliation réalisée [...] »¹¹³. La valeur accordée comme réparation équivaut à 84,6 % de la valeur de la condamnation en première instance. Dans ce cas, l'accord dûment approuvé constitue le titre translatif du domaine de l'immeuble.

Les prétentions propres de la réparation directe ont toutes un contenu économique, la conciliation dans ces affaires permet que les entités publiques puissent reconnaître une indemnisation pour les préjudices causés par leur action, omission, opérations administratives et occupation permanente ou temporaire d'un immeuble pour des travaux publics¹¹⁴. Mais il existe une procédure particulière et spéciale qu'il faut analyser qui correspond à la violation des droits humains et qui admet un régime spécial de conciliation en dehors du régime établi dans le cas des prétentions propres de réparation directe mais qui continuent à être des prétentions réparatrices qui trouvent leur fondement dans l'article 90 de la constitution colombienne.

¹¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 28 de marzo de 2007, *Radicación N° 08001-23-31-000-1992-07216-01(23960)*, M.P. : Mauricio Fajardo Gómez.

¹¹⁴ J.A PALACIO HINCAPIE, *Derecho procesal Administrativo*, Bogotá, Librería Jurídica Sanchez R. LTDA, Op.Cit., p.311.

46. Le régime réglementé par la Loi 288 de 1996 comporte une procédure de conciliation auprès du Ministère public en Colombie et avec l'approbation du juge administratif quand il existe une décision préalable et écrite du Comité de droits humains de l'Accord international de droits civils et politiques¹¹⁵ ou de la Commission interaméricaine de droits humains (CIDH) de l'Organisation des États Américains (OEA) qui conclut en ce qui concerne un cas concret, que l'État colombien a en couru dans une violation de droits humains et qu'il faut indemniser les préjudices correspondants¹¹⁶. Dans les deux cas, il faut l'avis préalable et

¹¹⁵ L'Accord International de Droits Civils et Politiques, dispose qu'un Comité de Droits Humains s'établira et qu'il sera composé de dix-huit membres. L'élection des membres du Comité sera effectuée dans une réunion des États parties à l'accord, convoquée par le Secrétaire Général des Nations Unies au Siège de l'Organisation. Dans cette réunion, pour laquelle le quorum sera constitué par deux tiers des États parties, seront choisis comme membres du Comité les candidats qui obtiendront le plus grand nombre de votes et la majorité absolue des votes des représentants des États parties présents. Les décisions du Comité seront prises par majorité des votes des membres présents. Mais c'est le protocole facultatif de l'Accord International de Droits Civils et Politiques qui autorise le Comité à recevoir et à considérer des communications d'individus qui allèguent être victimes de violations des droits énoncés dans l'Accord. Il est nécessaire que celui qui présente la communication respective ait épuisé toutes les ressources internes disponibles, à moins que leur démarche soit sans prolongation justifiée. En outre, l'affaire ne peut pas avoir été soumise à une autre procédure d'ajustement international. Le Comité ne recevra pas de communications anonymes, ou qui constituent un abus de pouvoir ou si elle est incompatible avec les dispositions de l'accord. La communication présentée sera soumise à la connaissance de l'État partie concerné, lequel devra se prononcer dans les six mois suivants en présentant les explications respectives ou en expliquant les mesures internes adoptées.

¹¹⁶ La Commission Interaméricaine de Droits Humains (CIDH) est l'un des deux organismes du système interaméricain de protection et promotion des droits humains dans les Amériques. Son siège est à Washington, D.C. L'autre organe est la Cour Interaméricaine de Droits Humains, dont le siège est à San José, au Costa Rica. La CIDH est un organe principal et autonome de l'Organisation des États Américains (OEA), dont le mandat apparaît dans la charte de l'OEA et la Convention Américaine sur les Droits Humains, et qui agit en représentation de tous les pays membres de l'OEA. Elle est intégrée par sept membres indépendants, qui ne représentent aucun pays en particulier et qui sont choisis par l'Assemblée Générale. La CIDH se réunit dans des périodes ordinaires et extraordinaires avec sessions plusieurs fois par an. En avril 1948, l'OEA a approuvé la Déclaration Américaine sur les Droits et les Devoirs de l'Homme, à Bogota, en Colombie, le premier document international de droits humains de caractère général. La CIDH a été créée en 1959, en se réunissant pour la première fois en 1960. Depuis 1965, la CIDH a été expressément autorisée à recevoir et à traiter des dénonciations ou des demandes sur des cas individuels où on alléguait des violations des droits humains. Jusqu'en 1997 elle a reçu plusieurs dizaines de milliers de demandes dont seulement près de 12.000 ont été traitées ou sont en cours de traitement. En accord avec la Convention Américaine de Droits de l'Homme, article 44, toute personne ou groupe de personnes, ou organisme non gouvernemental légalement reconnu dans un ou plusieurs États membres de l'Organisation,

favorable d'un Comité composé de représentants du ministre de l'Intérieur, du ministre des Affaires étrangères, du ministre de la Justice et du Droit et du ministre de la Défense nationale¹¹⁷.

47. Le Comité pourra donner un avis favorable ou ne pas le donner. Dans le premier cas, il le rendra fondé, entre autres aspects, sur les preuves existantes, les décisions internes préalables et l'activité assortie de l'organe international respectif. Dans le second cas, il devra communiquer sa décision au gouvernement colombien pour qu'on interpose les recours juridiques auxquels il y a lieu. Si aucun recours n'est recevable ou si le délai est déjà expiré, le pays devra accomplir la décision prise et le Comité interne devra rendre un avis favorable. En tout cas, à partir de la notification de la décision le Comité dispose d'un délai de 45 jours pour

peut présenter à la CIDH des demandes qui contiennent des dénonciations ou des plaintes de violation de cette Convention par un État partie. Pour qu'une demande ou une dénonciation pour violation à des droits humains soit considérée admissible il est nécessaire qu'elles aient été interposées et que soient épuisées les ressources de juridiction interne ; qu'elles aient été présentées dans le délai de six mois suivant la notification de la décision définitive à ce qui est présumé lésé, que la matière de la demande ou de la communication ne soit pas en cours de traitement par une autre procédure d'ajustement international, et qu'elles contiennent le nom, la nationalité, la profession, le domicile et la signature de la personne ou des personnes ou du représentant légal de l'organisme qui soumet la demande. L'article 45 de la convention indique qu'il ne sera pas nécessaire d'épuiser les recours internes ni d'attendre la décision définitive quand il n'existera pas dans la législation interne de l'État dont il s'agit le processus légal nécessaire pour la protection du droit ou des droits allégués qui ont été violés ; on n'aurait pas permis à ce qui est présumé lésé dans ses droits l'accès aux ressources de la juridiction interne, et quand il y aurait un retard injustifié dans la décision sur les recours mentionnés.

¹¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 7 febrero 2002, *Expediente Número 18331*. « [...] Les recommandations de la Commission interaméricaine de droits humains en principe, sont obligatoires pour l'État colombien, pour avoir souscrit et ratifié sans réserve la Convention Américaine de Droits Humains [...] ». « [...] Les indemnisations que recommande la Commission ne pourraient se disposer par sentence judiciaire dictée que dans les processus promus par les personnes intéressées auprès des organismes judiciaires compétents, ou par conciliation de l'État avec les intéressés effectuée dans le même processus [...] ». Traduction au français par Verónica Peláez G. (Texte en espagnol : “[...] *Las recomendaciones de la Comisión interamericana de derechos humanos en principio, son obligatorias para el Estado colombiano, por haber suscrito y ratificado sin reservas, la Convención Americana de Derechos Humanos [...]. [...] Las indemnizaciones que recomienda la Comisión solo podrían disponerse mediante sentencia judicial proferida en los procesos promovidos por las personas interesadas ante los organismos judiciales competentes, o mediante conciliación del Estado con los interesados efectuada en el mismo proceso [...]*”).

rendre son avis. Si celui-ci est favorable, le gouvernement présentera une demande auprès de l'agent du Ministère public délégué auprès du tribunal administratif qui serait chargé de l'affaire au niveau interne pour laquelle il est cité à comparaître en audience de conciliation pour décider de l'indemnisation correspondant aux préjudices soufferts¹¹⁸. Une fois reçue la demande de conciliation, l'agent du Ministère public cite à comparaître les intéressés qui doivent présenter les preuves nécessaires pour démontrer leur intérêt légitime et l'estimation des préjudices¹¹⁹. Les preuves présentées et les prétentions formulées seront communiquées au gouvernement puis le Ministère public citera à comparaître à la procédure de conciliation¹²⁰. La conciliation se fera sur la valeur de l'indemnisation et la taxation des préjudices en appliquant les critères de la jurisprudence nationale en vigueur. Mais on ne pourra reconnaître des indemnisations que pour les préjudices dûment prouvés et issus des faits, objets de la décision de l'organe international.

En outre, même si l'action correspondante est expirée, l'État devra réparer et indemniser les victimes de violations de droits humains quand un organisme international de droits humains l'aura déclaré responsable et lorsque le

¹¹⁸ L'affaire devra être résolue dans un délai qui ne pourra dépasser trente (30) jours, comptés à partir de la présentation de la demande.

¹¹⁹ En accord avec l'article 9° de la Loi 288 du 5 juillet 1996, dans les aspects relatifs à la démarche de conciliation non prévus dans cette loi, on donnera une application à la Loi 23 de 1991 et aux autres dispositions légales et réglementaires qui règlent la conciliation.

¹²⁰ Ley 288 del 5 de julio de 1996, Diario Oficial N° 42.826, del 9 de julio de 1996, « *Por medio de la cual se establecen instrumentos para la indemnización de perjuicio a las víctimas de violaciones de derechos humanos en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales de Derechos Humanos* », artículo 2°, parágrafo 4° « Sera engagée la démarche mentionnée dans cette loi même lorsqu'auront expiré les actions prévues dans le droit interne aux effets d'obtenir l'indemnisation de préjudices pour des faits violant des droits humains, pourvu qu'on remplisse les conditions établies dans cet article ». Traduction au français par Verónica Peláez G. (Texte en espagnol : «*Habrà lugar al trámite de que trata la presente Ley incluso si hubieren caducado las acciones previstas en el derecho interno para efectos de obtener la indemnización de perjuicios por hechos violatorios de los derechos humanos, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en este artículo*»).

Comité interministériel aura émis un avis favorable. L'accord conciliatoire pourra être judiciaire ou extrajudiciaire¹²¹.

48. L'accord obtenu figurera dans un acte qui sera avalisé par l'agent du Ministère public qui agit comme conciliateur et sera envoyé au juge du Tribunal administratif respectif pour que le magistrat auquel il correspond décide si la conciliation s'avère préjudiciable aux intérêts patrimoniaux de l'État, ou si elle peut être viciée de nullité. La décision approuvant la conciliation aura la portée d'un crédit judiciairement reconnu et effet de chose jugée et mettra fin à tout processus qui aura été engagé contre l'État par les bénéficiaires de l'indemnisation pour les faits qui sont matière de la conciliation. Mais il est possible que le juge considère que l'accord est préjudiciable au patrimoine public ou qu'il soit vicié de nullité. Dans ce cas, les intéressés pourront reformuler l'accord devant le magistrat pour qu'il soit approuvé et, si la nullité est relative, l'accord pourra être corrigé et soumis encore une fois à l'approbation judiciaire. Finalement, le paiement qu'effectue l'État colombien au titre des conciliations dûment approuvées ou en vertu de l'incident promu permettra d'exercer l'action récursoire si les éléments sont réunis pour cela.

En tout cas, il est nécessaire de préciser que la procédure de conciliation expliquée précédemment et correspondant à celle de la Loi 288 de 1996, ne sera pas applicable quand il existera déjà une décision judiciaire de l'organisme international compétent pour définir la manière dont doit se réaliser la réparation intégrale des dommages causés en raison d'une violation de droits humains.

En outre, la jurisprudence de la Cour Interaméricaine de droits humains a admis que dans le droit interne on ait commencé le processus tendant à

¹²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 19 de julio de 2007, *Radicación Número : 15001-23-31-000-1995-05734-01(17639)*, M.P. : Mauricio Fajardo Gómez.

l'indemnisation des dommages cause. Selon la Cour, dans le cas où elle déciderait de condamner, seront déduits les montants payés au niveau interne, étant donné que selon les règles du droit à la réparation intégrale, il n'est pas possible de réparer deux fois un même préjudice ou dommage. En conclusion, indépendamment de l'existence ou non de processus judiciaires au niveau interne, l'organisme international ne perd pas compétence pour vérifier s'il a existé une violation ou une ignorance des droits protégés par la Convention interaméricaine de droits humains.

49. Cette même position doit être adoptée s'il existe une décision internationale avant une décision interne. Selon cette hypothèse, il peut exister une décision judiciaire de la Cour interaméricaine de droits humains et les parties ont pu promouvoir des processus judiciaires au niveau interne ou vouloir commencer un procès avec la possibilité de tenir des conciliations judiciaires, ou des conciliations extrajudiciaires. Dans ce cas, il est nécessaire de définir quelle doit être la solution à adopter dans les cas où le juge compétent au niveau interne constate qu'il a existé une condamnation internationale de la Cour Interaméricaine de droits humains sur l'affaire qu'il connaît au niveau interne. Sur le particulier, deux solutions sont possibles, raison pour laquelle on abordera l'analyse spécifique de chacune d'elles pour déterminer laquelle correspond le mieux aux postulats constitutionnels y compris le bloc de constitutionnalité et les dispositions légales :
« [...] *Une première solution indiquerait qu'il est parfaitement possible d'avancer simultanément des processus internes et internationaux pour poursuivre l'indemnisation du préjudice, et que, par conséquent, il peut exister une décision judiciaire internationale contre l'État colombien prononcée par la Cour interaméricaine de droits humains, et au niveau interne, pourront coexister des processus judiciaires. Une seconde possibilité reconnaît que la juridiction et la compétence de la Cour interaméricaine de droits humains, en définissant le cas soumis à sa considération, par sentence, épuisent toute possibilité de soumettre l'affaire au niveau interne, dans la mesure où la décision internationale, en établissant la réparation intégrale des dommages décrète les indemnisations auxquelles il y a lieu et ordonne d'entamer les processus pénaux et disciplinaires respectifs, en outre, elle définit la polémique avec des effets de chose jugée internationale et, par conséquent, toute manifestation additionnelle ou contraire*

par un organe judiciaire au niveau interne deviendrait illégale, dans la mesure où elle méconnaîtrait la décision internationale de la chose jugée [...] »¹²². Face aux deux possibilités présentées, le Conseil d'État colombien a décidé de ne pas approuver l'accord obtenu puisque la sentence qui met fin au processus au niveau interne pourra déterminer les effets substantiels et de procédure que produit celle fournie par la Cour interaméricaine de droits humains¹²³.

Ce qui précède signifie qu'il fait valoir la première position expliquée précédemment et ne considère pas incompatibles la décision internationale et le processus au niveau interne. Mais la position adoptée par le Conseil d'État permettrait de penser qu'une conciliation s'avérerait incompatible et qu'on aurait besoin d'une décision judiciaire en termes de sentence judiciaire pour pouvoir déterminer les effets réels de la décision de la Cour interaméricaine de droits humains, ce qui ne serait pas possible en utilisant la conciliation. L'existence d'une décision condamatoire d'un organisme international permettra de conclure que la réparation intégrale ordonnée obéit à la valeur qu'en termes de justice doivent recevoir les victimes pour le préjudice causé. Face à la décision judiciaire internationale, il reviendra au juge interne de définir s'il y a lieu ou non de procéder à d'autres réparations qui finalement peuvent être définies par le juge interne en conformité avec les règles existantes dans une décision judiciaire, ce qui ne peut être laissé à la volonté des parties dans une conciliation. Une décision d'un juge international et le montant reconnu comme indemnisation pour déterminer une réparation intégrale n'est pas une affaire qui admet la conciliation, mais relève exclusivement d'une décision judiciaire¹²⁴.

Il est aussi nécessaire de rappeler que l'approbation des accords conciliatoires obtenus dans le cadre de la Loi 288 de 1996 dépend aussi du fait que l'accord conciliatoire n'est pas préjudiciable au patrimoine public. Le

¹²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 16 de mayo de 2007, *Radicación Número : 05001-23-31-000-1998-02290-01(29273)*, C.P. : Enrique Gil Botero.

¹²³ *Idem.*

¹²⁴ *Idem.*

Conseil d'État a considéré que : « *bien que [la loi 288 de 1996] constitue une avance indéniable pour que soit effectif l'article 90 de la Constitution et pour que l'État respecte les accords et les traités internationaux en matière de défense de droits humains, il n'admet pas non plus que son application imprudente produise des enrichissements injustes, proscrits dans tout ordre juridique national ou international. [...]* ». La taxation des préjudices doit être effectuée en conformité avec « *les critères de la jurisprudence nationale en vigueur, et toujours, ces indemnisations, doivent évidemment correspondre à des préjudices dûment vérifiés et qui ont un lien de causalité avec les faits objet de la décision de l'organe international [...]* ». Ainsi, à propos d'une conciliation où l'on prétendait reconnaître des préjudices dérivés d'une violation de droits humains, au sujet de laquelle le Comité de droits humains avait déterminé l'existence de cette violation, il est possible de reconnaître les préjudices et les intérêts qui sont causés, mais sous certains paramètres. La jurisprudence du Conseil d'État accepte la reconnaissance des préjudices et d'intérêts par voie de conciliation mais ceux-ci doivent être évalués de façon correcte par le juge pour éviter que l'accord ne devienne préjudiciable au patrimoine public¹²⁵. Il est clair que l'article 90 de la Constitution cherche entre

¹²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 5 de marzo de 1998, *Radicación Número 13842*, C.P.: Luis Fernando Olarte Olarte. À titre d'exemple : face à la taxation de préjudices et à la reconnaissance d'intérêts à une personne qui a dû laisser son travail comme professeur le Conseil d'État clarifie que : « [...] Si les préjudices soufferts comprennent la période qui va de 1983 jusqu'à juillet 1986, date à laquelle la victime a cherché asile mais les violations à ses droits ont été constatées par le Comité de Droits Humains, le 23 août 1990. La constatation de ces violations a imposé l'obligation de payer une indemnisation adéquate pour la victime. Ce qui précède signifie que la période comprise entre le 1^{er} août 1986 et le 23 août 1990 est celle qui doit être indemnisée car jusqu'à cette dernière date, la Colombie ne recevait encore aucune sanction ou observation pour les faits dénoncés par la victime. Depuis cette date, le cas a été conclu, en attendant que la Colombie s'occupe des observations du Comité. Le capital correspondant à cette période doit être actualisé selon l'indice des prix de la fin du mois précédant celui où s'est faite la liquidation. L'indice initial sera celui qui correspond mois après mois, selon la progression du salaire et autres prestations non touchées jusqu'au 23 août 1990. Cela est le résultat de l'indemnisation adéquate et directement en rapport avec le préjudice souffert, pour dédommager les dommages émergents. Les intérêts qu'a dû rendre le capital seront de 6% annuels, selon les normes du C.c, calculé par année ou fraction et au titre de manque à gagner. Seulement après approbation de l'accord conciliatoire sur la liquidation de préjudices, courent les intérêts commerciaux et moratoires dont traite l'article 177 du C.C.A., jamais avant. L'erreur de la conciliation sur ce point est évidente, parce qu'elle a prétendu appliquer cette règle à partir de la décision de la communication 195/1985

autres finalités, la réparation intégrale des victimes mais dans le cadre de la justice, des preuves existantes et de la protection du patrimoine public. Un accord conciliatoire ne peut être lésionnaire du patrimoine public même s'il correspond à une indemnisation pour violation de droits humains. C'est un interdiction générale.

appelée et dictée le 12 juillet 1990, mais divulguée le 23 août de cette année. La décision ne contenait, concrètement, aucune quantité d'argent qui produise les intérêts dont traite ledit article, non plus qu'il n'était pas possible de l'exiger dans l'ordre interne. Donc, il n'est pas justifié que depuis cette date, l'accord reconnaisse l'actualisation et les intérêts commerciaux et moratoires. Cette pratique lèse gravement le patrimoine de l'État. Le taux des intérêts commerciaux et moratoires ne peut être appliqué qu'en ce qui concerne des sentences ou des décisions qui contiennent, concrètement, des condamnations contre l'État. Cette circonstance n'existe pas dans le cas objet d'analyse, donc les intérêts à liquider n'étaient pas ceux-là. Ce sont, comme il a déjà été expliqué, les intérêts légaux du 6 % annuels ». Traduction au français par Verónica Peláez G. (Texte en espagnol : *A manera de ejemplo frente a la tasación de perjuicios y el reconocimiento de intereses de quien tuvo que dejar su trabajo como profesor dicho auto deja claro que: "[...] Entonces si los perjuicios sufridos comprenden el período de 1983 y hasta julio de 1986, fecha en que la víctima buscó asilo [P] ero las violaciones a sus derechos fueron constatadas por el Comité de Derechos Humanos, el 23 de agosto de 1990. La constatación de dichas violaciones impuso la obligación de pagar una indemnización adecuada en favor de la víctima. Significa lo anterior que el período comprendido entre el 1º de agosto de 1986 y agosto 23 de 1990 es el que debe indemnizarse porque hasta esta última fecha, Colombia aún no recibía sanción u observación alguna por los hechos denunciados por la víctima. Desde esa fecha, el caso quedó concluido, a la espera de que Colombia atendiera las observaciones del Comité. El capital comprendido en ese período debe actualizarse con el índice final del mes anterior al que se hace la liquidación. El índice inicial será el que corresponda mes a mes, conforme se iba causando el sueldo y demás prestaciones no devengadas hasta el 23 de agosto de 1990. Ese es el resultado de la indemnización adecuada y directamente relacionada con el perjuicio sufrido, para resarcir el daño emergente. Los intereses que ha debido rendir el capital serán del 6% anual, según las normas del código civil, calculado por año o fracción y a manera de lucro cesante. Sólo después de aprobado el acuerdo conciliatorio, o en firme el auto que apruebe la liquidación de perjuicios, habrá lugar a los intereses comerciales y de mora de que trata el artículo 177 del C.C.A., nunca antes. El yerro de la conciliación en este punto es rampante, pues pretendió aplicar esta regla a partir de la decisión de la llamada comunicación 195/1985, dictada el 12 de julio de 1990, pero divulgada el 23 de agosto de ese año. La decisión no contenía, en concreto, ninguna cantidad de dinero que produjera los intereses de qué trata el citado artículo, ni era posible exigirla en el orden interno. Luego, no es justo que desde esa fecha el acuerdo reconozca actualización e interés comerciales y moratorios. Esa práctica lesiona gravemente el patrimonio del Estado. La tasa de los intereses comerciales y moratorios sólo se aplica respecto de sentencias o autos que contengan, en concreto, condenas en contra del Estado. Esta circunstancia no se caso objeto de análisis, luego no eran esos los intereses a liquidar. Son como ya se explicó, los legales del 6% anual").*

50. D'autres matières distinctes de ce qui est contractuel, ou qui mettent en cause la responsabilité extracontractuelle de l'État méritent aussi d'être étudiées en matière de conciliation, telles que les affaires en rapport avec l'action récursoire et l'appel en garantie, matières qui admettent toujours la conciliation et sont liées à une prétention du ressort du juge administratif. Conformément à la Loi 678 de 2001, il est possible de concilier dans les affaires propres à l'action récursoire et à l'appel en garantie¹²⁶. Cette solution trouve aussi son fondement constitutionnel dans l'article 90 de la Constitution. L'incise première de cet article consacre la clause générale de responsabilité de l'État : « *L'État répondra patrimoniallement des préjudices anti juridiques qui pourraient lui être imputés et qui sont causés par l'action ou l'omission des autorités publiques* »¹²⁷. La responsabilité de l'État se présente lorsqu'il existe un préjudice anti juridique qui peut lui être imputé, lorsque ce préjudice est causé par l'action ou l'omission des autorités publiques ou des particuliers qui exercent des fonctions publiques et lorsqu'il existe un lien de causalité entre le préjudice anti juridique et l'action ou l'omission de l'autorité publique ou du particulier¹²⁸.

51. Pour qu'une entité publique puisse utiliser l'action récursoire, il faut qu'elle soit condamnée à réparer le préjudice causé par le particulier qui exerce des fonctions publiques, ou le fonctionnaire, ou ex fonctionnaire, avec une conduite dolosive ou par sa faute grave et que l'entité publique ait payé totalement la somme à laquelle elle a été condamnée¹²⁹. L'alinéa second de l'article 90 de la

¹²⁶ Código de Procedimiento Civil, artículo 57 : « Celui qui a légalement ou contractuellement le droit d'exiger un tiers l'indemnité du préjudice qu'il pourrait subir, ou le remboursement total ou partiel du payement auquel il aurait été tenu suite à une décision judiciaire, pourra demander sa citation au procès pour que soit résolue sa situation [...] ». Traduction au français par Verónica Peláez G. (Texte en espagnol: *Código de procedimiento Civil, Artículo 57 « Quien tenga derecho legal o contractual de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquél, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación [...] »*).

¹²⁷ Constitución Política de Colombia, artículo 90-1: (Texte en espagnol : « *El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas* »).

¹²⁸ Corte Constitucional, *Sentencia C-338 del 3 de mayo de 2006*, Expediente Número D-6017, M.P. : Clara Inés Vargas Hernández.

¹²⁹ *Idem*.

Constitution est le fondement constitutionnel de l'action récursoire¹³⁰. La Loi 678 de 2001 consacre les cas où la conduite du fonctionnaire public ou du particulier qui remplit des fonctions publiques est considérée dolosive ou fautive. Elle consacre aussi les cas où le dol ou la faute sont présumées. La conduite est considérée dolosive quand l'agent de l'État cherche un but différent aux finalités de l'État¹³¹. Il y a faute grave quand le préjudice est la conséquence d'une violation directe de la Constitution ou de la loi s'il est fondé sur l'omission inexcusable ou un dépassement dans ses fonctions¹³².

¹³⁰ Constitución Política, artículo 90-2 : « Si l'État est condamné à réparer patrimoniallement un préjudice qui est la conséquence d'une conduite dolosive ou d'une faute grave d'un de ses agents, l'État doit exercer l'action récursoire contre celui-ci ». Traduction au français par Verónica. Peláez. G. (Texte en espagnol : *“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”*).

¹³¹ Ley 678 del 3 de agosto de 2001, *“Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición”*, Diario Oficial N° 44509 del 4 de agosto de 2001, artículo 5° : « [...] La conduite dolosive est présumée dans les cas suivants : « Agir avec détournement de pouvoir, dicter un acte administratif sans fondement de fait, de droit ou avec fausse motivation, être condamné pénalement et disciplinairement à titre de dol, pour les mêmes préjudices pour lesquels l'État a été condamné, dicter une résolution ou prendre une décision violatrice du droit ». Traduction au français par Verónica Peláez G. (Texte en espagnol : « [...] *Se presume el dolo en los siguientes casos : « Obrar con desviación de poder, haber expedido el acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada, o de la norma que le sirve de fundamento, haber expedido el acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración, haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado, haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial”*).

¹³² Ley 678 del 3 de agosto de 2001, *“Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición”*, Diario Oficial N° 44509 del 4 de agosto de 2001, artículo 6° : « [...] Il existe une présomption de faute grave dans les cas suivants : violation flagrante et inexcusable des normes de droit, agir sans compétence ou avec abus de pouvoir au moment de prendre une décision qui a été annulée, situation considérée comme un erreur inexcusable, omission des formalités substantielles ou de validité des actes administratifs, situation considérée comme un erreur inexcusable, agir contre le principe du procès équitable en matière de garde à vue et de délais processuels ». Traduction au français par Verónica Peláez G. (Texte en espagnol : « [...] *Se presume que la conducta es gravemente culposa por las siguientes causas : Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho, carencia o abuso de competencia para proferir decisión anulada, determinada por error inexcusable, omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable,*

En conclusion, l'action récursoire a un caractère économique, l'intérêt public est présent et elle a pour but la protection des deniers publics. La responsabilité des fonctionnaires est prononcée pour réparer le préjudice causé par leur conduite dolosive ou leur faute grave. L'entité publique est dans l'obligation d'utiliser cette action lorsqu'elle a été condamnée à payer une somme d'argent ou lorsqu'elle a utilisé la conciliation pour mettre fin au différend dont l'origine est dans la conduite toujours dolosive ou fautive du fonctionnaire¹³³ et qu'elle a payé la totalité de la condamnation ou de la conciliation. S'il n'existe pas de dol ou de faute grave du fonctionnaire, l'État ne peut utiliser l'action récursoire même s'il a été déclaré responsable¹³⁴.

Il faut préciser deux choses en matière d'action récursoire. D'une part, les affaires liées à cette action admettent la conciliation extrajudiciaire et judiciaire. Même le Décret 1716 de 2009 disposait dans son texte original que la conciliation extrajudiciaire était obligatoire avant de recourir à l'action récursoire¹³⁵. Cependant, le Conseil d'État a considéré que le décret réglementaire a dépassé ses facultés car il a élargi les effets de l'article 13 de la Loi 1285 de 2009, à l'action récursoire et il n'a pas appliqué cette norme dans cette affaire pour considérer qu'elle était inconstitutionnelle¹³⁶. La Loi 1285 signale expressément les actions qui exigent le préalable obligatoire de conciliation et l'action récursoire n'est pas énoncée. En outre, l'article 37 de la Loi 640 de 2001 signale que le préalable obligatoire ne s'applique pas à l'action récursoire. Par conséquent, le

violar el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con tención física o corporal”).

¹³³ Corte Constitucional, *Sentencia C-285 de 23 de abril de 2002*, M.P. : Jaime Córdoba Triviño.

¹³⁴ *Idem*.

¹³⁵ Decreto 1716 del 14 de mayo de 2009, “*Por el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y el capítulo V de la Ley 640 de 2001*”, artículo 2° parágrafo 3°. « [...] Le préliminaire obligatoire de conciliation signalé pour l'action consacrée dans l'article 86 du C.C.A. est aussi obligatoire pour pouvoir utiliser l'action récursoire consacrée dans l'alinéa second de cet article ». Traduction au français par Verónica Peláez G. (Texte en espagnol : «[...] *En el agotamiento del requisito de procedibilidad de la acción de que trata el artículo 86 del C.C.A., se entenderá incluida la acción de repetición consagrada en el inciso segundo de dicho artículo*”).

¹³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Auto 3 de marzo de 2010, *Radicación Número : 27001-23-31-000-2009-00198-01(37765)*, M.P. : Enrique Gil Botero.

Conseil d'État a décidé de ne pas appliquer le paragraphe 4° du Décret 1716 de 2009 et d'appliquer le paragraphe 1° de l'article 37 de la Loi 640 de 2001, l'article 13 de la Loi 1285 de 2009, ainsi que la Sentence de constitutionnalité de cette loi, la Sentence C-713 de 2008¹³⁷. Cependant, avec l'entrée en vigueur du Nouveau Code ledit paragraphe a été abrogé car l'article 161, numéro 1° n'inclut pas la prétention récursoire dans les prétentions qui exigent l'épuisement de la conciliation comme préalable obligatoire. La disposition considérée comme inconstitutionnelle est abrogé pour le Nouveau code.

Au sujet de l'autorité compétente pour instruire le recours en justice, il faut préciser que la Loi 678 de 2001 dispose que le juge compétent pour instruire l'action récursoire sera le juge qui a rendu la décision dans le procès en responsabilité contre l'État. De plus, si l'action récursoire trouve son origine dans une somme d'argent déboursée par l'État comme conséquence de l'utilisation de la conciliation ou de tout autre mécanisme pour mettre fin aux conflits, le juge compétent pour instruire l'action sera le juge qui a approuvé l'accord conciliatoire ou celui qui est compétent dans le territoire où le conflit a été résolu¹³⁸. La même loi consacre l'obligation d'homologation de l'accord conciliatoire. La règle de la

¹³⁷ *Idem.*

¹³⁸ *Ley 678 del 3 de agosto de 2001, "Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición", Diario Oficial N° 44509 del 4 de agosto de 2001, artículo 7°. « La jurisdicción contentieuse administrative sera compétente pour instruire l'action récursoire. Le juge ou le tribunal compétent sera celui qui a instruit la procédure de responsabilité patrimoniale contre l'État, en conformité avec les règles de compétence consacrées dans le C.C.A. Si la réparation patrimoniale de l'État trouve son origine dans une conciliation ou dans l'utilisation d'un autre mécanisme de résolutions des conflits, le juge compétent sera celui qui a approuvé l'accord conciliatoire ou celui qui a compétence dans le territoire où le conflit a été résolu. Traduction au français par Verónica Peláez G. (Texte en espagnol: "La jurisdicción de lo contencioso administrativo conocerá de la acción de repetición. Será competente el juez o tribunal ante el que se tramite o se haya tramitado el proceso de responsabilidad patrimonial contra el Estado de acuerdo con las reglas de competencia señaladas en el Código Contencioso Administrativo. Cuando la reparación patrimonial a cargo del Estado se haya originado en una conciliación o cualquier otra forma permitida por la ley para solucionar un conflicto con el Estado, será competente el juez o tribunal que haya aprobado el acuerdo o que ejerza jurisdicción territorial en el lugar en que se haya resuelto el conflicto".)*

compétence générale d'homologation du juge administratif en matière de conciliation en droit administratif se confirme aussi face à l'action récursoire¹³⁹.

D'autre part, il faut se demander si une conciliation payée par une entité publique peut constituer le fondement pour mise en œuvre d'une action récursoire.

52. Une conciliation payée est-elle une condamnation ? Le projet de loi statutaire de l'administration de la justice de l'année 1996 consacrait un paragraphe qui considérait comme une condamnation le montant payé par une entité publique comme conséquence d'une conciliation¹⁴⁰. Cependant, la Cour constitutionnelle a déclaré inconstitutionnel ledit alinéa car il n'est pas possible d'établir une équivalence entre une conciliation et une condamnation, ce qui va au-delà du contenu de l'article 90 de la Constitution¹⁴¹. En outre, l'article 248 de la Constitution ne considère comme antécédents délictuels en matière pénale ou en matière de contraventions que les condamnations qui trouvent leur origine dans des sentences judiciaires définitives¹⁴². Cela signifie que, si une conciliation est une condamnation, elle doit être considérée par exemple comme antécédent délictuel en matière pénale ou de contraventions. Finalement, il est contraire au

¹³⁹ Ley 678 del 3 de agosto de 2001, "Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición", Diario Oficial N° 44509 del 4 de agosto de 2001, artículo 13°: « [...] Si les parties arrivent à un accord, il sera envoyé dans les trois jours suivants au juge qui serait compétent pour instruire l'action en justice pour qu'il approuve ou non ledit accord ». Traduction au français par Verónica Peláez G. (Texte en espagnol : "Logrado un acuerdo conciliatorio, dentro de los tres (3) días siguientes al de su celebración se remitirá al juez o corporación competente para conocer de la acción judicial respectiva, a efectos de que imparta su aprobación o improbación [...].")

¹⁴⁰ Projet de loi statutaire de l'administration de la justice N°54 de 1994 du Sénat de Colombie et N° 264 de 1995 de la Chambre de Représentants de Colombie, article 71 : « Si l'État est condamné à une réparation patrimoniale comme conséquence d'un préjudice antijuridique qui trouve son origine dans une conduite dolosive ou dans une faute grave d'un de ses agents, l'État devra exercer l'action récursoire contre lui. En application de l'alinéa antérieur ce qui a été payé par une entité publique comme conséquence d'une conciliation sera considéré comme une condamnation [...] ». (Texte en espagnol : « En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial por un daño antijurídico que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste. En aplicación del inciso anterior, lo pagado por una entidad pública como resultado de una conciliación equivaldrá a condena »).

¹⁴¹ Constitución Política de Colombia, artículo 90, Op. cit.

¹⁴² Constitución Política de Colombia, artículo 248.

procès équitable qu'une personne qui a causé un préjudice soit obligée à payer une somme d'argent fixée dans une conciliation sans y avoir participé¹⁴³. Cependant, en 2006 la Cour constitutionnelle colombienne a fait une analyse différente. Selon la Haute Cour il n'est pas possible de conclure que seul l'État peut utiliser l'action récursoire lorsqu'il a été condamné en vertu d'une décision judiciaire. La condamnation imposée dans une décision judiciaire n'est pas une exigence pour pouvoir exercer l'action récursoire. Il existe d'autres mécanismes qui équivalent à une condamnation imposée dans une sentence. Ces mécanismes permettent aussi l'utilisation de l'action récursoire. C'est le cas de la conciliation.

53. Cependant, une conciliation ne comporte pas la reconnaissance de la responsabilité de l'État, il existe simplement de concessions réciproques, tandis qu'une condamnation comporte un jugement de responsabilité. En outre, le texte de l'article 90 de la Constitution ne consacre pas la condamnation imposée dans une décision judiciaire, que ce soit en raison d'une conduite dolosive ou d'une faute grave, comme une exigence pour exercer l'action récursoire contre le fonctionnaire, l'ex-fonctionnaire ou le particulier qui remplit des fonctions publiques. Il n'est pas possible, non plus, de conclure que cette exigence trouve son origine dans une interprétation téléologique de cette norme. Il existe dans l'ordonnancement juridique d'autres formes légitimes pour mettre fin aux conflits, qui sont des mécanismes alternatifs de résolution des conflits qui se caractérisent par leur célérité. Ces mécanismes trouvent leur fondement dans l'article 116 de la Constitution¹⁴⁴.

54. Si dans un procès, il existe une conciliation sur la prétention économique contre l'État, cela ne signifie pas que l'action récursoire exercée par celui-ci contre le fonctionnaire qui a causé par sa conduite dolosive ou sa faute grave cette, s'éteint ou disparaît. Dans ce cas, le procès doit continuer avec la personne appelée en garantie, même si l'autre prétention a été conciliée. Si l'agent de l'État

¹⁴³ Corte Constitucional, *Sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996*, M.P. : Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁴⁴ Corte Constitucional, *Sentencia C-338 del 6 de mayo de 2006*, M.P. : Clara Inés Vargas Hernández.

ne fait pas partie de la conciliation réalisée, cet accord n'aura pas d'effets pour lui. Il faudrait exercer l'action récursoire pour déterminer s'il a causé par sa conduite dolosive ou sa faute grave le préjudice pour lequel l'État a été condamné ou a concilié¹⁴⁵.

55. En conclusion, les exigences pour exercer l'action récursoire sont claires : l'existence d'un préjudice pour lequel l'État a été condamné ou a concilié. Il faut que l'État ait payé pour ce préjudice et que la conciliation réalisée ou la condamnation imposée en raison du préjudice soient dues à la conduite dolosive ou à la faute grave de l'agent étatique. Cela signifie que si l'État a payé une somme d'argent dans les circonstances décrites auparavant, il est dans l'obligation d'exercer l'action récursoire, peu importe que la cause juridique de la somme payée soit une conciliation ou une décision d'un juge après un procès ; il faut toujours chercher la conduite dolosive ou fautive du sujet passif de l'action récursoire. En l'absence d'une conduite qualifiée de cette façon, l'État ne pourra jamais exercer ladite action même s'il a concilié ou s'il a été condamné et qu'il a payé. Finalement, il n'existe pas d'équivalence entre conciliation et condamnation. La Cour constitutionnelle parle d'équivalence mais ce ne sont pas des concepts équivalents dans leurs définitions non plus qu'au niveau juridique. Une condamnation est une « *décision prononcée par une autorité ayant pouvoir de juridiction et imposant à un individu une sanction en raison des agissements qui lui sont imputés ou toute décision de justice faisant obligation à un plaideur de verser une somme d'argent, d'accomplir un acte ou de respecter un droit selon ce qui est jugé* »¹⁴⁶. « *Une conciliation est l'accord par lequel deux personnes en litige y mettent fin, la solution du différend résultant non d'une décision de justice (ni même de celle d'un arbitre) mais de l'accord des parties elles-mêmes* ». Le mot *conciliation* signifie aussi « *la phase de la procédure tendant à aboutir à cet accord* »¹⁴⁷. Les définitions montrent une claire différence qui ne permet pas de trouver une équivalence dans une condamnation et une conciliation. La décision en justice qui impose une condamnation est le résultat de la résolution d'un conflit en

¹⁴⁵ *Idem.*

¹⁴⁶ G.CORNU, Vocabulaire Juridique-Association Henri Capitant, 7^{ème} édition, PUF, 2005.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 195.

utilisant un mécanisme d'hétéro-composition des conflits. C'est le juge qui décide. La conciliation est un mécanisme d'auto-composition des conflits ; ce sont les parties qui trouvent la solution à leur différend. La philosophie qui est à la base d'une condamnation et d'une conciliation est différente. De plus, la norme qui régle l'action récursoire en Colombie consacre actuellement la possibilité d'exercer ladite action lorsque l'État a été condamné ou qu'il a concilié ou qu'il a utilisé n'importe quelle forme de terminaison des conflits¹⁴⁸. La norme consacre ces possibilités, cela signifie qu'elles ne sont pas équivalentes mais qu'elles constituent les hypothèses qui permettent éventuellement l'utilisation de l'action récursoire. Cela est réaffirmé pour l'article 142 du Nouveau code de procédure administrative et contentieux administratif. Finalement, limiter l'utilisation de l'action récursoire aux cas d'une condamnation est contraire à l'intérêt général et à la protection des deniers publics. Une condamnation et une conciliation supposent toutes deux le débours d'argent par l'État et le préjudice se concrétise là. Si l'élément subjectif de la conduite de l'agent de l'État est aussi présent, l'État a l'obligation d'utiliser l'action récursoire car l'intérêt général est présent et la protection du patrimoine public s'impose, cela, même si la norme ne consacrait pas la conciliation de manière expresse.

¹⁴⁸ Ley 678 del 3 de agosto de 2001, Diario Oficial N° 44509 del 4 de agosto de 2001, Op. Cit, artículo 2° : « L'action récursoire est une action civile de nature patrimoniale qui doit être exercée contre le fonctionnaire ou ex fonctionnaire public qui par sa conduite dolosive ou faute grave a entraîné la reconnaissance d'une indemnisation de la part de l'État comme conséquence d'une condamnation, conciliation ou de n'importe quelle forme de terminaison d'un conflit. Cette action pourra aussi s'exercer contre le particulier qui dans l'accomplissement d'une fonction publique par sa conduite dolosive ou faute grave aurait entraîné une réparation patrimoniale. En tout cas, le fonctionnaire, l'ex fonctionnaire ou le particulier qui remplit une fonction publique pourra être l'objet d'un appel en garantie dans le procès de responsabilité contre l'entité publique avec les mêmes fins que l'action récursoire [...] ». Traduction au français par Verónica Peláez G. (*Texte en espagnol : " La acción de repetición es una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercitará contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial. No obstante, en los términos de esta ley, el servidor o ex servidor público o el particular investido de funciones públicas podrá ser llamado en garantía dentro del proceso de responsabilidad contra la entidad pública, con los mismos fines de la acción de repetición [...]"*).

56. En outre, dans un procès qui a commencé en utilisant par exemple une prétention de réparation directe pour discuter de la responsabilité de l'État, il est possible, d'une part, que l'entité publique après la terminaison du procès où elle a été condamné, utilise l'action récursoire contre le fonctionnaire, l'ex fonctionnaire ou le particulier qui exerce des fonctions publiques car il est à l'origine de cette condamnation en raison de sa conduite dolosive ou de sa faute grave. D'autre part, l'entité publique peut utiliser dans le procès de responsabilité suivi l'appel en garantie. En tout cas, on est face à deux relations juridiques différentes. La relation entre l'entité publique et le plaidant (relation principale du procès de responsabilité) et la relation entre l'entité publique demandée et le tiers qui est appelé en garantie. Cela signifie qu'il existe un double jugement. L'un qui cherche à établir la responsabilité de l'entité demandée face au requérant et à lui imposer une condamnation et celui qui a pour but d'établir que l'entité publique a été condamnée pour la conduite dolosive ou la faute grave du fonctionnaire, qui doit par conséquent répondre pour tout ou partie de la condamnation imposée¹⁴⁹. En matière d'appel en garantie et sur les effets de la conciliation, la jurisprudence a changé¹⁵⁰. Tout d'abord, le Conseil d'État avait considéré que « [...] *si les parties parviennent à un accord conciliatoire, il n'est pas possible de continuer le procès contentieux avec celui qui a été appelé en garantie, puisqu'il faut une condamnation contre l'entité publique et la conciliation n'en est pas une. Par conséquent, quand les parties arrivent à une conciliation, elles disposent du droit en litige. L'accord conciliatoire agit entre le demandeur et le demandé et laisse*

¹⁴⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, sentencia del 10 de octubre de 1994, *Radicación Número 8565*, M.P. : Carlos Betancur Jaramillo.

¹⁵⁰ Il est nécessaire de préciser les exigences que doit satisfaire le document d'appel en garantie établi par le Code de procédure civile dans ses articles 54, 55 et 56. D'abord, il faut indiquer le nom et le prénom de la personne appelée et de son représentant, si la personne appelée ne peut pas participer elle-même au procès, ainsi que son domicile, sa résidence ou l'adresse professionnelle et celle de son représentant ou une déclaration sur l'honneur de méconnaissance des coordonnées. Ensuite, les faits qui servent de fondement pour faire l'appel avec les fondements juridiques soulevés. Cette exigence permet l'usage de cette figure processuelle d'une façon sérieuse, raisonnable et responsable et permet de garantir le droit de défense de la personne appelée. La partie qui fait l'appel en garantie a une charge processuelle qui consiste à prouver le droit légal ou contractuel qui lui permet de demander l'indemnité du préjudice qu'elle pourrait subir. La seule exception à une telle exigence est dans le cas où l'entité publique appelle en garantie un de ses fonctionnaires. Dans ce cas, il existe un impératif constitutionnel. Finalement, les coordonnées de la partie qui a fait l'appel et de son représentant pour faire les notifications.

sans fondement l'appel en garantie [...] »¹⁵¹. Quelques mois plus tard, eut lieu un revirement de jurisprudence qui continue d'être appliqué. Ainsi, « [...] lorsque les parties à un procès parviennent à un accord en utilisant la conciliation mais que la personne appelée en garantie ne l'accepte pas ou n'assiste pas au déroulement de la procédure de conciliation, l'accord conciliatoire approuvé aura l'effet de chose jugée entre les parties. Le procès contentieux continuera avec la personne appelée en garantie et la partie qui a fait appel car l'accord ne lui sera pas opposable. L'accord approuvé aura des effets relatifs entre les parties qui ont concilié. Il sera possible pour la personne appelée en garantie de discuter la responsabilité de l'administration, le montant de la condamnation conciliée, ainsi que la conduite de ladite personne et sa responsabilité face à la partie qui a fait l'appel en garantie [...] »¹⁵².

57. Si on analyse la jurisprudence du Conseil d'État en ce domaine, on peut conclure que sa position initiale trouvait son fondement dans une interprétation restrictive de l'article 57 du Code de procédure civile. En effet, selon cet article la partie qui fait l'appel en garantie peut demander le remboursement total ou partiel de son paiement comme conséquence d'une décision judiciaire. Cela signifie qu'au début le Conseil d'État a considéré que la décision qui approuvait une conciliation ne pouvait être assimilée à une décision judiciaire. Mais avec sa position actuelle la conciliation en matière administrative approuvée par le juge peut être assimilée à une décision judiciaire car elle a les mêmes effets de chose jugée qu'une sentence, consacrés dans l'article 66 de la Loi 446 de 1998. De plus, le juge doit vérifier que tous les fondements pour retenir la responsabilité sont présents¹⁵³.

¹⁵¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Sentencia del 25 de septiembre de 1997, *Radicación Número 11514*. Jurisprudence citée in : Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Sentencia del 10 de marzo de 2005, *Expediente Número 66001-23-31-000-1996-03272-01(14245)*, M.P. : Ruth Stella Correa.

¹⁵² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Sentencia del 6 de noviembre de 1997, *Expediente Número 11167*. Jurisprudence citée in : Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Sentencia del 10 de marzo de 2005, *Expediente Número 66001-23-31-000-1996-03272-01(14245)*, M.P. : Ruth Stella Correa. Voir aussi, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del diciembre 5 de 2005, *Radicación Número : 05001-23-31-000-1997-01371-01(26001)*, M.P. : Ramiro Saavedra Becerra.

¹⁵³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Sentencia del 6 de agosto de 1999, *Expediente Número 12901*. Jurisprudence citée in : Consejo de Estado, Sala de lo

Enfin, la Loi 446 de 1998 reprend la position de la jurisprudence dans son article 105. Le législateur établit d'une part, que le montant payé par une entité publique suite à une conciliation approuvée et acceptée par le fonctionnaire appelé en garantie, lui permettra d'exercer une action récursoire contre celui-ci. D'autre part, qu'une conciliation approuvée entraîne l'achèvement du procès pour ce qui a été concilié et accepté par les parties. Si la conciliation est partielle le procès continuera pour ce qui n'a pas été concilié. S'il y a eu un appel en garantie et que la personne appelée en garantie n'accepte pas l'accord, le procès continuera entre elle et l'entité publique ou avec la partie qui a fait l'appel en garantie¹⁵⁴.

58. Enfin et pour conclure dans les affaires liées aux actions ou prétentions qui admettent conciliation, il est nécessaire d'analyser l'action de groupe ou de classe qui est intentée par plusieurs personnes, ou par un groupe, qui réunissent les mêmes conditions quant à un événement qui leur a causé des préjudices individuels. Elle cherche la reconnaissance et le paiement de dommages et intérêts¹⁵⁵. Le groupe sera composé d'au moins 20 personnes¹⁵⁶. La

Contencioso, Sección Tercera, Sentencia del 10 de marzo de 2005, *Expediente Número 66001-23-31-000-1996-03272-01(14245)*, M.P. : Ruth Stella Correa.

¹⁵⁴ Ley 446 de 1998, "*Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia*", Diario Oficial No. 43.345, de 23 de julio de 1998 : « Ce qui a été payé par une entité publique comme conséquence d'une conciliation approuvée et acceptée par le fonctionnaire public qui a été appelé en garantie permettra à l'entité publique d'exercer l'action récursoire pour la somme totale ou partielle. La conciliation approuvée entraîne la terminaison du procès en ce qui a été concilié et accepté par les parties Si la conciliation est partielle, le procès continuera pour résoudre les aspects qui n'ont pas été compris dans la conciliation. Si le tiers appelé au procès n'accepte pas la conciliation, le procès continuera entre l'entité publique et celui-ci ». (Texte en espagnol: "*Lo pagado por una entidad pública como resultado de una conciliación debidamente aprobada y aceptada por el servidor o ex servidor público que hubiere sido llamado al proceso, permitirá que aquella repita total o parcialmente contra éste. La conciliación aprobada, producirá la terminación del proceso en lo conciliado por las partes que la acepten. Si la conciliación fuere parcial, el proceso continuará para dirimir los aspectos no comprendidos en éste. Si el tercero vinculado no consintiere en lo conciliado, el proceso continuará entre la entidad pública y aquél*").

¹⁵⁵ Ley 472 del 5 de agosto de 1998, "*Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de*

légitimation pour demander dans les actions de groupe n'implique pas la comparution d'un groupe de 20 personnes, il suffit qu'un seul de ses membres agisse en justice en représentation, et qu'il détermine dans la requête les critères qui permettront d'identifier le groupe affecté¹⁵⁷. Le juge administratif sera compétent pour instruire les actions de groupe qui ont leur origine dans l'activité des personnes publiques ou de personnes privées exerçant des fonctions publiques. Les autres seront de la compétence du juge judiciaire. Dans ces actions la conciliation organisée est la conciliation judiciaire. Il n'est pas obligatoire d'épuiser le préalable obligatoire de conciliation mais il est possible d'utiliser la conciliation extrajudiciaire, de manière volontaire, avec les règles propres de cette forme de conciliation en droit administratif, telles que le conciliateur, la procédure et l'homologation par le juge administratif.

59. Ainsi la conciliation dans cette action est une conciliation judiciaire. Le juge, dans les 5 jours suivant l'expiration du délai qu'ont les membres du groupe pour demander son exclusion, doit citer à une procédure de conciliation qui doit se réaliser dans les 10 jours suivants. Cependant les parties, à n'importe quelle étape du procès, pourront demander au juge la réalisation d'une nouvelle audience de

grupo y se dictan otras disposiciones", Diario Oficial N° 43357 del 6 de agosto de 1998, artículo 3° : « Action de Groupe: ce sont les actions qui s'exercent par un nombre pluriel de personnes qui ont des conditions égales ou uniformes face à un même événement qui leur a généré des préjudices individuels ». (Texte en espagnol : "*Acción de Grupo. Son aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas*").

¹⁵⁶ Ley 472 del 5 de agosto de 1998, "*Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones*", Diario Oficial N° 43357 del 6 de agosto de 1998, artículo 48 : « Toute personne naturelle ou morale qui a souffert un préjudice individuel conforme à l'article 47 peut ester en justice en utilisant l'action de groupe. Le *Defensor del pueblo* ou le *Personero Municipal et Distrital* pourra toujours présenter une action de groupe en représentation des personnes qui ont besoin ou qui se trouvent dans une situation d'abandon ou de vulnérabilité. Dans ce cas, le fonctionnaire sera partie dans le procès [...] ». Traduction au français par Verónica Peláez G. (Texte en espagnol : « *Podrán presentar acciones de grupo las personas naturales o jurídicas que hubieren sufrido un perjuicio individual conforme lo establece el artículo 47. El Defensor del Pueblo, los Personeros Municipales y Distritales podrán, sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados, interponer acciones de grupo en nombre de cualquier persona que se lo solicite o que se encuentre en situación de desamparo o indefensión. En este caso será parte en el proceso judicial junto con los agraviados [...]* »).

¹⁵⁷ Corte Constitucional, *Sentencia C-116 de 2008*.

conciliation à laquelle pourra participer le *defensor del pueblo* qui sera un facilitateur¹⁵⁸. Mais si l'action de groupe a été présentée par le *defensor del pueblo*, le *Procurador General de la Nación*, ou son délégué, ils devront agir comme conciliateurs¹⁵⁹. L'accord des parties sera considéré comme une sentence, l'acte qui contient l'accord aura l'effet de chose jugée et aura valeur de titre exécutoire selon le texte d'origine de la Loi 472 de 1998¹⁶⁰. Dans les actions de groupe on est face à une conciliation judiciaire mais des différences existent au niveau de la procédure de la conciliation judiciaire réalisée en matière contentieuse administrative en général et celle de la conciliation dans les actions de groupe. La norme propre aux actions de groupe disposait que l'accord conciliatoire avait les effets d'une décision judiciaire. L'homologation obligatoire par le juge n'était pas prévue par la norme et cela constituait une différence. Cependant, la Loi 640 de 2001, norme postérieure à la Loi 472 de 1998, établit l'homologation obligatoire des conciliations en matière de contentieux administratif¹⁶¹. En conséquence, les actions de groupe qui sont de la compétence du juge administratif doivent être homologuées par celui-ci. Il a existé une dérogation tacite à l'article 57 de la Loi 472 de 1998. L'accord aura plein effet si le juge administratif l'approuve. En outre,

¹⁵⁸ L'expression *Defensor del Pueblo* vient du mot suédois *ombudsman*. C'est une autorité chargée de garantir les droits des citoyens. Dans les pays hispanophones on l'appelle *Defensor del Pueblo* et dans les pays francophones on l'appelle *Médiateur de la République*.

¹⁵⁹ *El Procurador General de la Nación* est la plus haute autorité de la *Procuraduría General de la Nación* qui constitue un organisme autonome et de contrôle, de la fonction publique. De plus, un représentant du Ministère public ou de la *Procuraduría General de la República* participe dans tout les procès contentieux administratifs garantissant les droits des citoyens. Sans oublier leurs fonctions en tant que conciliateurs.

¹⁶⁰ Ley 472 del 5 de agosto de 1998, Diario oficial N° 43357 del 6 de agosto de 1998, artículo 61 : " [...] L'accord des parties sera assimilé à une décision judiciaire et il aura les mêmes effets que cette loi confère à une sentence. L'acte de conciliation qui contient l'accord aura les effets de chose jugée et aura valeur de titre exécutoire. Le juge ordonnera la publication de l'accord conciliatoire dans un journal de diffusion nationale. Traduction au français par Verónica Peláez G. (Texte en espagnol : «[...] *El acuerdo entre las partes se asimilará a una sentencia y tendrá los efectos que para ella se establecen en esta Ley. El acta de conciliación que contenga el acuerdo hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo. El juez ordenará la publicación del acuerdo de conciliación en un medio de comunicación de amplia circulación nacional* »).

¹⁶¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 9 de junio de 2005, *Radicación Número : 76001-23-31-000-2004-04584-01(AG)*, M.P. : Alier Eduardo Hernandez Enriquez.

le moment de la réalisation de la conciliation est réglé pour une norme spéciale, la Loi 472 de 1998 et cela exclut l'application dans ce cas de la Loi 640 de 2001¹⁶².

60. En conclusion, la règle vue en matière de conciliation est claire : une règle générale qui limite les affaires qui admettent la conciliation aux affaires économiques, de contenu patrimonial et de caractère particulier, règle qui est complétée par la nécessité que l'affaire soit du ressort du juge administratif en vertu des actions vues ou des prétentions étudiées.

Cependant, cette règle pose parfois des problèmes dans son application et cela génère des incertitudes et des questionnements par rapport aux matières qui admettent la conciliation.

¹⁶² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 12 de octubre de 2006, *Radicación Número : 25000-23-25-000-2004-00475-01(AG)*, M.P. : Ramiro Saavedra Becerra,

Chapitre II

Une application pratique problématique

61. L'objet de la conciliation en droit administratif est limité par la normativité en vigueur. Cependant son application pratique s'avère parfois difficile car il existe des matières qui admettent la conciliation par disposition de la loi, sans être liées à une action en particulier mais dont les prétentions, tout en étant de la compétence du juge administratif, s'adaptent mal malgré la permission légale (*Section 1.*). Il existe aussi d'autres matières qui sont du ressort du juge administratif mais qui échappent à la conciliation (*Section 2.*).

Section 1. Des matières qui s'adaptent mal à la conciliation.

62. Il existe des matières qui admettent la conciliation en vertu de la permission légale. Mais ces matières ne sont pas liées à une action ou à une prétention en particulier. C'est le cas de la possibilité de concilier les effets économiques d'un acte administratif particulier (§ 1.)¹⁶³. Il existe d'autres affaires qui admettent la conciliation mais face auxquelles la conciliation est devenue un mécanisme pour régulariser une violation de la normativité en matière de contrats publics (§ 2.).

§ 1. La conciliation sur les effets économiques des actes administratifs particuliers.

63. Dans ce cas, la relation entre la nature de l'affaire qui se discute et l'action ou la prétention invoquée n'est pas considérée comme nécessaire car la loi admet la conciliation sans prendre en considération l'action ou la prétention invoquée. Cependant, même si le texte normatif ne le dit pas, il est imposé que l'affaire soit

¹⁶³ Ley 446 de 1998, "Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de procedimiento civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991, Diario Oficial No. 43.345, de 23 de julio de 1998 » article 71.

de la compétence du juge administratif. Ainsi, il est possible que le juge administratif instruisse cette affaire en vertu de la prétention de nullité et de rétablissement du droit mais aussi à travers la prétention contractuelle si l'acte administratif est dicté durant l'exécution d'un contrat ou pendant la période de liquidation. L'article 71 de la loi 446 de 1991 admet la conciliation des effets économiques d'un acte administratif particulier sous la condition que cet acte puisse être révoqué. Aucune autre limitation n'est imposée.

64. Les prétentions de nullité et de rétablissement du droit admettent par disposition légale la conciliation¹⁶⁴. Cette prétention est consacrée dans l'article 138 du Nouveau Code¹⁶⁵. Elle est de nature subjective, individuelle, temporaire et le désistement est possible et permet à la personne qui, suite à un acte administratif, a souffert une atteinte contre l'un de ses droits, protégé par une norme juridique, de demander à la juridiction contentieuse la nullité de l'acte. La conséquence de cette déclaration est le rétablissement de son droit ou la réparation du préjudice¹⁶⁶. Cependant, on insiste, l'acte administratif particulier peut être également dicté en vertu de l'activité contractuelle de l'administration ou dans un autre domaine, la loi n'impose aucune limitation sinon que l'affaire soit du ressort du juge administratif.

65. Il faut donc faire référence aux actes dictés en relation avec l'activité contractuelle de l'administration. Il faut se référer aux actes administratifs

¹⁶⁴ Quand on fait référence à l'action de nullité et de rétablissement du droit, il faut se référer à l'*acción de lesividad* qui est l'action exercée par l'État ou par ses entités publiques pour débattre de leurs propres décisions. Cette action peut avoir une double dimension. Si l'entité publique cherche la protection de la légalité, de l'ordre juridique, il faut appliquer les normes propres de l'action de simple nullité, mais si l'entité publique cherche la protection de l'ordre juridique et le rétablissement de son droit, l'action sera considérée comme une action de nullité et de rétablissement du droit. Dans ce cas, si l'affaire est susceptible de transaction le préalable de conciliation sera obligatoire.

¹⁶⁵ On répète, le Nouveau Code de procédure et contentieux administratif ne parle plus d'action de nullité et de rétablissement du droit mais il consacre dans son article 138, la prétention de nullité et de rétablissement du droit et la conciliation est possible.

¹⁶⁶ J. SANTOFIMIO GAMBOA, *Tratado de Derecho Administrativo Contencioso Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Cuarta Edición, 2004, p. 200.

précontractuels et contractuels¹⁶⁷, car la possibilité de concilier par rapport à ces actes rentre dans l'hypothèse de l'article 71 de la loi 446 de 1998, déjà mentionnée. Conformément à l'article 32 de la Loi 446 de 1998 qui a modifié l'article 87 du Code contentieux administratif, il existait deux types d'actes. D'une part, les actes administratifs dictés par l'administration en raison de son activité contractuelle avant la souscription et l'existence du contrat administratif¹⁶⁸. D'autre part, les actes administratifs dictés pendant l'exécution ou la liquidation du contrat mais dans tous les cas dictés en raison de l'activité contractuelle. L'action utilisée variait selon le type d'acte. Ainsi, face aux actes administratifs précontractuels et aux différends qui existaient, les actions administratives utilisées pour ester en

¹⁶⁷ Ibid., 245 et s.s. Le régime juridique des actes administratifs précontractuels a varié dans le temps. Le Code contentieux administratif de 1941 consacrait un régime de droit privé pour toute affaire concernant un contrat administratif. Le Décret 528 de 1964 accorde compétence au juge administratif pour résoudre les conflits relatifs aux contrats administratifs mais rien n'est dit sur les actes administratifs précontractuels. Le Code contentieux de 1984 règle le sujet. Les conflits relatifs aux actes administratifs séparables, c'est-à-dire ceux qui sont dictés avant que le contrat administratif ne soit passé, sont de la compétence du juge administratif en utilisant les actions existantes pour discuter la légalité des actes administratifs. Mais pour ester en justice il fallait attendre la terminaison ou la liquidation du contrat, sauf l'acte d'adjudication qui pouvait être discuté dès qu'il était dicté. Pour discuter de la légalité des actes administratifs dictés pendant l'exécution du contrat administratif, le code disposait l'utilisation de l'action contractuelle. Le Décret 2304 de 1989 élimine la limitation temporaire pour discuter de la légalité d'un acte administratif séparable. La loi 80 de 1993 consacre deux nouvelles choses. D'une part, elle attribue la compétence au juge administratif pour instruire des différends qui découlent d'un contrat public. D'autre part, elle laisse de côté la différence faite entre actes administratifs séparables et actes contractuels. Tous sont considérés actes administratifs contractuels en conformité avec l'interprétation donnée de l'article 77. Ils seront discutés en utilisant l'action contractuelle. La Cour constitutionnelle colombienne confirme cette interprétation dans un arrêt du 17 avril 1996, M.P. : Eduardo Cifuentes Muñoz. Cependant, la même disposition normative apporte une exception. Ainsi, les différends concernant l'acte d'adjudication, l'acte qui déclare vacant l'appel d'offres d'une licitation ou la sélection d'un cocontractant par entente directe, seront de la compétence du juge administratif mais en utilisant l'action de nullité et de rétablissement du droit. Il faut préciser que même si tous les actes étaient considérés contractuels, ceux qui étaient dictés avant la passation du contrat public ne pouvaient être discutés en justice qu'une fois que le contrat public serait passé. L'article 32 de la Loi 446 de 1998 reprend la différence entre actes administratifs séparables et actes administratifs contractuels.

¹⁶⁸ Parmi les actes administratifs précontractuels on signale : L'acte administratif qui adopte le cahier des charges et l'acte administratif qui ordonne l'ouverture de la procédure de sélection. Ces deux actes sont considérés comme des actes administratifs de caractère général qui peuvent être contestés en utilisant la prétention de nullité. Par contre, l'acte qui déclare vacant l'appel d'offres et l'acte d'adjudication est considéré comme un acte administratif précontractuel de caractère particulier et concret qui peut être controversés en utilisant la prétention de nullité et de rétablissement du droit.

justice étaient l'action de nullité et l'action de nullité et de rétablissement du droit. Les deux actions avaient un délai de caducité spécial de 30 jours. Cependant, même avec un terme de caducité de 30 jours, si le contrat administratif était souscrit avant que ce délai n'expire, le plaidant ne pouvait pas ester en justice en utilisant ces actions. La seule possibilité de discuter l'acte précontractuel, dans ce cas, se fondait sur la nullité du contrat en utilisant l'action contractuelle¹⁶⁹.

Mais avec le Nouveau Code, la nécessité de différencier les actions disparaît car on ne parle plus d'actions mais de prétentions. En outre, l'article 141 du Nouveau code est très clair lorsqu'il signale expressément que les actes dictés avant la passation du contrat public, mais en raison de leur activité contractuelle, peuvent se discuter en utilisant la prétention de simple nullité ou de nullité et rétablissement du droit selon le cas. De plus, le délai de caducité n'est plus de 30 jours mais de 4 mois lorsqu'on utilise la prétention de nullité et de rétablissement du droit et il n'existe pas de délai de caducité si l'on invoque une prétention de simple nullité.¹⁷⁰

La conciliation sur les effets économiques, pour ces deux types d'actes (précontractuels et contractuels), est possible si l'on est en présence de l'un des cas de révocation des actes administratifs et que l'acte administratif est particulier¹⁷¹. Si on analyse les actes contractuels et leur origine on peut compter parmi ces actes, ceux qui trouvent leur origine dans l'exercice des prérogatives publiques dont ceux qui modifient, terminent et interprètent unilatéralement le contrat et l'acte qui déclare sa déchéance¹⁷². Il existe donc des actes contractuels dictés en raison de prérogatives publiques mais aussi d'autres actes dictés par l'administration en raison de son activité contractuelle mais sans ces facultés, comme l'acte qui liquide un contrat. On parle d'actes administratifs définitifs, de décisions de l'administration qui s'imposent aux administrés, des expressions de la volonté des entités publiques ou des particuliers qui exercent des fonctions administratives, qui ont des effets juridiques face à un sujet de droit ou à un

¹⁶⁹ Ancien Code contentieux administratif, Article 87.

¹⁷⁰ Voir Loi 1437 du 18 de janvier 2011, articles 136 et 137.

¹⁷¹ Voir *Infra* n° 67, p. 84.

¹⁷² Ley 80 del 28 de octubre de 1993, Diario Oficial N°41094 del 28 de octubre de 1993, artículo 14.

groupe déterminé ou indéterminé de personnes, tous dictés avant ou après la passation d'un contrat public. Pour conclure, il existe des actes connus comme des actes préparatoires qui peuvent être dictés avant la souscription du contrat ou pendant son exécution ou sa liquidation et qui n'admettent pas la conciliation car ce sont des actes qui ne comportent pas de décision définitive et qui ne peuvent être discutés auprès du juge administratif et n'admettent pas la conciliation ou sa discussion en siège judiciaire¹⁷³.

66. Il est nécessaire également de souligner que les actes administratifs avant souscription du contrat peuvent être examinés en siège judiciaire comme il a été déjà expliqué à travers la prétention de simple nullité et de nullité et de rétablissement du droit. Face aux affaires qui sont du ressort du juge administratif à travers la prétention de simple nullité, la normativité en vigueur ne permet pas la conciliation. Cela signifie que l'acte ordonnant l'ouverture du processus de sélection, ne constitue pas un acte de simple démarche puisque, avec lui, il est possible qu'on restreigne de manière illégale la participation au processus de sélection, ce qui est contraire au principe d'égalité et de transparence ; et sa

¹⁷³ F. GARRIDO FALLA, *Tratado de derecho administrativo*. Volumen 1. Madrid, Tecnos, 1994. p. 440. Cité in : Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Sentencia del 19 de septiembre de 2007, Radicación Número : 11001-03-26-000-2004-00004-01(26649), M.P. : Enrique Gil Botero. « [...] Il existe des actes qui ne décident pas, qui ne mettent pas fin à une procédure, ce sont les actes préparatoires. Il y a donc une distinction entre ce type d'actes et les actes définitifs en conformité avec le rôle que joue l'acte dans la procédure suivie. Les actes préparatoires sont des actes internes de l'administration et les définitifs sont des actes externes. La distinction entre ces actes est importante car les premiers ne peuvent pas être discutés devant la juridiction contentieuse sauf lorsqu'ils constituent une véritable décision. Les seconds pourront toujours être débattus devant le juge. Traduction au français par Verónica Peláez Gutiérrez. (Texte en espagnol : Il existe " [...] una serie de actos que, al faltarles carácter resolutivo se denominan actos de tramitación o, simplemente, trámites. Surge así una distinción fundamental entre los actos - trámite y los actos principales o definitivos, según el papel que el acto desempeña en un expediente o procedimiento. Los primeros son, naturalmente, actos internos, y los segundos actos externos. Desde el punto de vista de nuestro sistema contencioso administrativo (español), la distinción tiene una gran importancia, pues, como regla, los actos de trámite no son susceptibles de ser impugnados directamente mediante el recurso contencioso administrativo, a no ser que bajo su apariencia se encubra una verdadera resolución. Como se aprecia, la distinción entre actos administrativos definitivos y de trámite, ha alcanzado particular relevancia, de carácter práctico, en consideración a su impugnación, toda vez que resulta que, los primeros pueden ser siempre cuestionados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, mientras que los segundos, en las más de las veces, no [...]").

légalité peut en outre être examinée devant le juge administratif en vertu de la prétention de simple nullité. Une même situation se présente avec l'acte administratif qui adopte le cahier des charges dans un processus de sélection. Pour conclure, bien qu'il s'agisse d'affaires en rapport avec l'activité contractuelle de l'État, elles ne sont pas du ressort du juge administratif en vertu des prétentions indiquées dans la loi qui exige d'épuiser la conciliation comme préalable obligatoire et qui permet leur utilisation à l'intérieur du processus. Ces affaires examinées à travers la prétention de simple nullité imposent une discussion sur la légalité et sur cette affaire il n'est pas possible de concilier¹⁷⁴. Mais il est possible de concilier les effets économiques d'un acte administratif précontractuel ou contractuel, s'il peut être révoqué et a un caractère particulier et concret.

67. Lorsque le législateur permet la conciliation dans le cas d'une affaire où la légalité d'un acte administratif particulier est mise en cause, il n'autorise pas à concilier sur la légalité mais sur les effets économiques de l'acte. En ce sens, la Loi 446 de 1998, dans son article 71, permet la conciliation sur les effets économiques de l'acte, s'il s'agit d'un acte administratif d'un contenu particulier, à condition qu'il s'agisse d'un cas permettant de révoquer les actes administratifs. Ces cas sont consacrés par le Nouveau code dans son article 93¹⁷⁵. Sinon l'acte ne pourra être révoqué directement par l'administration qui devra alors accomplir les dispositions de l'acte ou le particulier affecté demander sa nullité. La possibilité de concilier consacrée dans l'article 71 de la Loi 446 de 1998, opère si l'acte

¹⁷⁴ Une fois qu'est déclaré nul l'acte administratif qui sert de fondement au contrat, en vertu du 4^o numéral de l'article 44 de la Loi 80 de 1993, la nullité du contrat doit être sollicitée.

¹⁷⁵ Ley 1437 del 18 de enero de 2011, "*Por la cual se expide el Código de procedimiento y contencioso administrativo*", Diario Oficial 47.956 del 18 de enero de 2011, artículo 93 : « Les actes administratifs devront être révoqués par ceux qui les ont dictés ou par leurs supérieurs, d'office ou sur demande des parties, dans les cas suivants :

1. Lorsque l'acte est contraire de manière flagrante à la Constitution ou la loi.
2. Lorsque l'acte n'est pas conforme à l'intérêt public ou social ou lui porte atteinte.
3. Lorsque l'acte cause un dommage injustifié à une personne ».

Traduction au français par Verónica Peláez G. (Texte en espagnol : « *Los actos administrativos deberán ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores, de oficio o a petición de parte, en cualquiera de los siguientes casos:*

1. *Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.*
2. *Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él.*
3. *Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona* »).

administratif peut être révoqué ; dans ce cas, les effets économiques peuvent faire l'objet d'une conciliation et l'accord conciliatoire homologué se substitue à l'acte administratif particulier.

68. Mais la jurisprudence a procédé à une interprétation restrictive de l'article 71 de la Loi 446 de 1998. En 2004, le Conseil d'État s'est prononcé en seconde instance sur un pourvoi émis par le Ministère public contre une décision du Tribunal administratif de Cundinamarca. Ce dernier approuvait une conciliation judiciaire au cours de laquelle les parties avaient concilié sur les effets économiques d'un acte administratif qui stipulait la déchéance d'un contrat public¹⁷⁶. Le tribunal suprême en matière contentieuse administrative a considéré que « *lorsque l'on est face à la conciliation d'un acte administratif, le juge doit vérifier que l'accord ne soit pas préjudiciable au patrimoine public. Cela implique que toutes les hypothèses consacrées dans l'article 69 du Code contentieux administratif, qui justifient qu'un acte administratif soit révoqué, doivent être*

¹⁷⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 9 de diciembre de 2004. *Expediente Número 2792. (Commsa)* Le Ministère public a fondé son recours sur les raisons suivantes : « il est nécessaire de déterminer si les effets économiques de l'acte administratif par lequel l'INVIAS a décidé la déchéance du contrat de concession peuvent faire l'objet d'une conciliation et d'une révocation en vertu du numéral 2° de l'article 69 du Code contentieux administratif et la substitution de l'acte dénoncé par l'accord qu'ont proposé les parties. Suite à une déclaration de déchéance, si le juge accepte la conciliation sur les effets économiques de cet acte qui ne souffre pas de vices de légalité, sera-t-il possible de modifier substantiellement les termes du contrat prévus initialement dans la licitation publique avec l'accord des parties sur les effets économiques de l'acte qui déclare la déchéance et qui en conséquence le révoque ? Finalement, le juge administratif a-t-il compétence pour se prononcer sur des facteurs de convenance au moment d'approuver ou non une conciliation? » Traduction au français par Verónica Pelaez G. (Texte en espagnol : “*Es necesario determinar si los efectos económicos del acto administrativo mediante el cual el INVIAS decidió decretar la caducidad del contrato de concesión, pueden ser objeto de conciliación y de la revocatoria del acto en los términos del numeral 2 del artículo 69 del CCA y la sustitución del acto administrativo demandado por el texto del acuerdo que propusieron las partes. 2. De aceptarse la procedencia de la conciliación sobre los efectos económicos de una declaratoria de caducidad sin que se vislumbren vicios de ilegalidad ¿pueden modificarse sustancialmente las condiciones contractuales iniciales previstas en su momento por el pliego de condiciones de la licitación pública a través de un acuerdo que pretende conciliar los efectos económicos de la declaratoria de caducidad y, en consecuencia, revocarse el acto administrativo que la declaró. Se debe establecer, por último, la viabilidad jurídica de que el juez administrativo pueda pronunciarse sobre factores de conveniencia o inconveniencia para sustentar la aprobación o improbación del acuerdo conciliatorio sometido en sede judicial a su consideración*”).

*considérées comme autant de raisons de légalité. Dans ce cas particulier, l'acte qui déclare la déchéance est présumé légal, cela veut dire que la volonté de l'administration exprimée dans l'acte est conforme au droit, que les raisons qui ont motivé l'administration à déclarer la déchéance sont conformes à la réalité contractuelle et les normes en la matière. La présomption de légalité de l'acte ne prend donc fin que lorsque le juge administratif prononce sa nullité. Par conséquent, pour le Conseil d'État ni les raisons de convenance ni celles d'équité ne permettent de concilier les effets patrimoniaux d'une décision administrative. Pour que la conciliation soit possible il faut passer le « test de légalité », ensuite, le juge doit vérifier que la conciliation faite n'est pas préjudiciable au patrimoine public et que les preuves sont suffisantes pour concilier. Concrètement, il est nécessaire que l'acte qui déclare la déchéance soit contraire ou viole une disposition légale ou contractuelle pour que la conciliation sur ses effets économiques soit possible. Une fois que le juge aura approuvé l'accord, l'acte sera révoqué ».*¹⁷⁷

Pour le Conseil d'État, il n'est possible de concilier sur les effets économiques d'un acte administratif particulier que lorsque l'acte peut être révoqué pour la raison consacrée au numéro 1° de l'article 69 de l'ancien Code contentieux administratif, aujourd'hui article 93 du Nouveau code, c'est-à-dire quand il est contraire à la Constitution ou à la loi. L'interprétation du Conseil d'État est restrictive puisque l'article 71 de la Loi 446 de 1998 permet de concilier sur les effets économiques quand on est en présence d'une des trois hypothèses qui permettent de révoquer un acte administratif particulier.

Mais le Conseil d'État exclut les cas de convenance et d'équité, hypothèses 2 et 3 de l'article 69 de l'ancien Code contentieux administratif ou de l'article 93 du Nouveau code. Pour le Conseil d'État, seules les raisons légales permettent de concilier les effets patrimoniaux d'une décision particulière de l'administration¹⁷⁸. Il

¹⁷⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 9 de diciembre de 2004. *Expediente Número 2792*.

¹⁷⁸ Ley 446 de 1998, Diario Oficial No. 43.345, de 23 de julio de 1998, " Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de procedimiento civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991, Artículo 71 : « Lorsqu'il existe un acte administratif de caractère particulier, il est possible de

a réitéré cette position dans une décision récente où il a disposé « *qu'en vertu de l'article 71 de la Loi 446 de 1998, une fois les effets patrimoniaux conciliés, l'acte est révoqué. Si l'on est face à l'une des causes de révocation consacrées dans l'article 69 du Code contentieux administratif, la décision de l'administration qui entérine le retrait de l'acte de l'ordonnancement juridique n'est pas nécessaire. Ces causes de révocation une fois appliquées, deviennent toutes des hypothèses de légalité, même si prima facie on peut inférer que les hypothèses 2 et 3 ne le sont pas. Ces hypothèses constituent donc des concepts juridiques indéterminés qui sont soumis au contrôle de légalité propre au développement du principe de légalité dans un État de droit.* »¹⁷⁹.

Pour concilier sur les effets économiques d'un acte administratif particulier, il faut suivre les paramètres établis par le Conseil d'État et non plus par l'article 71 de la Loi 446 de 1998 car finalement, l'homologation par le juge administratif est obligatoire ; sans approbation l'accord n'a pas d'effets juridiques. Cela signifie que les parties doivent justifier la conciliation sur les effets économiques dans l'illégalité de l'acte, et le juge administratif homologue l'accord s'il constate cette illégalité. Dans cette matière le juge administratif, en majorité, a adopté une position restrictive, ce qui dépasse sa compétence car l'article 71 est clair et doit s'appliquer ; cependant ce qui s'applique est la position du juge administratif car il a une compétence générale pour homologuer les conciliations dans cette matière

concilier les effets économiques de l'acte, si l'on est face à l'un des cas de l'article 69 du Code contentieux administratif. Dans ce cas, une fois la conciliation approuvée, l'acte administratif est révoqué et remplacé par l'accord conciliatoire ». Traduction au français par Verónica Peláez G. (Texte en espagnol : "*Cuando medie acto administrativo de carácter particular, podrá conciliarse sobre los efectos económicos del mismo si se da alguna de las causales del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, evento en el cual, una vez aprobada la conciliación, se entenderá revocado el acto y sustituido por el acuerdo logrado.*")

¹⁷⁹ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso, Sección Tercera, 18 de julio de 2007, Radicación Número : 25000-23-26-000-2001-00072-01(31838), C.P. : Ruth Stella Correa. Voir aussi : Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Auto del 10 de agosto de 2000, Expediente Número 17219 ; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Auto del 9 de marzo de 2000, Expediente Número 16758 ; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Auto del 29 de junio de 2000, Expediente Número 16116 ; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Auto del 22 de enero de 2003, Expediente Número 22232 ; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 1 de abril de dos 2004, Radicación Número : 25000-23-26-000-2001-02935-01(25853), M.P. : María Elena Giraldo Gómez.

et sans homologation l'accord conciliatoire n'a pas d'effets. Cependant, il existe en 2011 des décisions du Conseil d'État qui ne suivent pas cette position et qui appliquent l'article 71 de la Loi 446 de 1998. Cette situation est un motif d'insécurité juridique pour les administrés¹⁸⁰ et elle affecte l'efficacité de la conciliation, cependant la position majoritaire est celle qu'on considère restrictive.

69. Finalement, des interrogations subsistent sur la possibilité de concilier sur les effets économiques d'un acte administratif. Il n'est pas possible de concilier sur la légalité, domaine où les parties ne peuvent pas disposer¹⁸¹. On ne peut concilier sur les effets économiques que si l'acte est révocable selon l'article 93 du Nouveau Code, mais il convient de préciser certains points, d'une part, la conciliation dans cette matière comporte un accord sur la légalité de l'acte car elle se substitue à l'acte administratif qui disparaît. En principe, les parties ne discutent pas la légalité de l'acte mais leur accord s'impose sur une décision unilatérale de l'administration. L'acte administratif initial est substitué totalement par l'accord conciliatoire approuvé. D'autre part, l'acte administratif, en principe, bénéficie d'une présomption de légalité qui disparaît quand le juge administratif déclare sa nullité. Mais dans le cas d'une conciliation sur les effets économiques, le juge ne prend pas une décision qui comporte la déclaration de nullité de l'acte au moins expressément. L'accord des parties homologué par le juge remplace et révoque l'acte car il est contraire à la Constitution ou à la loi ou parce qu'il existe une des causes pour révoquer l'acte administratif particulier. Finalement, la révocation des actes administratifs comporte toujours une décision de l'administration qui retire l'acte de l'ordonnancement juridique mais, dans le cas de la conciliation sur les effets économiques d'un acte administratif particulier, cette décision de l'administration n'existe pas. La décision unilatérale de l'administration fait place à l'autonomie de la volonté, à l'accord des parties ; on est donc face à une révocation différente. Ce n'est plus l'administration qui révoque son acte mais les parties, en vertu de l'accord conciliatoire homologué par le juge administratif. Dans cette forme de conciliation la limite de concilier sur la légalité n'est pas claire, il

¹⁸⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Segunda, Subsección B, Auto del 20 de enero de 2011, *Radicación Número* : 13001-23-31-000-2009-00254-01(1823-09), M.P. : Gerardo Arenas Monsalve.

¹⁸¹ *Idem*, voir aussi : Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Primera, Auto del 25 de marzo de 2010, *Radicación Número* 2009-00241, M.P. : Marco Antonio Velilla.

existe certes une analyse de la légalité de l'acte et une analyse économique pour déterminer le montant du préjudice et accorder la valeur que doit reconnaître l'administration mais finalement la légalité est mise en cause car l'acte est substitué totalement par l'accord conciliatoire approuvé.

70. En conclusion, il est possible de concilier sur les effets économiques d'un acte administratif particulier, s'il est contraire à la Constitution et à la loi, selon la position dominante du Conseil d'État, et la révocation est en conséquence possible. Cependant, les questions sur la possibilité de concilier, lorsque ce qu'est discuté est un acte administratif subsistent. Il existe un sujet d'intérêt qu'il faut analyser, qui touche l'arbitrage et la compétence des arbitres pour instruire une affaire relatif à la légalité d'un acte administratif qui est lié à celui de la conciliation sur les effets économiques d'un acte administratif particulier. Ce sujet, met en évidence que les discussions autour d'un acte administratif ont été considérées comme du ressort exclusif du juge administratif et un particulier, l'arbitre, ne pouvait pas se prononcer car c'était une matière qui n'admettait pas la transaction ou sa disposition.

71. En principe, il est possible de concilier sur les affaires susceptibles de transaction et il est possible de soumettre à un tribunal d'arbitrage les affaires qui admettent transaction mais cela n'a pas signifié que toute affaire qui admet la conciliation permet aussi l'arbitrage. Cela signifie qu'il n'a pas existé une seule position par rapport aux affaires qui admettent la conciliation et celles qui admettent l'arbitrage. Ainsi, La Cour constitutionnelle a considéré que « [...] *Les particuliers investis transitoirement de la fonction de rendre la justice, en qualité d'arbitres, ne peuvent pas se prononcer sur la légalité d'une action de l'État. C'est l'État au travers de ses juges, qui a compétence pour se prononcer sur la façon dont ses organes exercent leurs pouvoirs et leurs compétences [...]* ». Les particuliers « [...] *peuvent seulement se prononcer sur des situations dont les parties peuvent disposer. Sur l'ordre juridique il n'est pas possible de disposer. Lorsque l'administration dicte un acte administratif, elle le fait en vertu de ses pouvoirs constitutionnels et légaux, les particuliers qui n'exercent pas de fonctions publiques ne peuvent pas dicter des actes administratifs. Une décision sur cette matière est de la compétence exclusive de la juridiction de l'État [...]* ». Par

conséquent, « [...] *les clauses exceptionnelles aux contrats publics en tant que mesures adoptées par l'administration ne peuvent être examinées que par la juridiction contentieuse* [...]»¹⁸². Avec cette décision de constitutionnalité, la Cour constitutionnelle montre clairement qu'il est impossible d'utiliser l'arbitrage pour discuter la légalité d'un acte administratif émis par l'administration exerçant ses pouvoirs exceptionnels en matière contractuelle. Un arbitre ne pourra donc pas se prononcer sur la légalité d'un acte qui déclare la déchéance d'un contrat, ou qui le modifie, ou qui y met fin ou l'interprète unilatéralement. Cette incompétence concerne seulement les actes administratifs dictés par l'administration dans l'exercice de ses pouvoirs exceptionnels durant l'exécution d'un contrat public¹⁸³.

72. Le Conseil d'État, même avant la décision de la Cour constitutionnelle, considérait que les arbitres étaient incompétents pour résoudre des conflits liés aux actes administratifs dictés en vertu de l'activité contractuelle de l'administration¹⁸⁴. La position du Conseil d'État est restée presque la même depuis l'année 2000. Après la décision vue de la Cour constitutionnelle, il reprend cette décision et continue à considérer comme valide l'incompétence des arbitres dans cette matière¹⁸⁵. Pour le Conseil d'État, un acte administratif est « *une expression de l'administration qui comprend l'utilisation de prérogatives du pouvoir public qui ne sont pas présentes dans les relations entre les particuliers* » et ne sont pas du ressort des arbitres¹⁸⁶. En 2008, le Conseil d'État apporte quelques

¹⁸² Corte Constitucional, Sala Plena, *Sentencia C-1436 del 25 de octubre de 2000*, Expediente Número : D-2952, M.P. : Alfredo Beltrán Sierra.

¹⁸³ L'article 14 de la Loi 80 de 1993, consacre les actes dictés en matière contractuelle qui comportent l'utilisation de prérogatives publiques de la part de l'administration. Ainsi selon cet article ces actes sont: celui qui interprète unilatéralement le contrat, celui qui le modifie unilatéralement et celui qui termine unilatéralement le contrat. Ainsi que l'acte qui déclare la déchéance du contrat.

¹⁸⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, *Sentencia del 8 de junio de 2000*, Citée in : Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, *Sentencia del 10 de junio de 2009*, *Expediente Número 11001-03-26-000-2009-00001-00(36252)*, M.P. : Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁸⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, *Sentencia del 23 de agosto de 2001*, *Expediente Número: 19.090*.

¹⁸⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, *Sentencia del 4 de julio de 2002*, *Expediente Número: 19.333*. Voir aussi, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, *Sentencia del 9 de octubre de 2003*, *Expediente Número 16.718*, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, *Sentencia del 11 de marzo de 2004*,

précisions : « [...] en matière contractuelle les arbitres sont incompétents pour décider sur les actes administratifs particuliers dictés en vertu des prérogatives du pouvoir public. Mais ils sont compétents pour se prononcer sur les actes administratifs particuliers dictés en matière contractuelle qui ne comportent pas l'utilisation de prérogatives du pouvoir public, on reconnaît aux particuliers la possibilité de prendre des décisions sur ces actes [...] »¹⁸⁷. Finalement, selon le Conseil d'État, la Constitution permet aux arbitres de rendre la justice, si les parties s'y accordent (clause compromissoire ou compromis), si la compétence donnée aux arbitres est temporaire et s'ils exercent cette compétence en conformité avec la loi. Le législateur impose une seule limitation, ils ne traitent que les affaires où l'on peut transiger¹⁸⁸. Par conséquent, les arbitres peuvent traiter des actes administratifs dictés durant l'activité contractuelle de l'administration sauf ceux qui sont dictés par l'administration en vertu de prérogatives du pouvoir public, c'est-à-dire les actes consacrés dans l'article 14 de la Loi 80 de 1993¹⁸⁹. De plus, ces actes ont été exclus de la compétence des arbitres par la Cour constitutionnelle en l'an 2000¹⁹⁰.

73. La décision de la Cour constitutionnelle et la position du Conseil d'État suscitent tout de même des questionnements. En effet, il est difficile de trouver les

Expediente Número : 25.021, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Sentencia del 10 de marzo de 2005, *Expediente Número : 27.946* y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Sentencia agosto 29 de 2007, *Expediente Número : 15.469*.

¹⁸⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Sentencia del 27 de marzo de 2008, *Expediente Número : 36644*. Voir aussi, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Sentencia del 15 de octubre de 2008, *Expediente Número : 35.483* et Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Sentencia del 3 de diciembre de 2008, *Expediente Número : 34.302*.

¹⁸⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Sentencia del 10 de junio de 2009, *Expediente Número : 11001-03-26-000-2009-00001-00(36252)*, M.P. : Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁸⁹ En conformité avec cet article de la Loi 80 de 1993 les actes dictés en matière contractuelle qui comportent l'utilisation de prérogatives publiques de la part de l'administration sont : l'acte qui interprète unilatéralement le contrat, celui qui le modifie unilatéralement et celui qui met unilatéralement fin au contrat. Ainsi que l'acte qui déclare la déchéance du contrat.

¹⁹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Sentencia del 10 de junio de 2009, *Expediente Número: 11001-03-26-000-2009-00001-00(36252)*, M.P. : Mauricio Fajardo Gómez.

justifications juridiques qui distinguent les actes administratifs dictés en vertu des pouvoirs exceptionnels des autres actes dictés durant l'exécution du contrat mais qui ne découlent pas de ces pouvoirs. Tous sont des actes administratifs, des actes unilatéraux, il n'y a pas de différence entre eux mais en particulier, la légalité qui est mise en cause est la même. On est face au pouvoir de dicter des décisions unilatérales s'imposant par la seule volonté de leur auteur et par conséquent indépendamment du consentement de ceux qu'elles concernent. C'est un pouvoir remarquable de l'administration, c'est la première des prérogatives de la puissance publique. Cette prérogative lui permet d'imposer des obligations, de délivrer des autorisations, de conférer des droits sans nécessité d'un titre juridictionnel¹⁹¹. C'est ce qu'Hauriou a nommé le « *privilege du préalable* »¹⁹². Les actes administratifs sont des décisions unilatérales de l'administration s'imposant aux administrés. La position des Hautes Cours ont l'a considérée faible car tout acte administratif qui comporte une décision unilatérale est une manifestation des prérogatives de puissance publique. En outre, si le différend concerne la légalité d'un acte administratif, la légalité que l'on discute est toujours la même car sur la légalité on ne peut pas disposer, mais la décision de la Cour constitutionnelle et du Conseil d'État fait penser qu'il est possible de disposer de la légalité lorsque l'arbitre doit se prononcer par rapport à un acte administratif qui ne comporte pas l'exercice de facultés exceptionnelles. Finalement, la position de la Cour constitutionnelle et du Conseil d'État, toutes les deux prononcées avant l'existence de la Loi 1563 de 2012¹⁹³, ont permis conclure, que les affaires qui sont susceptibles de conciliation ne permettaient pas nécessairement l'utilisation de l'arbitrage. Il n'y avait pas de concordance. Il est possible de concilier sur les effets économiques d'un acte administratif individuel, si cet acte peut être révoqué conformément à la normativité en vigueur. Ainsi, on peut concilier sur les effets économiques de l'acte administratif par lequel l'administration déclare la déchéance d'un contrat, mais un arbitre ne pouvait pas instruire cette affaire car c'était un acte dicté en vertu de prérogatives exceptionnelles de l'administration.

¹⁹¹ R.CHAPUS, Droit Administratif Général, Tome I, 15^{ème} édition, Montchrestien, Paris : 2001, pp. 665 et ss.

¹⁹² *Idem*.

¹⁹³ Ley 1563 del 12 de julio de 2012, « *Por medio de la cual se expide el estatuto nacional e internacional y se dictan otras disposiciones* »

En outre, ce traitement différencié mettait en évidence au moins deux choses. D'une part, que la limitation de transiger sur la légalité disparaissait dans les cas des arbitres, car un arbitre pouvait et peut se prononcer sur la légalité d'un acte administratif particulier dicté en vertu de l'activité contractuelle de l'administration s'il n'obéissait pas aux prérogatives publiques mais la conciliation a été admise par la loi que par rapport aux effets économiques de l'acte administratif particulier si cet acte est susceptible de révocation en vertu de l'article 93 du Nouveau Code et plus précisément s'il est contraire à la Constitution et la loi, en conformité avec la position du Conseil d'État. En conclusion, la conciliation a toujours porté sur les effets économiques de l'acte administratif particulier mais l'arbitrage a été relatif à l'intégrité de l'acte. D'autre part, la conciliation sur les effets économiques de l'acte administratif particulier à été et continue à être liée à la révocation des actes administratifs ; si celle-ci est possible, la conciliation sur les effets économiques est possible ; l'arbitrage a été possible en matière contractuelle en droit administratif uniquement si l'acte particulier qu'on discutait ne comportait pas l'utilisation d'une prérogative de puissance publique de l'administration. Dans le cas de l'arbitrage la légalité devenait une affaire susceptible de transaction. Cela n'est pas reconnu dans la conciliation, du moins par le législateur. Cependant, cette situation a changé avec la Loi 1563 de 2012 car cette loi dans son article première admet que les arbitres se prononcent sur les effets économiques des actes administratifs reliés avec un contrat public et dictés en vertu de prérogatives exceptionnelles de l'administration et il ne s'exige pas que l'acte administratif puisse être révoqué comme dans une conciliation. Rien dit cette loi expressément par rapport aux autres actes administratifs reliés avec un contrat public mais qui ne comportent pas l'exercice de facultés exceptionnelles. Malgré cela, il faut conclure que c'était une matière considérée pour la Cour Constitutionnelle comme admettant la disposition et la transaction depuis l'année 2000 et les arbitres pourront continuer à se prononcer sur la légalité de ces actes administratifs car cette matière dans les cas des arbitres admet disposition et ils peuvent se prononcer sur la légalité et sur les effets économiques de ces actes

administratifs. En relation avec les autres actes par disposition normative les arbitres peuvent se prononcer que sur leurs effets économiques¹⁹⁴.

74. En définitive, la légalité est concernée par la conciliation même si cela n'est pas reconnu et si en la matière la conciliation ne s'adapte pas bien ; en outre, on a toujours considéré que sur la légalité, il n'était pas possible de disposer et de transiger. Cependant, la réalité vécue par rapport à l'arbitrage montre que la légalité admet la transaction ; cela signifie que la légalité admet donc la transaction et la disposition et qu'elle n'est plus une affaire d'ordre public ? La permission législative et jurisprudentielle de concilier et d'utiliser l'arbitrage face à des actes administratifs le fait penser. Cependant, la légalité a toujours été vue comme une matière d'ordre public qui n'admet pas disposition. Il a été dit, depuis des années, que l'administration ne peut transiger en accordant une compensation financière pour permettre le maintien d'une décision illégale. Ainsi, l'administration, s'agissant d'une décision illégale, doit la retirer, s'il s'agit d'une décision individuelle et si elle en a encore la possibilité, ou l'abroger si elle présente un caractère réglementaire¹⁹⁵. En outre, un particulier ne peut valablement renoncer à son droit d'exercer un recours devant le juge à l'encontre d'un acte administratif qui serait illégal¹⁹⁶. L'administration, on insiste, ne peut légalement transiger ou concilier sur les affaires qui concernent la légalité. La conciliation s'adapte mal malgré l'autorisation législative et même si elle se réalise en principe sur les effets économiques, car on discute finalement la légalité.

¹⁹⁴ Ley 1563 del 12 de julio de 2012, « *Por medio de la cual se expide el estatuto nacional e internacional y se dictan otras disposiciones* », artículo 1°: « L'arbitrage est un mecanismo de resolución des conflits par lequel les parties dans un différend admettant la disposition ou existant une permission légale, confèrent sa solution à un arbitre [...]. Ils peuvent aussi se prononcer en matière contractuelle “ sur les effets économiques des actes administratifs dictées en vertu de facultés exceptionnelles ».

¹⁹⁵ CE 14 novembre 1958, Ponard, *Rec. C.E* p. 554.

¹⁹⁶ CE, Ass., 19 novembre 1955, Sieur Andréani, *Rec. CE* p. 551, CE 2 février 1996, Sté Établissement Croquet, req. n° 152406, *Rec. CE*, p.26.

§ 2. La conciliation comme mécanisme pour régulariser les *hechos cumplidos*¹⁹⁷.

75. Une réclamation liée à un *hecho cumplido* est patrimoniale et elle a un caractère particulier ; cela signifie qu'en vertu de la loi, il est possible de concilier sur cette affaire¹⁹⁸. Cependant, l'analyse doit être approfondi et la conciliation s'adapte mal dans cette matière car elle est devenue un mécanisme pour régulariser des situations de fait qui comportent une violation des normes en matière de contrats publics. L'exception du contrat non écrit ou l'inexistence du contrat est devenue la règle et la conciliation est la solution aux *hechos cumplidos* et leur reconnaissance économique. Parler de conciliation et de *hechos cumplidos* implique nécessairement d'étudier l'enrichissement sans cause et l'action qui permet de l'invoquer ainsi que le comportement de l'administration et du particulier. La jurisprudence du Conseil d'État colombien a accepté dans quelques affaires l'utilisation de l'*actio de in rem verso* afin de demander une compensation pour la personne qui a subi une diminution de son patrimoine¹⁹⁹. Suite à l'inexistence

¹⁹⁷ Les contrats de l'État se perfectionnent lorsqu'il y a un accord sur l'objet et la contreprestation et l'accord repose dans un document écrit. Ainsi, sont considérées comme des exigences pour commencer l'exécution d'un contrat public, l'approbation des garanties et l'existence de poste budgétaire. Le contrat public est un contrat solennel, c'est-à-dire qu'il doit reposer dans un document écrit (pour être valide). Sinon il n'existe pas et n'a pas d'effet juridique. Quand une personne exécute une prestation bénéficiant à l'administration sans que le contrat ne soit perfectionné, sans l'existence de document écrit (contrat), on appelle cela en Colombie des *hechos cumplidos*.

¹⁹⁸ V. PELAEZ, "La Conciliación como requisito de procedibilidad en materia administrativa y aspectos puntuales en materia contractual", in coll. X Jornadas de Derecho Administrativo. *Incertidumbre en la contratación estatal*, Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 521.

¹⁹⁹ Pour Aubry et Rau : « la action de in rem verso, dont on ne trouve dans le Code Civil que des applications spéciales, doit être admise d'une manière générale, comme sanction de la règle d'équité, qu'il n'est pas permis de s'enrichir aux dépens d'autrui, dans tous les cas où le patrimoine d'une personne se trouvant, sans cause légitime, enrichi au détriment de celui d'une autre personne, celle-ci ne jouirait, pour obtenir ce qui lui appartient ou ce qui lui est dû, d'aucune action naissant d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit. » En outre, "Cette action n'a de commun que le nom avec l'action de in rem verso du Droit romain... La dernière est une action adjectivae qualitatis, qui tire sa force de la l'action principale à laquelle elle se trouve jointe, tandis que la première existe par elle-même, sans avoir besoin de l'appui d'aucune autre action" Cité in : Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Sección Tercera, Sala Plena, Sentencia del 19 de noviembre de 2012, *Radicación Número* : 73001-23-31-000-2000-03075-01 (24.897),

d'un contrat public, une personne peut par exemple donner un bien, exécuter un service ou un ouvrage public pour une administration qui ne la paie pas²⁰⁰. Dans ce cas, il faut prouver l'existence et la convergence de tous les éléments de la théorie de l'enrichissement sans cause pour voir reconnu un *hecho cumplido* en utilisant l'*actio de in rem verso*. L'enrichissement sans cause, principe général du droit, a été appliqué en droit public colombien à partir d'une construction de la jurisprudence et de l'interprétation de l'article 8 de la Loi 153 de 1887²⁰¹. L'enrichissement sans cause est un principe général du droit qui trouve son origine dans le concept de justice comme base des relations régulées par le droit. Le concept de justice ne permet pas le déplacement du patrimoine d'un sujet à un autre sans l'existence d'une cause effective et juridique qui le justifie. Le Conseil d'État a accepté la reconnaissance et la compensation des *hechos cumplidos* en matière contractuelle mais en respectant quelques règles²⁰².

Le Conseil d'État a considéré que pour appliquer la théorie de l'enrichissement sans cause à fin de reconnaître les *hechos cumplidos* et utiliser l'*actio de in rem verso*, il faut qu'il y ait enrichissement dans le patrimoine d'une partie et un corrélatif appauvrissement de l'autre, sans cause juridique justifiant ce déséquilibre économique. La partie affectée doit aussi être de bonne foi car personne ne peut alléguer sa propre faute pour avoir un bénéfice propre. En outre, l'action *in rem verso*

M.P. : Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Ces caractéristiques évoquées pour Aubry et Rau ont application en droit colombien et dans la jurisprudence colombienne.

²⁰⁰ Compensation qui est définie en considération de l'appauvrissement subi par une personne (plaidant) à hauteur de la valeur réelle de l'enrichissement de l'autre.

²⁰¹ Ley 153 del 15 de agosto de 1887, "*Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887*", Diarios oficiales Nos. 7151 y 7152 del 28 de agosto de 1887, artículo 8 : " Lorsqu'il n'existe pas de loi applicable au cas qui se discute, s'appliqueront les lois qui réglementent des cas ou des domaines similaires et si ce n'est pas possible, la doctrine constitutionnelle et les règles générales du droit. Traduction au français par Verónica Peláez G. (Texte en espagnol: "*Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos ó materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho*"). Cette disposition a été utilisé pour la Cour Suprême comme fondement de l'enrichissement sans cause. Voir sur ce sujet : Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 12 de mayo de 1955. G.J. LXXX, 322.

²⁰² V.PELAEZ, "*La Conciliación como requisito de procedibilidad en materia administrativa y aspectos puntuales en materia contractual*", in coll. *X Jornadas de Derecho Administrativo. Incertidumbre en la contratación estatal*, Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 522.

est aussi une action subsidiaire et autonome car il ne peut exister d'autre action pour obtenir le paiement (de la valeur) de la diminution patrimoniale ou le rétablissement des deux patrimoines²⁰³.

76. Cette position fut celle du Conseil d'État jusqu'en 2009, année où il a fait une analyse différente de l'application de la théorie de l'enrichissement sans cause. La nouvelle position rompt avec les éléments considérés auparavant. La bonne foi requise de la part du contractant a une nouvelle dimension. Le Conseil d'État signale l'obligation pour l'administration comme pour le contractant de respecter les normes - d'ordre public-consacrées par l'ordre juridique et que tant celle-là que celui-ci doivent veiller à l'accomplissement des préceptes juridiques, exactement comme il en allait déjà auparavant²⁰⁴. Mais, en juillet 2009, le Conseil d'État a considéré que face à l'administration publique le principe de légalité devient plus exigeant, raison pour laquelle, dans chaque cas concret on devra analyser de manière indépendante et autonome la conduite assumée par le particulier et par l'administration. Alors, bien que la personne privée doive se soumettre aux préceptes normatifs, –lesquels n'admettent pas de convention *a contrario*, la loi ne lui a pas attribué le devoir de veiller à ce que l'entité publique contractante accomplisse chacune des exigences fixées par la loi, visant à la signature,

²⁰³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 2 de mayo de 2007, *Radicación N° 25000-23-26-000-1995-01123-01 (16211)*, C.P. : Ruth Stella Correa, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 7 de junio de 2007, *Radicación Número : 52001-23-31-000-1995-07018-01(14669)*, M.P. : Ramiro Saavedra Becerra, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de septiembre de 2008. *Radicación Número : 13001-23-31-000-2006-1524-01*, M.P. : Ramiro Saavedra Becerra, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 30 de julio de 2008, *Radicación Número : 07001-23-31-000-1996-00511-01(15079)*, M.P. : Ramiro Saavedra Becerra. Ces caractéristiques avaient été évoquées pour la Cour Suprême colombienne plusieurs années avant. Voir sur ce sujet : Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, Sentencia del 6 de septiembre de 1935, G. J. No. 1901 y 1902 Tomo XLII, p. 587-606, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 19 de septiembre de 1936, G. J. No. 1914 y 1915 Tomo XLIV, p. 431-437, M. P. : Ricardo Hinestrosa Daza, Corte Suprema de justicia, Sentencia del 19 de noviembre de 1936, G. J. No. p. 471-476, M. P. : Juna Francisco Mujica; et Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 14 de abril de 1937, G. J. No. 1923 Tomo XLV, p. 25-32, M. P. : Liborio Escallón.

²⁰⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 30 de marzo de 2006, Exp. 25662, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

l'existence et l'exécution du contrat correspondant de l'État. *A contrario sensu*, la protection constitutionnelle du principe de bonne foi exige que l'on protège, sans aucune restriction, la personne privée dans des circonstances où la confiance de l'administration, ainsi que sa volonté et son comportement sont ceux qui produisent la prestation d'un bien ou d'un service sans le support contractuel respectif.

Pour conclure la position du Conseil d'État en 2009 considère qu'on ne peut censurer le comportement du sujet de droit privé qui, motivé par une conduite préalable de l'administration, est conduit à réaliser un ouvrage ou à rendre un service sans qu'il existe un contrat étatique, préalablement signé. Dans ce cas, le juge doit pondérer la conduite du sujet de droit public face à la conduite du sujet de droit privé, puisque dans beaucoup de cas c'est la conduite de l'administration qui produit le transfert injustifié d'un patrimoine à l'autre. Dans ce cas, on censure l'action de l'administration et on doit recomposer le transfert patrimonial abusif et injustifié qui s'est produit²⁰⁵. La bonne foi du sujet privé dans ses relations avec les entités publiques est présumée ; il ne sera pas indemnisé dans les cas où son comportement seul aura entraîné de manière directe le transfert patrimonial souffert²⁰⁶.

Il ne s'agit pas de reconnaître une indemnisation de préjudices, mais, simplement, d'appliquer une source concrète des obligations, qui ordonne de compenser les déséquilibres économiques des parties quand ces derniers se montrent injustifiés, et principalement s'ils proviennent de la bonne foi avec laquelle agit une des parties reliées par un lien obligatoire dérivé de la loi, et étranger au contrat, celui-ci étant, comme on l'a indiqué précédemment, inexistant²⁰⁷.

Le Conseil d'État fonde sa position sur la bonne foi qui est exigée du cocontractant et sur le principe de confiance légitime ; l'administration qui

²⁰⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 22 de julio de 2009, *Radicación Número : 85001-23-31-000-2003-00035-01 (35026)*, C.P. : Enrique Gil Botero.

²⁰⁶ *Idem.*

²⁰⁷ *Idem.*

viole cette confiance doit être sanctionnée et devra compenser le sujet de droit privé puisque l'administration a créé des espoirs rationnels pour son comportement. En outre, l'absence de cause juridique qui justifie le transfert patrimonial est vue maintenant comme l'absence du droit de qui que ce soit de conserver l'accroissement dans son patrimoine. Il est alors possible que le particulier ait nui à l'ordre juridique mais cela n'empêche pas qu'il puisse être compensé. Finalement, le Conseil d'État, dans sa décision de juillet 2009, considère que l'*actio de in rem verso* ne doit pas être considérée comme une action auxiliaire, mais comme une action autonome et indépendante qui trouve son fondement dans l'article 831 du Code du commerce, lequel dispose que « personne ne pourra s'enrichir sans cause juste et au profit d'un autre ». L'enrichissement sans cause, ainsi que l'action appropriée pour le réclamer judiciairement (*actio de in rem verso*), n'ont pas le caractère de source auxiliaire des obligations.

L'enrichissement sans cause constitue une source directe des obligations, dans les cas où il n'existe ni acte juridique, ni fait illicite comme tel, mais qu'il existe un patrimoine qui s'est enrichi, en raison d'un autre qui dans la même proportion s'est appauvri de manière injustifiée, raison pour laquelle on doit compenser ces dommages²⁰⁸.

77. De ce qui précède, il faut conclure qu'une prétention qui cherche la reconnaissance d'un *hecho cumplido* admet la conciliation, mais ce qui fait que la conciliation s'adapte mal est son utilisation généralisée pour régulariser une situation

²⁰⁸ « [...] [l'] enrichissement injuste ou sans cause – est indubitablement synonyme et source d'obligations ; cette source produit une obligation qui est de réparation du préjudice provoqué ; il est reconnu comme principe général du droit ; on souligne l'injustice de l'enrichissement comme fondement et, finalement, en établissant les conditions on suit la tradition germano-italienne : un accroissement patrimonial de toute classe, le manque de raison juridique qui le fonde et l'enrichissement corrélatif d'une autre personne. C'est le manque de raison juridique qui fonde l'appauvrissement, ce qui est exprimé en disant qu'il est injuste ou sans cause. » DIEZ – PICASO, Luis y DE LA CAMARA, Manuel "Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa", Ed. Civitas, 1988, Madrid, p. 33. Cité in: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 22 de julio de 2009, *Radicación Número : 85001-23-31-000-2003-00035-01(35026)*, C.P.: Enrique Gil Botero.

qui a comporté une violation de la normativité en matière de contrats publics²⁰⁹. La conciliation ne doit pas être utilisée pour régulariser ces types d'actes d'une façon généralisée. La théorie de l'enrichissement sans cause ne peut être invoquée sans prendre en compte la réalité et les faits qui la justifient. Cela signifie que l'administration et le particulier ne peuvent pas toujours mettre en place des relations de fait, pour éluder la normativité (en matière de contrats administratifs) et les principes qui régissent cette matière, en pensant à l'utilisation de l'*actio in rem verso* pour obtenir le paiement du service (prêté) ou de l'ouvrage exécuté²¹⁰. Il n'est pas possible, non plus, d'utiliser la conciliation pour justifier la somme d'argent que l'administration doit payer s'il n'y a pas de disponibilité budgétaire car les procédures et les règles en matière de contrats publics n'ont pas été respectées ; et la conciliation ne peut être utilisée pour régulariser ces situations²¹¹. Finalement, dans ces cas, le problème consiste à justifier le montant que doit payer l'administration pour le service prêté ou le bien reçu, car il n'existe pas de contrat public et il n'existe pas de disponibilité budgétaire ; et comme la conciliation n'exige que l'accord et l'approbation du juge et n'exige pas de disponibilité budgétaire, l'accord approuvé justifie le paiement fait par l'administration et le paiement se fonde sur le poste budgétaire de sentences et conciliations. Cette situation a justifié que la conciliation ait été utilisée pour régulariser des *hechos cumplidos* et l'exception est devenue la règle en Colombie.

On insiste, la conciliation ne peut être utilisée pour légaliser un comportement de l'administration et du cocontractant contraire à la normativité en matière de contrats publics même si la prétention et l'affaire admettent par leur nature la conciliation. En 2006, le Conseil d'État n'a pas approuvé une conciliation judiciaire qui reconnaissait le paiement des prestations exécutées d'un contrat qui s'était terminé après avoir été prorogé plusieurs fois. Pour le Conseil d'État « [...] la

²⁰⁹ V.PELAEZ, "La Conciliación como requisito de procedibilidad en materia administrativa y aspectos puntuales en materia contractual", in coll. X Jornadas de Derecho Administrativo. *Incertidumbre en la contratación estatal*, Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 525.

²¹⁰ *Ibid.*, p.523

²¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de junio de 2007, Exp. 14669, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

spécificité des normes qui régissent l'élaboration et l'exécution des contrats publics ne permet pas l'application de la théorie de l'enrichissement sans cause pour définir les obligations à charge de l'administration qui dispose et accepte les prestations exécutées par un particulier lorsque le contrat public n'a pas été perfectionné ou qu'il a été terminé et que la prestation a été exécutée après sa terminaison [...] »²¹².

78. Finalement, on n'est pas d'accord avec la position adoptée par le Conseil d'État en juillet 2009, quant à la théorie de l'enrichissement sans cause puisque avec cette position, on accepte la possibilité qu'il existe une violation de l'ordre juridique par le particulier et par l'administration et malgré cela on considère qu'on doit appliquer la théorie de l'enrichissement sans juste cause. Cette position n'est pas convenable car c'est la violation de l'ordre juridique qu'est la cause juridique qui justifie le transfert patrimonial. On manquerait alors à l'une des exigences de la théorie de l'enrichissement sans cause telle que l'absence de cause juridique justifiant le transfert patrimonial. Ce qui précède empêcherait l'application de cette théorie²¹³.

L'existence d'un enrichissement lié à un corrélatif appauvrissement n'est pas suffisante pour appliquer la théorie de l'enrichissement sans cause. Son application n'est pas généralisée. Ainsi, face à la non-exécution d'obligations légales à la charge de l'État pendant la formation du contrat public, il faut se placer dans le champ de la responsabilité extracontractuelle²¹⁴. Face à la preuve du préjudice subi et son imputation à l'État pour ne pas avoir respecté la loi contractuelle et les règles propres au principe de bonne foi qui doivent

²¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Sentencia del 30 de marzo de 2006, *Radication Número : 25662*, M.P. : Ramiro Saavedra (Texte en espagnol : “ [...] *La especialidad de las normas que rigen la formación y ejecución del contrato estatal impiden la aplicación del enriquecimiento sin causa para definir las obligaciones que le cabrían a la entidad pública, que dispone y acepta las prestaciones ejecutadas por un particular, cuando el contrato no se ha configurado o está terminado[...]*”).

²¹³ V. PELAEZ, “*La Conciliación como requisito de procedibilidad en materia administrativa y aspectos puntuales en materia contractual*”, Op. Cit., pp 524 et 525.

²¹⁴ Dans ce cas on n'est plus face à l'*actio in rem verso* et la théorie de l'enrichissement sans cause, mais face à la responsabilité extracontractuelle (prétention de réparation directe) et l'indemnisation pleine des préjudices.

gouverner les relations, le juge pourra retenir sa responsabilité et le condamner à payer entièrement l'indemnisation des préjudices.

Si le particulier exécute des prestations sans contrat ou sans l'existence d'une relation précontractuelle, il ne pourra invoquer cette théorie car c'est de sa négligence que découle le préjudice²¹⁵. Il en est de même lorsque la situation résulte de la concurrence d'actions ou d'omissions des deux parties comme lorsque le contrat n'est pas exécutable pour cause d'absence des exigences légales. Il y a là un partage de fautes entre l'entité publique et le particulier dans la production du préjudice. L'entité publique méconnaît les normes en matière de contrats publics qui l'obligent à ne pas exécuter mais le particulier doit aussi respecter ces normes et ne peut pas exécuter dans ces conditions. Il n'existe donc pas de responsabilité exclusive de l'entité publique²¹⁶. Ainsi, sur une base quasi contractuelle²¹⁷ si « [...] *les travaux supplémentaires ont été «utiles au maître de l'ouvrage» : le cocontractant aura droit alors au remboursement des dépenses utiles déduction faite du bénéfice et de ses propres fautes [...] »*²¹⁸, et sur une base quasi délictuelle, par ailleurs, le cocontractant pourra demander la réparation du préjudice que l'administration a causé avec son acte irrégulier²¹⁹. Toutefois, la responsabilité sera ici partagée entre les parties, l'entreprise ne pouvant ignorer les règles de passation et d'exécution du marché²²⁰.

²¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 13 de diciembre de 2007, *Radicación Número : 31.294*. « Le Conseil d'État n'approuve pas une conciliation extrajudiciaire car il considère que « [...] ne s'applique pas la théorie lorsque l'appauvrissement a pour cause le fait de la victime. Dans ce cas, le sujet doit supporter les conséquences de ses actions et omissions. Personne ne peut discuter sa propre faute [...] ». Traduction au français par Verónica Peláez G. (Texte en espagnol : "[...] *No se aplica la teoría cuando el empobrecimiento tiene por causa el hecho exclusivo del sujeto que lo padece, pues en estos casos debe soportar las consecuencias de sus acciones u omisiones, como lo impone la máxima según la cual a nadie le es dable alegar su culpa en beneficio propio [...]*".

²¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, en sentencia del 7 de junio de 2007, *Radicación N° 52001-23-31-000-1995-07018-01(14669)*, M.P. : Ramiro Saavedra.

²¹⁷ N. VINCI, Guide de la transaction en droit administratif, Territorial éditions, Op.Cit., p.20.

²¹⁸ CAA Douai 18 décembre 2003, Soc.Colasc /commune d'Abbeville, *Contrats et marchés publics 2004*, n°67.

²¹⁹ N. VINCI, Guide de la transaction en droit administratif, Territorial éditions, Op. cit., p.20.

²²⁰ *Idem*.

Pour conclure, la théorie de l'enrichissement sans cause ne peut être utilisée pour normaliser de façon généralisée des situations qui trouvent leur origine dans la violation de l'ordonnancement juridique ou pour résoudre des situations issues de la défaillance de la fonction administrative²²¹. Son application ne génère pas une indemnité du préjudice mais sa compensation. En outre, la conciliation comme il a déjà été montré, n'est pas un mécanisme permettant d'échapper aux normes d'ordre public, particulièrement aux normes en matière de contrats publics. Toutefois, la jurisprudence du Conseil d'État en 2009, permet de penser qu'il est possible d'approuver une conciliation, même lorsque le particulier aurait violé les normes en matière de contrats publics ; et on pourra alors invoquer la théorie de l'enrichissement sans cause, lorsque sa conduite n'aurait pas été la seule cause qui aurait provoqué la situation dont l'indemnisation est réclamée²²². Cependant, le Conseil d'État a unifié sa jurisprudence dans un arrêt de novembre 2012 qui nous partageons complètement²²³. Dans cette décision le Conseil d'État a considéré à propos des *hechos cumplidos* l'impossibilité d'utiliser la conciliation pour régulariser une situation qui comporte une violation à la normativité en vigueur dans laquelle on invoque l'enrichissement sans cause. Une situation qui comporte telle violation n doit pas être considéré comme un *hecho cumplido* qui admet reconnaissance en utilisant la théorie de l'enrichissement sans cause car cette théorie et l'utilisation de l'actio de in rem verso exigent qu'il n'existe pas une violation d'une norme juridique²²⁴. Tous les intervenants doivent avoir respecté la normativité en vigueur et

²²¹ V. PELAEZ, "La Conciliación como requisito de procedibilidad en materia administrativa y aspectos puntuales en materia contractual", Op. Cit., p. 525.

²²² De nos jours le Conseil d'État maintient la position ébauchée par rapport à la manière dont on doit voir la bonne foi de la personne qui allègue l'appauvrissement, mais en 2010, il revient sur sa position antérieure et considère que l'*actio in rem verso* est une action auxiliaire, non principale. Voir Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 17 de marzo de 2010, *Radicación Número* : 63001-23-31-000-1998-00164-01(16452), M.P. : Mauricio Fajardo.

²²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Sección Tercera, Sala Plena, Sentencia del 19 de noviembre de 2012, *Radicación Número* : 73001-23-31-000-2000-03075-01 (24.897), M.P. : Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

²²⁴ Voir aussi, V. PELAEZ, "La Conciliación como requisito de procedibilidad en materia administrativa y aspectos puntuales en materia contractual", Op. Cit., pp.323-325..

l'absence de connaissance de la normativité n'est pas acceptable. L'actio de in rem verso ne peut être utilisée pour reconnaître un service prêté ou un ouvrage exécuté sans l'existence d'un contrat public²²⁵. Cependant, le Conseil d'État consacre trois exceptions : lorsqu'il existe une violence de l'administration sur le particulier, lorsqu'il existe une situation qui exige l'exécution d'un service pour éviter une violation au droit à la Santé en connexité avec le droit à la vie et finalement lorsque l'administration n'a pas déclaré *l'urgencia manifiesta* mais elle a exigé l'exécution de certains services sans l'existence d'un contrat public. En résumé, les travaux supplémentaires, ou les travaux excédant la masse initiale prévue au marché en cas de travaux à prix unitaires ou les *hechos cumplidos* (absence de contrat passé), sans décision de poursuivre, mêmes utiles, effectués spontanément par l'entrepreneur ou le particulier sans aucun ordre de service ou contrat passé, n'ont pas à être payés²²⁶. Le sujet a été controversé et même la jurisprudence n'avait pas eu une position unanime et cela a entraîné des difficultés quant à l'utilisation de la conciliation. Cependant, avec l'arrêt d'unification du Conseil d'État le sujet a été finalement tranché et clarifié.

L'administration et les particuliers doivent éviter de mettre en place des relations de fait qui méconnaissent les normes en matière contractuelle. Il ne faut pas oublier chaque responsabilité est autonome et l'existence d'une indemnisation, pour responsabilité extracontractuelle de l'État, n'exclut éventuellement pas la responsabilité pénale, fiscale, disciplinaire ni une prétention récursoire car finalement exécuter un service sans contrat est contraire à la normativité en vigueur et payer pour ce service peut éventuellement compromettre la responsabilité du fonctionnaire public²²⁷.

²²⁵ *Idem.*

²²⁶ CAA Bodeaux, 18 janvier 2005, Commune de Coussac-Bonneval, req. N°00BX002269, *Contrats et Marchés publics*, n°118.

²²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Sección Tercera, Sala Plena, Sentencia del 19 de noviembre de 2012, *Radición Número* : 73001-23-31-000-2000-03075-01 (24.897), M.P. : Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

79. Finalement, il existe aussi des matières qui ne sont pas comprises dans l'autorisation légale de concilier même si on pourrait penser qu'elles sont comprises dans cette autorisation.

Section 2. Des matières qui échappent à la permission légale.

80. Une des prétentions qui peuvent être invoquées à travers l'action contractuelle est celle relative à la nullité absolue du contrat où l'on discute la légalité de celui-ci. Cette prétention n'admet pas la disposition (§ 1.)²²⁸. En outre, une fois un contrat terminé, il convient de procéder à sa liquidation, faire le bilan de la relation contractuelle. Si les parties arrivent à une liquidation bilatérale de leur contrat, cette liquidation ne peut ensuite être remise en cause et la conciliation n'est pas admise (§ 2.).

§ 1. La prétention de nullité absolue du contrat.

81. Conformément à l'article 44 de la Loi 80 de 1993 le contrat administratif est absolument nul lorsque : 1° il est passé avec des personnes placées dans une des situations d'incapacité ou d'incompatibilité prévues dans la Constitution et la loi²²⁹, 2° il est conclu malgré une interdiction constitutionnelle ou légale expresse,

²²⁸ L'article 1740 du Code civil indique que « Est nul tout acte où il manque certaines des conditions que la loi prescrit pour la valeur de ce même acte ou contrat selon sa catégorie et la qualité ou l'état des parties. La nullité peut être absolue ou relative ». Traduction au français par Verónica Peláez G. (Texte en espagnol : *“Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa”*).

²²⁹ Corte Constitucional, *Sentencia C-489 del 26 septiembre 1996*, M.P. : Antonio Barrera Carbonell. « Les incapacités constituent une limitation de la capacité pour contracter avec les organismes étatiques, que de manière générale on reconnaît aux personnes naturelles et morales, et obéissent au manque d'aptitude ou à l'absence d'une qualité ou condition du sujet qui le rend inapte pour pouvoir être partie dans une relation contractuelle avec ces organismes [...] ». Traduction au français par Verónica Peláez G (Texte en espagnol : *“Las inhabilidades constituyen una limitación de la capacidad para contratar con las entidades estatales, que de modo general se reconoce a las personas naturales y jurídicas, y obedecen a la falta de aptitud o a la carencia de una cualidad, calidad o requisito del sujeto que lo incapacita para poder ser parte en una relación contractual con dichas entidades [...]”*).

3° il est conclu avec abus ou détournement de pouvoir²³⁰, 4° on déclare nuls les actes administratifs sur lesquels il se fonde et 5° il aurait été conclu en ignorant les critères prévus dans l'article 21 sur le traitement d'offres nationales et étrangères ou en violation de la réciprocité à laquelle se réfère la Loi 80 de 1993²³¹. La nullité absolue du contrat peut être invoquée, comme on l'a dit, par les parties, par le Ministère public et par tout tiers qui a un intérêt direct et elle peut même être déclarée d'office par le juge et n'est pas susceptible d'assainissement²³². Quand le

²³⁰ Le seul but qui doit guider l'administration dans son action est la satisfaction de l'intérêt général ; c'est pour cela que dans les cas où elle le ferait pour atteindre une fin autre que celle qui lui correspondrait en droit, elle agirait avec détournement de pouvoir.

²³¹ Ley 80 del 28 de octubre de 1993, "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación Pública", Diario Oficial N° 41094 del 28 de octubre de 1993, artículo 21 « Les organismes étatiques garantiront la participation des soumissionnaires de biens et de services d'origine nationale, dans des conditions compétitives de qualité, occasion et prix, sans préjudice de la procédure de sélection objective qui est utilisée et pourvu qu'il existe une offre d'origine nationale. Quand il s'agira de l'exécution de projets d'investissement on disposera la désagrégation technologique. Dans les contrats de prêts et autres formes de financement, différents des crédits de fournisseurs, on vérifiera qu'on n'exige pas l'emploi ou l'acquisition de biens ou la prestation de services d'origine étrangère spécifique, ou qu'à cela on conditionne l'octroi. De même, on cherchera à incorporer des conditions qui garantissent la participation de soumissionnaires de biens et de services d'origine nationale. A égalité de conditions pour contracter, on préférera l'offre de biens et de services d'origine nationale. Pour les soumissionnaires étrangers qui se trouvent à égalité de conditions, on préférera celui qui contient une plus grande incorporation de ressources humaines nationales, un plus grand composant national et de meilleures conditions pour le transfert technologique. Le Conseil supérieur du Commerce extérieur déterminera le régime en vigueur pour les importations des organismes étatiques ». Traduction au français par Verónica Peláez G. (Texte en espagnol : *"Las entidades estatales garantizarán la participación de los oferentes de bienes y servicios de origen nacional, en condiciones competitivas de calidad, oportunidad y precio, sin perjuicio del procedimiento de selección objetiva que se utilice y siempre y cuando exista oferta de origen nacional. Cuando se trate de la ejecución de proyectos de inversión se dispondrá la desagregación tecnológica. En los contratos de empréstito y demás formas de financiamiento, distintos de los créditos de proveedores, se buscará que no se exija el empleo o la adquisición de bienes o la prestación de servicios de procedencia extranjera específica, o que a ello se condicione el otorgamiento. Así mismo, se buscará incorporar condiciones que garanticen la participación de oferentes de bienes y servicios de origen nacional. En igualdad de condiciones para contratar, se preferirá la oferta de bienes y servicios de origen nacional. Para los oferentes extranjeros que se encuentren en igualdad de condiciones, se preferirá aquel que contenga mayor incorporación de recursos humanos nacionales, mayor componente nacional y mejores condiciones para la transferencia tecnológica. El Consejo Superior de Comercio Exterior determinará el régimen vigente para las importaciones de las entidades estatales"*).

²³² L'intérêt que doit démontrer le tiers doit être différent de celui de la simple protection de l'ordre juridique. Son intérêt à intervenir doit être fondé ; la solution de l'affaire peut influencer, répercuter ou affecter en quelque manière sa situation et les intérêts ou la jouissance et l'efficacité de ses droits. En tout cas ce ne sera pas un intérêt nettement patrimonial parce qu'en exigeant la nullité, on protège aussi l'intérêt général et le patrimoine public.

contrat sera déclaré nul pour les causes indiquées aux numéros, 1^o, 2^o et 4^o, le chef ou le représentant légal de l'organisme devra mettre fin le contrat par acte administratif motivé et devra ordonner sa liquidation. En outre, le contrat étatique souffrira de nullité absolue en accord avec le Code civil pour objet et cause illicite ou omission d'une certaine formalité ou d'une condition que la loi prescrit et quand il sera conclu par une personne absolument incapable²³³.

La prétention de nullité absolue du contrat est une prétention objective car elle comporte l'étude de la légalité du contrat. On recherche la perte de la force exécutoire ou la perte des effets du contrat administratif, quand dans leur formation, il existe des vices impossibles à assainir ou à régulariser. La nullité absolue d'un contrat administratif, elle seule, est une prétention objective, qui discute de la légalité du contrat, affaire d'ordre public qui échappe à la conciliation, mais cette prétention implique comme effet immédiat l'obligation de restituer les choses en l'état où les parties se trouvaient au moment de la conclusion du contrat. Pour chaque partie apparaît le devoir de restituer à l'autre ce qu'elle a reçu comme prestation du contrat annulé. En outre, la déclaration de nullité absolue implique la liquidation immédiate du contrat ; on devra procéder aux reconnaissances mutuelles et aux paiements correspondants aux prestations exécutées jusqu'à cette déclaratoire. Alors, en accord avec l'article 48 de la Loi 80 de 1993 la déclaration de nullité absolue d'un contrat à exécution successive n'empêchera pas la reconnaissance et le paiement des prestations exécutées jusqu'au moment de cette déclaration. Mais ce même article indique que si la nullité absolue trouve sa cause dans l'objet ou dans la cause illicite, le contractant ne recevra qu'une somme équivalente au bénéfice obtenu par l'État, à ce qui est réellement utile pour l'État. L'article se fonde sur l'enrichissement sans cause.

²³³ Les autres aspects qui ne comportent pas de nullité absolue du contrat qui en accord avec le droit commun constituent des causes de nullité relative peuvent être corrigés par ratification expresse des intéressés ou au cours de deux années comptées à partir de la présence du fait générateur du vice.

Cependant, il faut préciser que dans le cas d'une nullité du contrat résultant d'une faute de l'administration, le cocontractant peut prétendre à la réparation du dommage imputable à cette faute. Dans le cas colombien, par exemple lorsque la nullité se fonde sur la déclaration de nullité des actes administratifs sur lesquels se fonde le contrat, le cocontractant pourra demander au titre de la faute de l'administration le paiement du bénéfice dont il a été privé par la nullité du contrat si, toutefois, le remboursement à l'entreprise de ses dépenses utiles ne lui assure pas une rémunération supérieure à celle que l'exécution du contrat lui aurait procurée²³⁴.

En tout cas, « [...] *il appartient au cocontractant de l'administration qui entend obtenir l'indemnisation du préjudice que lui a causé la faute commise par cette administration en signant un contrat entaché de nullité, de justifier la réalité de son préjudice, et notamment des dépenses et de charges qu'il a supportées pour exécuter le contrat [...]* »²³⁵. Mais le juge, dans son calcul, tiendra compte de la faute commise par le cocontractant en concluant un contrat dont il ne pouvait ignorer l'illégalité et procédera, le cas échéant, à un partage des responsabilités²³⁶.

82. La prétention de nullité absolue du contrat pour impliquer une discussion de la légalité du contrat n'est pas conciliable, échappe à la conciliation, mais il est possible qu'à travers l'action contractuelle on sollicite non seulement la nullité absolue du contrat mais aussi les rétablissements et les indemnisations auxquelles il y a lieu. Celle-ci peut comporter deux aspects. D'une part, celui qui implique la légalité et l'ordre juridique, aspect sur lequel il n'est pas possible de disposer et ne serait pas possible de concilier. D'autre part, la présence d'un aspect personnel et patrimonial où il est possible de rechercher des reconnaissances économiques. Cette prétention peut faire l'objet de disposition et, par conséquent, de conciliation. Face à cette dimension mixte de l'action

²³⁴ N. VINCI, Guide de la transaction en droit administratif, Territorial éditions, Voiron, Octobre 2007, p. 17.

²³⁵ C.E 24 novembre 2006, Société pour la concession du métro et du réseau de bus de l'agglomération bordelaise (MB2), req. N° 268129.

²³⁶ CAA Bordeaux, 30 mars 2004, Ste MB2, Contrats et marchés publics 2004, n°117.

contractuelle, il est clair que la conciliation est admise en cas de prétentions patrimoniales, mais la prétention de nullité absolue n'admet pas la disposition.

83. Il ne faut pas oublier que les entités publiques peuvent concilier sur les affaires de caractère particulier et de contenu économique. La Loi 1285 de 2009 impose l'obligation de concilier, avant d'aller au juge contentieux, en utilisant l'action contractuelle pourvu que l'affaire soit conciliable. L'action contractuelle, comme il a été expliqué, comporte une variété de prétentions, dont celle relative à la nullité du contrat, qui ne comporte pas d'aspects économiques et patrimoniaux mais seulement la légalité ; pour cette raison, elle ne serait pas une affaire susceptible de conciliation le préalable de conciliation ne serait pas obligatoire quand on n'examine que la légalité du contrat. Il ne faut pas oublier qu'il sera obligatoire d'épuiser la conciliation extrajudiciaire quand l'affaire sera conciliable et on l'examinera à travers l'action contractuelle, l'action de réparation directe et l'action nullité et de rétablissement du droit et avec le Nouveau code lorsque les prétentions sont contractuelles, de réparation directe et de nullité et rétablissement du droit et si elles admettent la disposition. La prétention qui ne cherche que la nullité du contrat serait vue comme une prétention objective, et le préalable de conciliation ne doit pas être exigé, mais face à la prétention économique qui peut accompagner une prétention de nullité absolue, le préalable de conciliation sera obligatoire et la conciliation sera admise, mais sur l'aspect patrimonial.

Une autre matière qu'il faut analyser pour établir si elle échappe à la conciliation est celle qui concerne l'acte de liquidation bilatérale du contrat.

§ 2. L'impossibilité de remettre en cause la liquidation bilatérale d'un contrat.

84. Liquidier signifie faire le bilan d'un compte, payer entièrement une dette. La liquidation du contrat est un acte de l'administration postérieur à sa terminaison normale ou anormale, et qui a pour but de définir s'il existe des prestations, des obligations, ou des droits à charge des parties. On cherche à faire un bilan du contrat. Il sera possible de faire les reconnaissances, les réclamations et les

relevés nécessaires pour solder la relation contractuelle. En conformité avec la Loi 80 de 1993, réformée par la Loi 1150 de 2007, « [...] *La liquidation des contrats sera bilatérale durant le terme fixé dans le cahier des charges ou dans le document équivalent ou dans le terme accordé par les parties. S'il n'y a pas de terme stipulé, la liquidation sera faite dans les quatre mois suivant l'expiration du terme prévu pour l'exécution du contrat ou durant ce même terme, à partir du moment où l'administration dictera l'acte de terminaison du contrat ou à la date de l'accord qui en dispose [...]* »²³⁷.

Quand les cocontractants ne se présentent pas à la liquidation ou si les parties n'arrivent pas à un accord, la Loi 1150 de 2007 dans son article 11, autorise l'entité à liquider unilatéralement le contrat dans les deux mois suivants. Si, passé ce délai, l'administration n'a pas réalisé la liquidation, elle sera réalisée à n'importe quel moment dans les deux ans qui suivent la date d'expiration du délai de deux mois. Elle pourra être faite bilatéralement ou unilatéralement mais devra respecter ce délai²³⁸. Passé ce délai, l'administration perd compétence pour liquider le contrat.

Dans une liquidation bilatérale, les parties ne pourront pas remettre en cause le contenu de la liquidation ni aller devant le juge pour en discuter les aspects et elles ne pourront non plus utiliser la conciliation pour résoudre les différends d'une liquidation signée et acceptée par les parties. Une liquidation bilatérale, acceptée et signée par les intervenants, ne peut être remise en cause que s'il existe vices du consentement²³⁹.

Le Conseil d'État a adopté une position claire quant aux effets d'une liquidation bilatérale. Ainsi dès 1984 il a considéré que « [...] *une liquidation*

²³⁷ Ley 1150 del 16 de julio de 2007, "Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos", Diario Oficial No. 46.691 del 16 de julio de 2007, Artículo 11°.

²³⁸ *Idem*.

²³⁹ V.PELAEZ, "La Conciliación como requisito de procedibilidad en materia administrativa y aspectos puntuales en materia contractual", Op. Cit., p. 520.

souscrite sans aucune observation constitue un bilan qui permet de définir qui doit de l'argent, à qui il en doit et combien. Elle lie les parties qui la souscrivent, non pas avec la philosophie de la chose jugée mais avec le principe selon lequel il n'est pas licite qu'une personne revienne sur ses propres actions [...] »²⁴⁰.

En tenant compte de la nature et de la finalité de la liquidation du contrat a été rendue une décision du Conseil d'État qui souligne que « [...] *lorsqu'on réalise une liquidation entre l'administration et son cocontractant, s'il n'y a pas d'observations dans le document de liquidation quant aux réclamations qu'ils peuvent avoir, il ne sera pas possible de réclamer devant le juge des aspects qui y sont liés. Si les parties, au moment de la liquidation, n'ont pas émis d'observations sur des concepts qu'elles ne considéraient pas inclus dans la liquidation, elles ne pourront pas en appeler au juge pour ces concepts. La liquidation met fin au contrat et par conséquent il ne sera pas possible de plaider sur les réclamations qui n'ont pas été faites au moment de la liquidation »²⁴¹.*

85. Les parties peuvent donc utiliser la conciliation et liquider un contrat. Une fois que le juge aura approuvé la conciliation, la liquidation du contrat ne pourra

²⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 17 de mayo de 1984, *Radicación Número* : 2796, M.P. : José Alejandro Bonivento Fernández. (Texte en espagnol : “[...] *El acta de liquidación, suscrita sin observaciones, es un real corte de cuentas, que permite definir quién debe a quién y cuánto. Ella vincula a las partes que la suscriben no con la filosofía de la cosa juzgada, pero sí con la que informa el principio de que a nadie le es lícito venir contra sus actos propios [...]*”).

²⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso, Sección Tercera, Sentencia del 20 de septiembre de 2007, *Radicación Número* : 68001-23-15-000-1995-01233-01(16370), C.P. : Ruth Stella Correa. (Texte en espagnol : “[...] *Atendiendo la naturaleza y finalidad de la liquidación del contrato, ha sido criterio reiterado de esta Sala que, cuando se realiza la liquidación entre la administración y su contratista, si no se deja salvedad en el acta en relación con reclamaciones que tengan cualquiera de las partes, no es posible que luego se demande judicialmente el pago de prestaciones surgidas del contrato. El hecho de que al momento de la liquidación final del contrato el contratista no haya reclamado, o dejado salvedad en relación con aquellos conceptos que consideraba insolutos, le impide demandar a través de un proceso judicial su reconocimiento. La liquidación finiquita la relación entre las partes del negocio jurídico, por ende, no puede con posterioridad demandarse reclamaciones que no hicieron en ese momento [...]*”).

pas être discutée si les parties n'ont pas, au préalable, fait des observations. Si les parties face à une liquidation bilatérale ou une conciliation qui liquide un contrat ont émis des observations sur des aspects qui n'y sont pas inclus, elles pourront en appeler au juge pour en discuter. La Loi 1150 de 2007, dans son article 11, autorise les contractants à émettre des observations sur les obligations qui ne sont pas comprises dans la liquidation, en indiquant leur contenu, leur valeur économique et leur exigibilité²⁴². Mais si la liquidation est signée sans observations, la liquidation bilatérale ne pourra être controversée que s'il a existé un vice du consentement d'une des parties. Selon le Conseil d'État, « [...] *il n'est pas possible d'affirmer que la liquidation bilatérale ne peut être controversée puisque cela entraînerait la violation des droits du contractant lorsqu'il considère qu'il n'a pas donné son consentement ou qu'il était vicié [...]* »²⁴³.

86. La prétention qui a pour but la liquidation du contrat public est une affaire particulière qui a un contenu économique. Par disposition légale, il est possible de concilier sur cette affaire et il faut épuiser la conciliation comme préalable obligatoire avant d'utiliser l'action contractuelle. Mais la possibilité de discuter la liquidation du contrat auprès du juge administratif implique nécessairement que l'opportunité pour procéder à la liquidation bilatérale du contrat a échoué ou qu'elle a été faite mais qu'elle n'a pas compris toutes les prétentions que comportait la liquidation. C'est-à-dire qu'il n'a pas existé d'accord sur tous les aspects. Ces aspects peuvent donc se discuter en siège judiciaire. Cela signifie que si une liquidation bilatérale du contrat a existé, il n'est en principe pas possible de revenir sur cette liquidation, et par conséquent, l'affaire n'est plus une affaire susceptible de conciliation et de ce fait échappe à la permission légale sauf si dans la liquidation il existe des aspects qui n'ont pas été l'objet de liquidation

²⁴² Ley 1150 del 16 de julio de 2007, "Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos", Op. Cit., n° 83, p.106.

²⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección tercera, Sentencia del 16 de febrero de 1996, Expediente No.7033. (Texte en espagnol : "[...] *No es posible afirmar que la liquidación bilateral es inimpugnabile, ya que ello equivaldría a cercenar los derechos del contratista cuanto estime, por ejemplo, que no aportó su consentimiento al acto liquidatorio o que su consentimiento estuvo viciado [...]*").

bilatérale. Ces aspects peuvent être discutés devant le juge administratif et il faut épuiser la conciliation comme préalable obligatoire²⁴⁴.

En résumé, une liquidation bilatérale définitive d'un contrat est une affaire qui, en principe, échappe à la conciliation et aux instances judiciaires, car les parties ne peuvent revenir sur les actes dûment accomplis et acceptés par elles. Cette affaire deviendra une prétention conciliable et discutable auprès du juge administratif, s'il a existé un vice du consentement au moment de la signature de l'acte de liquidation bilatérale ou si l'acte de liquidation n'a pas compris tous les aspects concernant le contrat ; face à ces aspects, les parties conservent la faculté d'aller devant le juge pour discuter de sa reconnaissance. Il s'agira d'une prétention contractuelle exigeant l'épuisement du préalable de conciliation et admet la conciliation judiciaire car l'affaire permet sa discussion auprès du juge administratif.

87. Après avoir analysé les règles existantes par rapport à l'objet de la conciliation en droit administratif, ainsi que les difficultés et les particularités existantes au moment de son application, il faut étudier les intervenants dans une conciliation en droit administratif, en vérifiant les textes normatifs qui règlent leur participation, l'application pratique des textes et leur contribution à l'efficacité de la conciliation.

²⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 12 de julio de 2001, Radicación Número : 85001-23-31-000-2000-0400-01(19736), M.P. : Alier Eduardo Hernandez Enriquez, Voir aussi, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 7 de marzo de 2011, *Radicación Número : 25000-23-26-000-1997-04638-01(20683)*, M.P. : Olga Melida Valle de la Hoz.

TITRE II

LES INTERVENANTS DANS UNE CONCILIATION : DES RÔLES DIFFÉRENTS PARFOIS MÉCONNUS

88. La conciliation est un mode d'*autorésolution* des conflits, c'est-à-dire que les parties trouvent, elles mêmes, la solution à leur différend. En Colombie, il faut toujours une instance conciliatoire pour pouvoir parler de conciliation. Il y a donc trois pôles dans la procédure : les deux parties et le conciliateur. Le conciliateur est toujours présent mais il n'a pas de pouvoir de décision. Il peut rapprocher les parties, proposer différentes solutions mais ne pourra jamais leur imposer sa décision. Pourtant, son rôle est loin d'être passif. En outre, les conciliateurs en droit administratif sont vus comme garants de la légalité (**Chapitre I**). Les parties jouent un rôle très important car ce sont elles qui arrivent directement à l'accord conciliatoire ; cependant en droit administratif toute la procédure de conciliation doit se dérouler avec l'intermédiaire d'un avocat, sans oublier que dans le cas de l'entité publique il ne suffit pas de la présence d'un avocat avec mandat spécial pour concilier qu'il faut toujours la décision préalable du Comité de conciliation autorisant l'utilisation de la conciliation et établissant la formule d'arrangement que doit présenter le mandataire le jour de l'audience de conciliation (**Chapitre II**)²⁴⁵.

²⁴⁵ Ley 640 del 5 de enero de 2001, Diario Oficial N° 44303 del 24 de enero de 2001, Op. Cit., artículo 43.

Chapitre I

Le rôle du conciliateur

89. En droit administratif, on reconnaît comme instances conciliatoires l'agent du Ministère public dans le cas de la conciliation extrajudiciaire et le juge dans le cas de la conciliation judiciaire. Le conciliateur est un facilitateur mais on lui reconnaît un rôle actif même s'il ne décide pas (*Section I*). Il faut préciser que le Ministère public a des rôles multiples en droit administratif, il pourra agir comme partie, comme garant de la légalité, de l'ordonnancement juridique et des droits fondamentaux dans le procès contentieux et ainsi que dans les conciliations réalisées auprès d'un Centre de conciliation et en tant que conciliateur (*Section II*).

Section 1. Le rôle actif exigé du Ministère public et du juge: des difficultés dans l'application des textes.

90. Le rôle actif impose des obligations et certaines conditions doivent être remplies. Ainsi, le conciliateur doit citer les parties à comparaître à l'audience de conciliation par le moyen le plus rapide, il doit convoquer tous ceux qu'il considère comme devant être présents durant l'audience ; il a l'obligation d'informer les convoqués sur l'objet, la portée et les limites de la conciliation ; il doit d'une part motiver les parties pour qu'elles proposent et discutent des formules d'arrangement et, de l'autre, agir comme facilitateur et proposer des formules

d'arrangement ; il a l'obligation d'élaborer l'acte qui contient l'accord conciliatoire et le signer avec les intervenants ²⁴⁶.

91. Le but de la conciliation est de mettre fin au différend, d'éradiquer le conflit entre les parties, mais la résolution du différend nécessite des intervenants qui comprennent la véritable dimension de leur rôle dans une procédure de conciliation. Le conciliateur joue un rôle de proximité entre les parties ; il ne peut seulement présenter des formules d'arrangements mais il peut, et il doit, essayer de trouver des rapprochements entre les parties pour parvenir à un accord conciliatoire²⁴⁷. Il doit susciter la réflexion entre elles, transformer leur vision du différend pour aborder le problème sous une perspective différente²⁴⁸. Nous considérons, même si la norme ne régule pas cette possibilité, que le conciliateur peut dans l'exercice de sa fonction de facilitateur de l'accord, se réunir avec chaque partie, les entendre pour essayer de surmonter les obstacles qui peuvent exister, toujours en vue de faciliter l'accord entre elles. Le conciliateur doit être vu comme une personne honnête, neutre, de mentalité ouverte et préparée. Tout ce qui est contraire à ces qualités affecte négativement le rapprochement des parties. En conclusion, le rôle actif du conciliateur exige que face à l'absence d'accord entre les parties, il encourage le dialogue et propose des formules d'arrangement ; il doit donc interroger les parties sur le différend, les causes, les solutions possibles et peut même suspendre l'audience de conciliation pour laisser aux parties le temps de réfléchir sur la formule d'arrangement proposée²⁴⁹.

Mais au-delà de la présentation de formules d'arrangement et de la recherche d'une voie pour rapprocher les parties, le conciliateur a pour obligation la plus totale discrétion. Il doit s'abstenir de révéler ce que les parties lui confient. Cette obligation de confidentialité qui pèse sur le conciliateur aura par la suite des conséquences précises. Tout d'abord, en cas d'échec de sa mission, il

²⁴⁶ Ley 640 del 5 de enero de 2001, *Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones*, Diario Oficial No. 44.303 del 24 de enero de 2001, artículo 8°.

²⁴⁷ Ministère de l'intérieur et de la justice, *Guía Institucional de conciliación en civil*, Bogotá, Octobre de 2007, p.36.

²⁴⁸ *Idem*.

²⁴⁹ *Idem*.

doit — sauf si les parties en ont décidé autrement — s'abstenir d'intervenir à nouveau dans le même litige, soit comme témoin, soit *a fortiori* comme conseil de l'une des parties. Ensuite, en cas de succès, l'obligation de confidentialité subsiste quant au contenu de l'accord²⁵⁰. C'est « le devoir être » du conciliateur ; cependant en Colombie, la Loi 640 de 2001 consacre simplement une inhabilité spéciale pour le conciliateur ; il ne pourra pas agir comme arbitre, avocat ou représentant dans un procès judiciaire ou arbitral durant un an, à compter de l'expiration du délai établi pour la procédure de conciliation, d'une des parties qui a participé dans une conciliation. Cette interdiction sera permanente dans l'affaire où il a participé comme conciliateur²⁵¹. Cette Inhabilité est en conformité avec « le devoir être ». Mais la normativité reste silencieuse sur la possibilité que le même fonctionnaire du Ministère public qui agit comme conciliateur, puisse instruire l'affaire en matière administrative durant l'étape pré-judiciaire et qu'il puisse aussi participer comme intervenant durant le procès contentieux, non plus comme conciliateur, mais comme partie dans le procès et garant de la légalité et de l'intérêt général. Aucune inhabilité ou conflit d'intérêt n'a été discuté ou considéré à propos des compétences du Ministère public, même si elles sont discutables car il est possible qu'un fonctionnaire soit chargé d'une affaire en tant que conciliateur et qu'ensuite il participe au procès judiciaire. Malgré cela et même si une seule inhabilité est consacrée, on insiste sur le fait que la confidentialité, l'indépendance, l'équité, sont des obligations pour le conciliateur²⁵².

Ainsi le conciliateur, juge ou Ministère public, doit être impartial et indépendant. Cependant, il peut être récusé pour les mêmes causes que les juges de la juridiction contentieuse administrative lesquelles sont signalées

²⁵⁰ CH.JARROSSON, *Les modes alternatifs de règlement des conflits. Présentation générale*. In : Revue internationale de droit comparé. Vol. 49 N°2, Avril - juin 1997. p. 339

²⁵¹ Ley 640 del 5 de enero de 2001, "*Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones*", Diario Oficial No. 44.303 del 24 de enero de 2001, artículo 17.

²⁵² CH.JARROSSON, *Les modes alternatifs de règlement des conflits. Présentation générale*. In: Revue internationale de droit comparé, Op. cit., p. 340.

dans l'article 150 du CPC et dans l'article 133 du Nouveau Code²⁵³. Le supérieur hiérarchique décide de la récusation. Cette possibilité peut alourdir le mécanisme et donne éventuellement des armes dilatoires à la partie qui a quelque intérêt à retarder la procédure. Cependant la législation la permet et cherche à garantir la transparence dans la procédure²⁵⁴. De plus, les parties et leurs mandataires sont indépendants et pourront toujours, face une estimation faite par le conciliateur de s'écarter et obtenir finalement de lui la proposition de formules d'arrangement.

92. Etant données les qualités requises pour le conciliateur, il faut approfondir le rôle du juge en tant que conciliateur. En Colombie, il n'y a pas eu de discussion sur ce rôle du juge ; son rôle comme conciliateur est vu comme garantie de la légalité de l'accord. En outre, il ne faut pas oublier que le juge administratif est conciliateur et également responsable des homologations des accords conciliatoires en droit administratif colombien. En tout cas, même si le rôle de conciliateur du juge administratif n'a pas été controversé en Colombie, il est possible de faire quelques remarques.

93. La première concerne l'équité. Le conciliateur doit recourir au droit mais aussi à l'équité au moment de remplir son rôle et le juge a toujours été habitué à dire le droit et rien que le droit²⁵⁵. Cela oblige à se poser la question de savoir s'il est de la mission du juge de statuer autrement qu'en droit. La tradition doctrinale et juridique montre qu'à une époque « *il n'était pas légitime que le juge aille au-delà de sa fonction de sanctionner des normes mais cet argument paraît caduc car, depuis plusieurs années, le législateur a*

²⁵³ L'article 133 du Nouveau Code dispose que " Les causes de récusation et d'empêchement prévus dans ce Code pour les Magistrats du Conseil d'État, les Magistrats des Tribunaux et les juges administratifs sont aussi applicables aux agents du Ministère public qui agissent auprès de la juridiction contentieuse administrative ». Traduction au français par Verónica Peláez G. (Texte en espagnol: " *Las causales de recusación y de impedimento previstas en este Código para los Magistrados del Consejo de Estado, Magistrados de los Tribunales y jueces administrativos, también son aplicables a los agentes del Ministerio Público cuando actúen ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo*").

²⁵⁴ *Idem.*

²⁵⁵ M.Lévy, *La conciliation par le Tribunal administratif et le rôle du juge dans l'instruction des litiges*, A.J.D.A Paris : 20 septembre 1987, p. 503 et s.s.

reconnu la mission de conciliation » au juge²⁵⁶. En outre, l'accord conciliatoire est la chose des parties et le juge n'a ni à juger ni même à analyser leurs motifs. Cependant, il ne faut pas arriver à une sorte de détournement de la fonction juridictionnelle normalement inhérente au travail du juge ; mais la fonction de juger comporte aussi pour le juge l'apaisement des conflits²⁵⁷. Une seconde remarque impose de parler du choix des conciliateurs en Colombie car dans le cas de la conciliation judiciaire, il n'existe pas la possibilité de choisir le conciliateur-juge : le juge administratif qui agit comme conciliateur est celui qui est compétent pour connaître du procès contentieux, ce sont les normes de compétence qui s'appliquent. Par conséquent, les juges ou magistrats qui finalement vont agir comme conciliateurs peuvent ne pas, tous, avoir les qualités requises d'un conciliateur comme par exemple, la capacité d'un orateur et le bon sens ; d'excellents juristes peuvent être de médiocres conciliateurs²⁵⁸. Une troisième remarque impose de parler de l'échec de la conciliation et du rôle du juge statuant en droit sur la même affaire. En conciliant, le juge va « se découvrir » bien davantage qu'en jugeant. Il sera amené au dialogue, à l'émission d'opinions, à la proposition d'aménagements qui peuvent aller au-delà de ce qui est strictement juridique. Si finalement, le juge doit décider sur le litige, il va certainement statuer différemment à ce qui avait été envisagé pour la conciliation²⁵⁹, ce qui peut ne pas être bien vu par les parties.

94. Ces remarques sur le rôle du juge en tant que conciliateur peuvent être utiles à la réflexion mais on le répète, en Colombie, on n'a pas discuté de son rôle de conciliateur ; il a même rempli ce rôle depuis plusieurs années. De plus, la conciliation judiciaire est une instance réglée à l'intérieur du procès contentieux et cela éclaire la légitimité du rôle du juge en tant que conciliateur en Colombie.

²⁵⁶ *Idem.*

²⁵⁷ *Idem.*

²⁵⁸ *Idem.*

²⁵⁹ *Idem.*

95. Le rôle actif du conciliateur comporte aussi d'autres aspects, dont la possibilité de demander des preuves aux parties pour garantir la légalité de l'accord et pour le fonder ou d'ordonner l'analyse de nouvelles preuves²⁶⁰. Le Ministère public pourra demander la présentation de tout document manquant, avec les formalités nécessaires. Cette faculté du conciliateur de demander des preuves est d'une importance vitale pour le succès de la conciliation extrajudiciaire car celle-ci en matière administrative exige l'homologation du juge administratif. L'article 6 du Décret 1716 de 2009 dispose que dans la pétition de conciliation, il faut exposer les preuves qui se présentent avec la demande et celles dont on veut qu'elles soient prises en compte durant la procédure de conciliation. En tout cas, l'article 25 de la Loi 640 de 2001 permet aux parties d'apporter les preuves qu'elles considèrent comme nécessaires le jour de l'audience de conciliation ; le conciliateur également, dans ce cas le Ministère public, peut demander aux parties la présentation d'autres preuves complétant celles déjà présentées et permettant de fonder l'accord²⁶¹. Les preuves demandées doivent être présentées dans les 20 jours suivant la demande. Si la partie ne présente pas les preuves pendant ce délai, l'agent du Ministère public

²⁶⁰ Voir *Infra*, n°178 p.228 et ss.

²⁶¹ Ley 640 del 5 de enero de 2001, "Por la cual se modifican las normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones", artículo 25 : « Pendant l'audience de conciliation extrajudiciaire dans le domaine du contentieux administratif, les intéressés pourront apporter les preuves qu'ils considèrent pertinentes. En ayant pris connaissance, le conciliateur pourra demander aux parties la présentation de nouvelles preuves ou le complément de celles qu'elles avaient amenées pour fonder l'accord conciliatoire.

Les preuves doivent être apportées dans les 20 jours suivant la sollicitude. Cette procédure n'entraîne pas le prolongement du délai de suspension de la caducité de l'action contentieuse administrative prévu dans la loi. Si dans le délai établi pour présenter les preuves la partie qui devait les présenter ne le fait pas, le conciliateur considérera qu'il n'a pas existé d'accord ». Traduction au français par Verónica Peláez G. (Texte en espagnol : "Durante la celebración de la audiencia de conciliación extrajudicial en asuntos de lo contencioso administrativo los interesados podrán aportar las pruebas que estimen pertinentes. Con todo, el conciliador podrá solicitar que se alleguen nuevas pruebas o se complementen las presentadas por las partes con el fin de establecer los presupuestos de hecho y de derecho para la conformación del acuerdo conciliatorio.

Las pruebas tendrán que aportarse dentro de los veinte (20) días calendarios siguientes a su solicitud. Este trámite no dará lugar a la ampliación del término de suspensión de la caducidad de la acción previsto en la ley.

Si agotada la oportunidad para aportar las pruebas según lo previsto en el inciso anterior, la parte requerida no ha aportado las solicitadas, se entenderá que no se logró el acuerdo").

considèrera qu'il n'y a pas eu d'accord²⁶². Le juge administratif, en tant que conciliateur, peut ordonner la production de nouvelles preuves, d'office ou sur demande du Ministère public. Cette possibilité d'ordonner la production de nouvelles preuves a pour but de fonder l'accord conciliatoire. Dans ce cas, le juge doit suspendre l'audience de conciliation et les preuves seront analysées dans les 30 jours suivants²⁶³. Nous considérons que le juge doit analyser les preuves qu'il considère nécessaires pour fonder l'accord et mettre fin au procès s'il est possible et s'il existe un esprit conciliatoire. La norme qui régule cette compétence dans une conciliation judiciaire ne pose pas de problèmes dans son utilisation contrairement à celle qui régule la compétence du Ministère public pour demander la présentation de nouvelles preuves.

96. Des vides juridiques existent. Il existe un problème avec la disposition normative qui régule la compétence du Ministère public, en tant que conciliateur, de demander de nouvelles preuves. La présentation d'une demande de conciliation extrajudiciaire entraîne la suspension du délai de caducité de l'action administrative pour un maximum de trois mois ; ensuite le délai continue à courir²⁶⁴. Mais les parties peuvent, après les trois mois, poursuivre la procédure de conciliation même si le délai de caducité de l'action contentieuse

²⁶² La disposition de l'article 25 de la Loi 640 de 2001 est reprise par l'article 8 du Décret 1716 du 14 mai 2009.

²⁶³ Ley 640 del 5 de enero de 2001, "Por la cual se modifican las normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones", artículo 26.

²⁶⁴ Ley 640 del 5 de enero de 2001, "Por la cual se modifican las normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones", Diario Oficial N° 44303 del 24 de enero de 2001, artículo 21 : « En droit, la présentation de la demande de conciliation extrajudiciaire auprès du conciliateur suspend le terme de prescription ou de caducité, selon le cas, jusqu'à ce que les parties arrivent à un accord, jusqu'à ce que l'acte de conciliation soit enregistré dans les cas où cette procédure est exigée par la loi ou jusqu'à ce que l'attestation signalée dans l'article 2° soit élaborée et donnée ou jusqu'à l'échéance du délai de trois mois [...] » après la présentation de la demande de conciliation. « [...] La situation qui arrive en premier. La suspension opère une seule fois, elle ne sera pas prorogable ». Traduction au français par Verónica Peláez G. (Texte en espagnol : "La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2°. de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable").

administrative n'est plus suspendu. Cette situation doit être analysée car les 20 jours signalés par la disposition normative pour présenter les preuves demandées par le conciliateur extrajudiciaire n'entraînent pas un prolongement du délai de suspension de la caducité de l'action. Par conséquent, si l'on présente une demande de conciliation le 20 novembre 2012, l'audience de conciliation peut être prévue pour le 10 janvier 2013. Lors de l'audience, conformément à la disposition normative, le Ministère public peut demander des preuves qui devront être présentées dans les 20 jours (ouvrables) suivants et il faudra fixer une nouvelle date pour une nouvelle audience de conciliation. Il est possible qu'il n'existe pas d'accord avant le 20 février ; ensuite, la suspension de la caducité de l'action administrative disparaît. Si la demande de conciliation a été présentée deux ou trois jours avant que la caducité de l'action ou de la prétention contentieuse administrative n'opère, le requérant doit aller en justice car la suspension de la caducité disparaît. Cette hypothèse entraîne nécessairement l'application d'une disposition normative différente, car les parties n'ont plus d'intérêt à continuer la procédure de conciliation, la caducité de l'action pouvant opérer²⁶⁵. Elles chercheront à obtenir du conciliateur une attestation en lui signalant l'inexistence de l'accord. Cette attestation permettra au requérant d'aller auprès de la

²⁶⁵ Ley 640 del 5 de enero de 2001, Diario Oficial N° 44303 del 24 de enero de 2001, artículo 2° : « Le conciliateur délivrera à la personne intéressée une attestation dans laquelle il signalera la date de présentation de la demande de conciliation et la date à laquelle a été, ou est supposée avoir été, réalisée l'audience de conciliation, ainsi que l'objet de la conciliation. L'attestation sera donnée dans les cas suivants :

1. Lorsque l'audience de conciliation se serait réalisée mais que les parties ne seraient pas parvenues à un accord.
2. Lorsque les parties ou l'une d'elles n'auraient pas assisté à l'audience de conciliation. Dans ce cas, il faudra mentionner les excuses présentées, si elles existent.
3. Lorsqu'il existerait une demande de conciliation mais que l'affaire ne serait pas conciliable. Dans ce cas l'attestation sera donnée dans les 10 jours qui suivent la demande [...] »
Traduction au français par Verónica Peláez G. (Texte en espagnol : *“El conciliador expedirá constancia al interesado en la que se indicará la fecha de presentación de la solicitud y la fecha en que se celebró la audiencia o debió celebrarse, y se expresará sucintamente el asunto objeto de conciliación, en cualquiera de los siguientes eventos: 1. Cuando se efectúe la audiencia de conciliación sin que se logre acuerdo, 2. Cuando las partes o una de ellas no comparezca a la audiencia. En este evento deberán indicarse expresamente las excusas presentadas por la inasistencia si las hubiere, 3. Cuando se presente una solicitud para la celebración de una audiencia de conciliación, y el asunto de que se trate no sea conciliable de conformidad con la ley. En este evento la constancia deberá expedirse dentro de los 10 días calendarios siguientes a la presentación de la solicitud [...]”*).

juridiction administrative avec le préalable obligatoire de conciliation accompli. Cela montre que malgré l'importance de la demande de preuves par le conciliateur, celle-ci est très peu utilisée. Cette compétence qui permet de demander des preuves s'applique lorsque les parties ont véritablement la volonté de parvenir à un accord et que n'existe pas la possibilité qu'opère la caducité de l'action. S'il existe une forte probabilité pour les parties de régler leur différend en utilisant la conciliation extrajudiciaire, le conciliateur doit demander les preuves nécessaires pour fonder l'accord. De plus, l'esprit conciliatoire et l'intérêt des parties de résoudre leur différend en dehors des tribunaux exigent du conciliateur une participation dans la procédure qui cherche à empêcher que l'accord ne soit homologué par le juge administratif. L'accord trouvé doit donc avoir tout le support probatoire nécessaire pour que le juge considère qu'il ne constitue pas une libéralité pour l'administration. Mais il est clair qu'il faut une modification de la norme en vigueur : il faut que la caducité de l'action demeure suspendue si le conciliateur extrajudiciaire a demandé de nouvelles preuves.

97. Mais l'analyse ne s'épuise pas là. Il convient d'étudier aussi la forme des documents qui sont apportés par les parties comme preuves de leurs prétentions. L'article 8 du Décret 1716 de 2009 dispose que les parties doivent apporter les preuves de leurs prétentions avec le document de la demande de conciliation. Il signale aussi qu'elles doivent présenter les documents probatoires selon les formalités consacrées dans les articles 253 et 254 du Code de procédure civile, à savoir les originaux ou des copies²⁶⁶. Mais ces dernières, pour avoir la même valeur que les originaux, doivent être certifiées conformes par un notaire instrumentaire, par le directeur du bureau administratif ou de police ou par le secrétaire d'un bureau judiciaire, via l'ordre d'un juge, où se trouve le document original ou une copie certifiée conforme. Les copies ont la même validité, qu'elles soient faites à partir d'un document original ou certifié conforme, ou ordonnées pendant la réalisation d'une inspection judiciaire²⁶⁷. Pour les preuves, il était donc nécessaire de présenter les documents en respectant les conditions vues jusqu'à l'existence du Nouveau code contentieux administratif et le Code général du

²⁶⁶ Código de Procedimiento Civil, Artículo 253.

²⁶⁷ Código de Procedimiento Civil, Artículo 254.

procès. Cela signifie, que si les parties présentaient les preuves qui fondaient l'accord conciliatoire sous forme de simples copies, le conciliateur devait leur demander l'original ou la copie certifiée conforme, pour éviter que le juge, au moment d'homologuer l'accord, ne considérait que les preuves présentées ne lui permettaient pas d'avoir la certitude de l'existence de l'obligation. Dans ce cas, il considérerait l'accord comme lésionnaire du patrimoine public ; cependant, le Nouveau code contentieux et le Nouveau code général du procès, ouvrent une possibilité différente et les copies sans certification sont acceptées sauf pour les titres exécutoires.²⁶⁸

98. Des aménagements sont donc nécessaires sur ces aspects pour garantir l'efficacité de la conciliation. La présence d'un conciliateur qui étudie véritablement l'accord et les documents qui le fondent est nécessaire pour que la conciliation soit efficace. Il est inadmissible qu'une conciliation ne soit pas approuvée par le juge administratif à cause du non respect des formalités exigées par la loi pour les documents qui servent de preuve. Si le conciliateur joue son rôle, il peut éviter ces situations ; la demande des preuves par le conciliateur est aussi importante mais la normativité ne permet pas leur bonne utilisation car elle dispose que la demande de preuves de la part du conciliateur n'entraîne pas la prorogation de la suspension du délai de caducité de l'action²⁶⁹. Une évolution normative est requise en la matière. Il faudrait une disposition qui signale que si le conciliateur utilise sa faculté de demander des preuves aux parties pour fonder l'accord, le délai de caducité doit demeurer suspendu durant cette période et jusqu'à l'homologation s'il y a eu accord conciliatoire. Mais si la partie ne présente pas la preuve, ou les preuves demandées, le conciliateur doit considérer que la conciliation a échoué et doit élaborer l'attestation de non accord ; la caducité doit

²⁶⁸ Voir *Infra* n°186, pp 236 et ss.

²⁶⁹ Ley 640 del 5 de enero de 2001, Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones, artículo 25, Op. Cit., n° 93, p. 116. « [...] Le conciliateur pourra demander de nouvelles preuves ou des preuves qui complètent celles présentées par les parties afin d'établir les faits et les normes qui permettront parler d'accord conciliatoire [...] ». Traduction au français par Verónica Peláez G. (Texte en espagnol : « [...] *El conciliador podrá solicitar que se alleguen nuevas pruebas o se complementen las presentadas por las partes con el fin de establecer los presupuestos de hecho y de derecho para la conformación del acuerdo conciliatorio [...]* »).

commencer à courir à compter de ce moment-là. Si la partie apporte la preuve, ou les preuves, mais qu'il n'y a pas eu d'accord, le conciliateur doit aussi, dans ce cas, délivrer une attestation de non accord et la caducité doit commencer à courir le jour suivant. Une réforme en ce sens, serait très utile pour que le conciliateur utilise sa faculté de demander des preuves. Si cette faculté était développée, les accords conciliatoires seraient beaucoup plus facilement approuvés par le juge et cela contribuerait à l'efficacité de la conciliation.

99. Finalement, le Nouveau Code de droit administratif réaffirme l'importance du Ministère public pour garantir l'efficacité de la conciliation, en tant que conciliateur. L'article 303 du Nouveau Code consacre aussi sa compétence pour engager un recours contre la décision qui homologue ou n'homologue pas un accord conciliatoire et introduit aussi le recours de reconsidération permettant au Ministère public et aux parties de vérifier l'existence d'arrêts d'unification sur l'affaire objet de conciliation et de demander son application à l'entité publique, si le jour de l'audience de conciliation son mandataire manifeste le refus de concilier²⁷⁰. Dans ce cas, le Ministère public doit suspendre l'audience de conciliation et demander à l'entité publique, et plus exactement aux membres du Comité de défense et de conciliation, la reconsidération de leur décision. Les dispositions du Nouveau code maintiennent la ligne suivie en matière de conciliation par le gouvernement colombien selon laquelle il faut faire de la conciliation un mode alternatif de résolution de conflits efficace et très utilisé pour éviter des procès judiciaires non nécessaires, lorsqu'il existe une haute probabilité de condamnation de l'entité publique, ce qui peut être déterminé s'il existe une jurisprudence réitérée sur l'affaire et plusieurs décisions de condamnation de l'entité publique. En outre, Le paragraphe de l'article 303 doit se lire en concordance avec les articles 10, 102, 269 et 270 du Nouveau Code. Ainsi, l'article 10 consacre l'obligation, pour les autorités publiques au moment de

²⁷⁰ Ley 1437 del 18 de enero de 2011, "*Por la cual se expide el Código de procedimiento y contencioso administrativo*", artículo 270: "Arrêts d'unification : [...] Ceux dictés par le Conseil d'État en raison de l'importance juridique, sociale, et économique ou par la nécessité de l'existence de jurisprudence à droit constant, et les arrêts qui résolvent les recours extraordinaires et la révision des décisions en conformité avec l'article 11 de la Loi 1395 de 2009. »

résoudre les affaires qui sont de leur compétence, d'appliquer de manière uniforme les normes constitutionnelles, légales et réglementaires aux situations qui se fondent sur les mêmes faits et les mêmes fondements juridiques²⁷¹. Pour cette raison elles doivent tenir compte des décisions d'unification du Conseil d'État. L'article 102 du Nouveau Code établit la procédure à suivre devant l'autorité publique pour demander l'application des effets d'une sentence d'unification à un cas particulier et les articles 269 et 270 établissent respectivement, d'une part, la procédure devant le Conseil d'État pour demander l'application de la jurisprudence d'unification lorsqu'une autorité publique n'a pas voulu le faire ou qu'elle est restée muette face à une demande d'application des effets d'une sentence d'unification et, d'autre part, le concept de jurisprudence d'unification²⁷². L'esprit du Nouveau Code cherche à éviter les procès judiciaires non nécessaires par l'existence d'une décision (sentence) d'unification qui permet de déterminer l'existence d'une haute probabilité de condamnation de l'entité publique et justifie l'utilisation de la conciliation extrajudiciaire pour mettre fin au différend existant. Le Nouveau code permet l'utilisation de la jurisprudence d'unification en instance administrative, c'est-à-dire au moment de résoudre une demande auprès d'une entité publique, comme par exemple un droit de pétition, ou au moment de résoudre un recours administratif et, enfin, au moment de concilier extrajudiciairement. Dans les trois cas, l'existence et l'application d'une jurisprudence d'unification évitant un procès. C'est l'importance de ces nouvelles dispositions qui impose un rôle actif du Ministère public en tant que conciliateur pour exiger du Comité de conciliation l'application d'une jurisprudence d'unification, si elle existe.

100. Vu le rôle du conciliateur en droit administratif, il faut aussi analyser le rôle du Ministère public dans les conciliations pré-arbitrales. Dans ce cas, il n'est pas conciliateur mais garantie de la légalité de l'accord.

²⁷¹ Ley 1437 del 18 de enero de 2011, "Por la cual se expide el Código de procedimiento administrativo y contencioso administrativo", artículo 10.

²⁷² Ley 1437 del 18 de enero de 2011, "Por la cual se expide el Código de procedimiento administrativo y contencioso administrativo", artículo 269 et 270.

Section 2. L'interdiction des centres de conciliation: une conséquence de l'absence du Ministère public comme garant de la légalité.

101. La Loi 640 de 2001 permettait la participation de deux instances conciliatoires dans les conciliations extrajudiciaires, sans considérer si l'on était face à l'utilisation de la conciliation de façon volontaire ou comme préalable obligatoire dans une affaire de la compétence du juge administratif en utilisant les prétentions ou les actions vues. Ainsi, dans la conciliation extrajudiciaire en matière administrative pouvaient agir comme conciliateur le représentant du Ministère public ou les conciliateurs des Centres de conciliation autorisés par le ministère de l'Intérieur et de la Justice, comme par exemple, les conciliateurs inscrits dans Chambres de commerce. Cependant, la Cour constitutionnelle colombienne considéra que l'article 23 de la Loi 640 de 2001 permettant aux conciliateurs des Centres de conciliation de concilier en matière administrative était contraire à la Constitution²⁷³. Dans l'arrêt C-893 de 2001, elle déclare l'inconstitutionnalité partielle de l'article 23 en considérant qu'il existait une délégation permanente de la fonction de rendre la justice pour les particuliers (conciliateurs des Centres de conciliation) et que cela constituait une violation de l'article 116 de la Constitution. Pour la Cour constitutionnelle, l'article 23 de la Loi 640 de 2001 en utilisant l'expression « pour les Centres de conciliation », fait référence à un groupe déterminé d'individus qui a pour fonction habituelle et permanente d'agir comme conciliateurs. Elle considère que cette permanence est en elle-même inconstitutionnelle compte tenu du fait que l'article 116 de la Constitution permet à des particuliers de rendre la justice en tant que conciliateurs mais de façon temporaire. De plus, l'utilisation de ces Centres est payante pour les utilisateurs, ce qui est contraire au principe d'égalité des chances d'accéder librement aux tribunaux, ce qui est aussi contraire au principe de gratuité²⁷⁴.

²⁷³ Ley 640 del 5 de enero de 2001, *Por la cual se modifican las normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones*, Diario Oficial N° 44303 del 24 de enero de 2001, artículo 23.

²⁷⁴ Corte Constitucional, Sala Plena, *Sentencia C-893 del 22 de agosto de 2001*, Expediente Número D-3399, M.P. : Clara Inés Vargas

Si l'on fait une lecture de la décision de la Cour constitutionnelle, on ne trouve pas d'explication juridique claire de sa position. L'article 116 de la Constitution permet aux particuliers d'agir en tant que conciliateurs de façon transitoire. Comme conséquence de cette autorisation constitutionnelle, l'article 23 de la Loi 640 de 2001 permettait aux conciliateurs des Centres de conciliation, en tant que particuliers, d'agir en matière administrative. Cette autorisation existait aussi en matière civile, commerciale et familiale. Compte tenu du caractère de permanence, la Cour constitutionnelle a considéré qu'en matière administrative la présence de ces Centres était inconstitutionnelle, mais la situation dans les autres domaines est la même et la Cour ne s'est pas prononcée ; ils peuvent donc agir comme conciliateurs en droit privé²⁷⁵. En outre, la position adoptée par la Cour constitutionnelle n'a pas été acceptée par tous les magistrats et plusieurs ont eu une opinion dissidente en considérant que *« la référence faite par les normes aux Centres de conciliation ne conférait en elle-même que la compétence de concilier dans certains cas et jamais celle de rendre de manière permanente la justice. Ainsi, lorsque la norme mise en cause se réfère au terme « conciliadores », c'est une référence générique et abstraite car le conciliateur peut être n'importe quel particulier. Par conséquent, pour concilier il y aura une personne différente dans chaque affaire. La décision adoptée par la Cour et les raisons données confondent l'activité juridictionnelle permanente avec le fait que les particuliers soient prêts à agir en tant que conciliateurs dans les affaires où ils sont choisis. De plus, la fonction des conciliateurs est temporaire, elle prend fin avec l'accord conciliatoire ou après l'échec de la conciliation. Elle ne continue pas indéfiniment et elle ne s'étend pas aux autres affaires »*²⁷⁶. On peut conclure que la position de la Cour constitutionnelle à propos des Centres de conciliation en contentieux administratif n'a pas de support juridique clair. En conséquence, elle trouve, à notre avis, son explication dans l'affaire *Dragacol*. Cette conciliation réalisée auprès d'un Centre de conciliation a été considérée comme une libéralité de l'administration. Un

²⁷⁵ H. ROMERO DIAZ, *“La conciliación judicial y Extrajudicial : Su aplicación en Derecho Colombiano”*, Bogotá, Primera edición, Legis, 2006, pp. 189-190.

²⁷⁶ Corte Constitucional, Sala Plena, *Sentencia C-893 del 22 de agosto de 2001*, Expediente Número D-3399, M.P. : Clara Inés Vargas. Salvamento de Voto.

procès de responsabilité fiscale, une action populaire, des réformes normatives et une méfiance par rapport à la conciliation ont été les conséquences de cette conciliation. En outre, si la norme est inconstitutionnelle elle doit l'être aussi en droit privé où les conciliateurs des Centres de conciliation agissent comme conciliateurs et leur rôle est le même. Cependant, dans cette matière la norme a été considérée constitutionnelle et n'a pas été controversée. Cela signifie qu'en droit administratif, il existe une seule instance conciliatoire : l'agent du Ministère public délégué auprès du juge qui serait compétent pour instruire l'affaire en cas de procès. C'est la règle, avec une précision par rapport aux affaires propres à l'action récursoire ou à cette prétention. L'article 13 de la Loi 678 de 2001, consacre la possibilité d'utiliser comme conciliateur l'agent du Ministère public ou une autorité administrative autorisée à agir comme conciliateur²⁷⁷. Il faut apporter quelques précisions au sujet de cette norme. La Loi 678 de 2001 a été dictée après la Loi 640 de 2001 qui est entrée en vigueur dès sa publication alors que la Loi 640 de 2001, promulguée le 5 janvier 2001, n'est entrée en vigueur qu'après une année. Même si l'article 13 de la Loi 678 de 2001 ouvre la possibilité pour des autorités différentes du Ministère public, d'agir comme conciliateurs, l'article 23 de la Loi 640 de 2001, dispose que dans les matières qui sont de la compétence du juge administratif, les conciliations extrajudiciaires ne peuvent se dérouler qu'auprès des représentants du Ministère public. Aucune autre autorité ne peut agir comme conciliateur extrajudiciaire. Ainsi, l'article 23 de la Loi 640 de 2001 a dérogé partiellement à l'article 13 de la Loi 678 de 2001, et par conséquent l'agent du Ministère public est aussi le seul compétent pour agir comme conciliateur dans le cas des affaires propres à l'action récursoire.

102. On insiste donc sur le fait que, pour les conciliateurs des Centres de conciliation, l'interdiction d'agir en droit administratif trouve son fondement dans la conciliation *Dragaco*²⁷⁸. Cette conciliation met en évidence le rôle de garant de la

²⁷⁷ Ley 678 del 3 de agosto de 2001, "Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición", Diario Oficial N° 44509 del 4 de agosto de 2001, artículo 13°.

²⁷⁸ Conciliation faite à la Chambre de Commerce de Bogotá. Les parties avaient déjà engagé une procédure d'arbitrage devant ce Centre de conciliation. Mais avant l'installation du

légalité du Ministère public qui n'a pas compris à l'époque ce rôle et ce qui a affecté l'efficacité de la conciliation. Cette conciliation a été réalisée à la Chambre de commerce de Bogotá, et était donc extrajudiciaire à l'époque. Le ministère du Transport et la société *Dragacol* sont arrivés à une conciliation le 6 novembre 1998 par laquelle le ministère de Transport s'obligeait à payer vingt-six milliards de pesos²⁷⁹. Comme la conciliation réalisée dans cette affaire était extrajudiciaire,

Tribunal d'arbitrage, les parties pouvaient utiliser la conciliation pour essayer de résoudre leur différend. La Loi 446 de 1998 dans son article 121 disposait qu'avant l'installation du Tribunal d'arbitrage il fallait réaliser une audience de conciliation. Une fois que le délai pour la communication a expiré ou que les exceptions de fond ou de forme ont été promues ou résolues, le juge, dans ce cas l'arbitre, signalait le dixième jour suivant comme la date de réalisation de l'audience de conciliation. Ainsi, dans la conciliation *Dragacol*, les parties sont arrivées à un accord en utilisant la conciliation dans une procédure d'arbitrage déjà promue et le Tribunal d'arbitrage n'a pris aucune décision dans cette affaire. Cette conciliation réalisée entre le ministère du Transport et la société *Dragacol* devait trouver une solution aux différends existants pour l'exécution de quatre contrats publics. Le contrat n° 234 de 1994 et son contrat additionnel du 25 octobre 1996 qui devait exécuter, avec le système de prix unitaires, les travaux de dragage et d'aménagement du fleuve Magdalena dans le secteur Chingalé-Regidor. Le contrat n° 098 de 1995 qui devait faire de même dans le secteur Barrancabermeja-Chingalé ainsi que le 01-015-97-003 qui avait comme support le contrat n° 217 de 1996. Ce dernier passé entre le ministère du Transport et le département de l'Atlantique avait pour objet le creusement de 9,50 m. du canal d'accès au port de Barranquilla moyennant la mise en route de la drague Colombia. Ainsi que le contrat n° 95-04-003, pour le dragage de 10 m de profondeur pour l'entretien du canal d'accès au port de Buenaventura et pour augmenter sa capacité. Le ministère du Transport devait fournir la drague Bocas de Ceniza pour réaliser les travaux.

²⁷⁹ Le montant de 26.000.000.000 de pesos comportait : les travaux non payés des Contrats n° 318 de 1994, n° 286 de 1996 et n° 95-04-003 de 1995 et leurs contrats additionnels pour lesquels le ministère du Transport a payé 3.818.490.408,46 de pesos. Cette valeur comporte le capital initial plus les intérêts moratoires au taux de 4,5 % par mois. Pour les travaux non payés du contrat n° 098 de 1995 la somme de 2.052.607.047,89 pesos, qui correspondent au capital initial plus les intérêts moratoires au taux de 4,5 % par mois. Pour les travaux non payés du contrat n° 234 de 1994 le ministère de Transport a accepté de payer la somme de 2.997.214.330,67 pesos qui correspond au capital initial plus les intérêts moratoires au taux de 4.5% par mois. Pour le contrat n° 217 de 1996, qui constitue le fondement du contrat 01-15-97-003 (Ce contrat a été passé entre le département del Atlántico et la société Dragacol). Les droits économiques du contrat n° 217 avaient été cédés par le département de l'Atlantico à la société Dragacol. La valeur pour le travail non payé de ce contrat, a été de 521.516.200,03 pesos, valeur qui correspond au capital initial plus les intérêts moratoires au taux de 4,5 % par mois. Pour le rétablissement économique des contrats n° 234 et n° 098, en tenant compte de l'acte souscrit après une analyse technique avec les fonctionnaires de direction du Transport Fluvial du ministère de Transport, on peut conclure que pour l'arrêt des machines de dragage du Contrat n° 098 de 1995, la valeur journalière de disponibilité s'élève à 14.397.755 pesos à cette époque. Pour le contrat n° 234 de 1994, la valeur par jour d'arrêt de la machine de dragage est de 16.118.820 pesos. Ainsi, dans la conciliation réalisée le ministère du Transport accepte et s'oblige à payer la somme de 15.386.069.548,23 pesos pour 491 jours d'arrêt de la machine de dragage. D'une part, 263

l'homologation du juge administratif n'était pas obligatoire. Elle l'était seulement quand l'agent du Ministère public la demandait ; dans le cas contraire, l'accord conciliatoire des parties s'appliquait et il produisait des effets juridiques. Dans cette affaire, le Ministère public était d'accord avec la conciliation, il n'y a pas eu d'homologation par le juge administratif et la conciliation s'est exécutée, mais elle était lésionnaire du patrimoine public.

103. La conciliation *Dragacol* a fait l'objet d'un procès en responsabilité fiscale à l'encontre de plusieurs personnes ayant participé à cette conciliation²⁸⁰. Dans cette affaire, la *Contraloría General de la República* a fait une analyse intéressante du rôle du représentant du Ministère public qui n'était pas le conciliateur, mais était compétent pour demander au juge l'homologation de la conciliation et était le garant de la légalité de l'accord. Pour la *Contraloría General de la República* et conformément au dossier du procès fiscal, la formule de conciliation qui a été approuvée par le *Comité de defensa judicial y de conciliación* du ministère du Transport et qui finalement a été présentée par l'avocat du ministère de Transport lors de l'audience de conciliation à la Chambre de commerce de Bogotá, a eu pour fondement les explications données par le *procurador delegado*, représentant du Ministère public, et par le chef juridique du

jours pour les deux dragues des contrats n° 294 et n° 228 et, d'autre part, les jours pour celles du contrat n° 098. Dans ce cas le montant était de 13.000.000 pesos par jour avec un indice de 2.091 (Indice du prix initial en juillet 1994 et l'indice des prix à la fin de septembre 1998), plus les intérêts au taux de 1 % par mois, comptés à partir de juin 1997, quand le délai de liquidation des contrats a expiré. (**Information prise du Dossier DJFJC-000009-2000. Ce dossier contient la décision N° 0005 prise le 13 novembre 2003, par la Contraloría General en Colombie, en matière de Responsabilité fiscale**).

²⁸⁰ En conformité avec le dossier DJFJC-000009-2000, qui contient la décision prise en matière de Responsabilité fiscale de l'affaire *Dragacol*, L'article 267 de la Constitution colombienne dispose que : « Le contrôle fiscal est une fonction publique qui est de la compétence de la « Contraloría General de la República », entité chargée de surveiller l'activité fiscale de l'administration et des particuliers qui utilisent les deniers ou les biens de la nation ». Ainsi, la Loi 42 de 1993 régule tout ce que comporte le procès fiscal. Cette loi établit et consacre dans son article 2° tous les domaines pouvant être l'objet d'un contrôle fiscal. D'une part, les organes qui font partie du pouvoir législatif et de l'autorité judiciaire et d'autre part, les particuliers qui utilisent les deniers ou les biens publics, les personnes morales, les organisations ou sociétés qui utilisent les ressources de l'État ainsi que la Banque de la République. Par ailleurs, l'article 83 de cette loi considère que les dirigeants des entités, ainsi que ceux qui prennent des décisions fiscales, de coordinations ou de contrôle sont sujets de responsabilité fiscale. D'autre part, les cocontractants et les particuliers qui auraient pu causer un préjudice aux intérêts économiques de l'État.

ministère du Transport dans une réunion du *Comité de defensa judicial y de conciliación*²⁸¹.

Pour la *Contraloría General de la Republica*, le représentant du Ministère public exerçait des fonctions publiques et il a suggéré aux parties et aux membres du *Comité de defensa judicial y conciliación* du ministère du Transport d'augmenter le nombre des jours d'arrêt à reconnaître au cocontractant. Mais il n'a pas étudié rigoureusement les documents présentés comme support de l'accord trouvé ou de la transaction réalisée. Son comportement peut être analysé comme une action car il a suggéré d'augmenter les jours d'arrêt, et comme une omission, puisqu'il n'a pas vérifié les documents qui permettaient de garantir que la somme reconnue par l'administration ne constituait pas une libéralité. Son comportement a donc causé un préjudice aux intérêts patrimoniaux de l'État et n'a pas été conforme à ses obligations²⁸². En outre, il devait protéger le patrimoine public, c'est-à-dire qu'en vertu de l'article 79 de la Loi 446 de 1998, il aurait dû demander au juge administratif compétent l'homologation de l'accord conciliatoire ou de la transaction réalisée²⁸³.

²⁸¹ Conformément à ces explications, il était possible de reconnaître les jours additionnels d'arrêt des dragues, ainsi, les 300 jours de *stand-by* des dragues proposés au début par le ministère du Transport ont été ajoutés dans un premier temps à 100 jours, et finalement la formule proposée à l'audience de conciliation a comporté 491 jours de *stand-by*. Le montant à payer par le ministère du Transport aurait été de 26 milliards de pesos, montant proposé par la société Dragacol initialement, et finalement accepté par le *Comité de defensa judicial y de conciliación* du ministère du Transport.

²⁸² Contraloría General de la República, Fallo proceso Fiscal caso Dargacol N° 0005, Expediente Número DJFJC-000009-2000, p. 441.

²⁸³ Ley 446 de 1998, "*Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia*", Diario Oficial No. 43.345, de 23 de julio de 1998, " Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de procedimiento civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 », Artículo 79 : « Les procédures de conciliation en contentieux administratif qui se déroulent dans les Centres de conciliation autorisés par le gouvernement selon la loi, devront être communiquées au Procureur Judiciaire compétent devant le Tribunal contentieux administratif de l'endroit où fonctionne le Centre de conciliation, qui pourra participer durant la procédure de conciliation engagée s'il le considère nécessaire. Si le Procureur n'assiste pas à l'audience de conciliation, le Centre de conciliation devra lui

L'article 79 de la Loi 446 de 1998 permettait au représentant du Ministère public de demander l'homologation de l'accord s'il n'était pas d'accord avec la conciliation réalisée ou s'il avait des doutes sur sa légalité. Le comportement du représentant du Ministère public a donc été déterminant pour les décisions prises par le *Comité de defensa judicial y de conciliación* du ministère du Transport. Cette affaire est un exemple clair du rôle que ne doit pas tenir le Ministère public dans une conciliation. Même s'il n'avait pas le rôle de conciliateur, il était le garant de la légalité des conciliations réalisées dans un Centre de conciliation, en matière administrative. Il n'avait pas un rôle passif dans la procédure de conciliation, il avait légalement la compétence et l'obligation de demander l'homologation de l'accord. Son rôle passif, son manque de diligence a entraîné une perte approximative de **seize milliards de pesos** pour l'État colombien.

La participation du Ministère public dans les conciliations extrajudiciaires réalisées dans un Centre de conciliation était régulée par l'article 127 du Code contentieux administratif le Nouveau code régule son rôle dans l'article 303. Cette participation a pour finalité la défense de l'ordre juridique, du patrimoine public et des droits et garanties fondamentaux et elle n'a pas été accomplie avec la participation du ministère dans la conciliation *Dragacol*. Elle a même été contraire à ce qui est signalé dans cet article du Code du contentieux administratif. La même Cour constitutionnelle a considéré que « [...] *La participation du Ministère public dans les procès contentieux*

envoyer l'acte de conciliation et s'il n'est pas d'accord avec la conciliation réalisée, durant les 5 jours suivants, il devra demander l'homologation judiciaire. La procédure sera celle des conciliations préjudiciaires devant les représentants du Ministère public ». Traduction au français par Verónica Peláez Gutiérrez. (Texte en Espagnol : «*Los trámites de conciliación en materia Contencioso Administrativo que se surtan ante centros de conciliación autorizados por el gobierno en los términos de esta ley, deberán ser comunicados al Procurador Judicial acreditado ante el Tribunal Contencioso Administrativo de la sede donde funciona el Centro de conciliación, quien podrá acudir e intervenir durante el trámite conciliatorio si lo estima pertinente. Si el procurador no asiste a la audiencia, el Centro deberá enviarle el acta de conciliación y, si no está conforme con el acuerdo conciliatorio, dentro de los cinco días siguientes, deberá solicitar la homologación judicial, cuyo trámite será el previsto para las conciliaciones prejudiciales ante los agentes del Ministerio Público*»).

administratifs et spécifiquement dans les conciliations extrajudiciaires ne constitue pas un caprice du législateur ou une manière de se mêler de l'accord des parties mais plutôt une garantie dans les affaires qui ont un intérêt pour l'État puisque les conflits où l'État est partie ne peuvent être laissés à la seule décision du fonctionnaire public qui le représente. La participation du Ministère public garantit que l'accord conciliatoire ne soit pas contraire à l'intérêt général et protège les intérêts publics »²⁸⁴.

104. La conciliation *Dragacol* a entraîné un procès fiscal et la condamnation de plusieurs personnes²⁸⁵. Mais elle a aussi eu plusieurs conséquences sur

²⁸⁴ Corte Constitucional, *Sentencia C-111 de 1999*.

²⁸⁵ En conformité avec la décision N° 0005, Expediente Número DJFJC-000009-2000 de la *Contraloría General*, les membres du *Comité de defensa judicial y de conciliación* sont fiscalement responsables pour la conciliation réalisée car ils ont consenti la somme à payer sans l'existence des preuves nécessaires qui permettaient de garantir la légalité de la conciliation. En faisant une analyse personnelle, il est possible de signaler que parmi les membres du Comité se trouvait le chef juridique du ministère du Transport et qu'il était d'accord avec la somme proposée. Cependant, cela n'entraîne pas une exonération de responsabilité des autres membres qui n'étaient pas avocats. Ils avaient l'obligation d'étudier tous les documents qui permettaient de conclure que l'accord qu'ils voulaient signer n'avait aucun support probatoire et que par conséquent il était contraire à la légalité. Ils auraient pu conclure que la somme était lésionnaire du patrimoine public s'ils avaient été diligents dans l'accomplissement de leurs fonctions, en tant que membres du *Comité de defensa Judicial y de conciliación* du ministère du Transport. Finalement, la société *Dragacol* et son représentant légal ont aussi été considérés comme responsables fiscaux dans cette affaire. En sa condition de cocontractant de l'État, elle peut être l'objet d'un procès de responsabilité fiscale en vertu de l'article 83 de la Loi 42 de 1993, puisque cette normativité exige que le cocontractant ait été lié au procès, qu'il ait causé un préjudice au patrimoine de l'État et que les préjudices causés aient été prouvés dans le procès. Toutes ces exigences sont accomplies dans le cas de la société *Dragacol* qui a causé un préjudice économique au ministère du Transport, car elle a reçu une somme d'argent à laquelle elle n'avait pas droit et que le ministère du Transport n'était pas obligé de payer. Il y a eu dol dans l'action de la société *Dragacol* car ladite société savait que les demandes réalisées n'avaient pas de support contractuel ou légal. Pour la *Contraloría General de la República* dans l'étape précontractuelle et contractuelle des contrats qui ont été l'objet de la conciliation, la société *Dragacol* à travers son représentant a exécuté des actions pour obtenir un profit et causer un préjudice au patrimoine de l'État. Il y a eu mauvaise foi et dol de sa part car elle a amené des documents et des preuves parfaitement élaborés pour commettre une fraude vis-à-vis de l'État. Le représentant légal de la société a demandé une contrepartie financière pour des jours d'arrêt des dragues qui n'ont jamais existé, ainsi que des intérêts très élevés finalement acceptés par l'État. De plus, la société a demandé une indemnisation pour le préjudice causé par l'arrêt de la drague Josefina, ce qui n'a jamais existé. L'action de la société *Dragacol* à travers son représentant a donc entraîné l'appropriation de l'argent de l'État de manière illégale. De plus, cette somme a été payée en un laps de temps très bref

l'efficacité de la conciliation en droit administratif. Tout d'abord, l'esprit conciliatoire en matière administrative des entités publiques a toujours été difficile à trouver et suite au précédent de la conciliation *Dragacol* les fonctionnaires publics ont préféré ne pas utiliser ce mécanisme. Le patrimoine public est en jeu, ce qui entraîne des difficultés pour les entités publiques quand il faut décider de son utilisation en l'absence de décision d'un juge. Pour la majorité des fonctionnaires publics, plutôt que d'engager leur responsabilité, il était préférable d'attendre avant d'utiliser l'argent public suite à une conciliation²⁸⁶. L'administration et ses fonctionnaires ont oublié que la conciliation était une manière naturelle de reconnaître des débits de l'État qui est complètement légale. Il est normal que l'État doive de l'argent, qu'il ait des obligations auxquelles il doit répondre et que leur paiement soit transparent. L'erreur a été de penser qu'avec la conciliation on pouvait consentir des libéralités ou disposer librement du patrimoine public. La conciliation est très utile. Elle permet à l'État d'utiliser l'argent public à condition que la transaction soit honnête et qu'il existe une véritable obligation. Il faut toujours des preuves qui garantissent la légalité et l'existence de l'obligation de l'État²⁸⁷. La conciliation *Dragacol* est un cas de corruption en Colombie qui a éveillé la méfiance sur ce procédé. Ce qui est une erreur car c'est sa mauvaise utilisation qui est en cause. Penser qu'il est préférable d'attendre une décision judiciaire plutôt que d'utiliser la conciliation et disposer du patrimoine public ne permet pas la création d'une culture conciliatoire dans la société, et cela a été le cas en Colombie. De plus, il est moins onéreux pour l'État de payer après une conciliation car la somme d'argent sera payée plus vite que s'il attend un procès contentieux qui peut prendre 13 ans²⁸⁸ ; de plus il s'agit non seulement d'une

ce qui n'est pas habituel pour l'administration. La société *Dragacol* a été considérée responsable du préjudice patrimonial de l'État pour un montant de **seize millions deux cent quatre-vingt quinze mille six cent huit pesos et quarante centimes**. (16.295.608,40). De cette valeur **treize millions soixante-neuf mille cinq cent soixante-neuf mille six cent vingt-et-un pesos et un centime** (13.069.569.621,01), ont été assumés uniquement par la société, la valeur restante a été assumée conjointement et par solidarité par la société et les autres personnes considérées responsables fiscales.

²⁸⁶ *Comité de defensa judicial y de conciliación* de l'institut National de voies (INVIAS), année 2006. Participation de Veronica Peláez G.

²⁸⁷ Ministerio de la Justicia y del Derecho, "*La conciliación en el Derecho Administrativo*", Bogotá, 16 de abril de 1996, p. 12-13.

²⁸⁸ *Idem*.

économie d'argent mais aussi d'une économie du temps et on évite l'utilisation de la justice formelle. Cependant, il est clair qu'une des conséquences de la conciliation Dragacol est l'affectation de l'esprit conciliatoire des entités publiques et l'efficacité du mécanisme s'en est ressentie.

Une autre conséquence de cette conciliation, sont les réformes normatives engagées par la suite, touchant le rôle au Ministère public en tant que conciliateur et garant de la légalité, et réduisant le nombre de conciliateurs autorisés en droit administratif.

105. Le Décret 1122 de 1999 constitue une première tentative de réforme ; il introduisait une disposition normative qui interdisait la conciliation en droit administratif auprès d'un Centre de conciliation. La norme permettait aux entités publiques d'utiliser ce mécanisme alternatif de résolution des conflits en droit administratif, mais le représentant du Ministère public ainsi que le juge dans le cas d'une conciliation réalisée dans un procès contentieux administratif²⁸⁹ pouvaient seulement agir comme conciliateurs. Avec ce décret, le gouvernement cherchait à supprimer les démarches superflues, à faciliter l'activité des citoyens, à contribuer à l'efficacité de l'administration et à renforcer le principe de bonne foi. Cependant, le Décret 1122 de 1999 a été déclaré inconstitutionnel par la Cour constitutionnelle

²⁸⁹ Decreto 1122 de 1999, "Por el cual se dictan normas para suprimir trámites, facilitar la actividad de los ciudadanos, contribuir a la eficiencia y eficacia de la Administración Pública y fortalecer el principio de la buena fe". Diario Oficial No. 43.622, del 29 de junio de 1999, artículo 154: « Aucun Centre de conciliation ne pourra instruire des conciliations en matière contentieuse administrative. Par conséquent, sont abrogés des paragraphes 1° et 2° de l'article 67, l'expression « contentieux administratif » de l'article 77 et la totalité de l'article 79 de la Loi 446 de 1998. Dans le cas où les entités publiques auraient besoin d'utiliser la conciliation comme mécanisme alternatif de résolution des conflits, elles pourront juste utiliser la conciliation préjudiciaire auprès du représentant du Ministère public ou la conciliation judiciaire auprès du fonctionnaire judiciaire compétent, en conformité avec la normativité en vigueur [...] » Traduction au français par Verónica Peláez G. (Texte en espagnol : "[...] Ningún Centro de conciliación podrá conocer de conciliaciones en materia contencioso administrativa. En consecuencia, se derogan los párrafos 1 y 2 del artículo 67, la expresión "contencioso administrativa" del artículo 77 y la totalidad del artículo 79 de la Ley 446 de 1998. En el evento en que las Entidades Públicas requieran utilizar el mecanismo de conciliación, como forma alternativa de solución de conflictos, sólo podrán acudir a la conciliación prejudicial ante el Agente del Ministerio Público, o a la conciliación judicial ante el funcionario judicial competente, de conformidad con la reglamentación vigente sobre la materia [...]").

colombienne considérant qu'il avait été dicté par le président de la République dans l'exercice de facultés extraordinaires conférées par l'article 120 numéro 4° de la Loi 489 de 1998. Cette disposition permettait au président de dicter des normes ayant force de loi pour supprimer et réformer les régulations, les procédures et les démarches inutiles existant dans l'administration publique, mais cet article a été déclaré inconstitutionnel dans l'arrêt C-720 du 20 septembre 1999 de la Cour Constitutionnelle²⁹⁰. Le Décret 1122, est donc resté sans base normative²⁹¹.

Par conséquent, la norme qui avait dérogé à l'expression « contentieux administratif » de l'article 77 de la Loi 446 de 1998 qui avait aussi dérogé l'article 79 de cette loi interdisant la conciliation en matière administrative auprès d'un Centre de conciliation a été déclarée inconstitutionnelle, et les articles 77 et 79 ont continué à être appliqués à l'époque. Cependant, les instructions gouvernementales en ce domaine et en particulier sur le rôle du Ministère public dans une conciliation extrajudiciaire ne se sont pas fait attendre.

106. En 2002, le chef du Ministère public en Colombie a dicté la résolution n° 20, sur la participation du Ministère public dans les conciliations extrajudiciaires, c'est-à-dire auprès d'un Centre de conciliation. Les normes en vigueur à ce moment-là permettaient la participation du Ministère public dans ces conciliations. Il devait même être informé du dépôt de la plainte ainsi que de la date fixée pour réaliser l'audience de conciliation²⁹². La Loi 446 de

²⁹⁰ Corte Constitucional, *Sentencia C-702 del 20 de septiembre de 1999*, M.P. : Fabio Morón Díaz.

²⁹¹ Corte Constitucional, *Sentencia C-923 del 18 de noviembre de 1999*, M.P. : Álvaro Tafur Gálviz.

²⁹² Ancien Code Contentieux Administratif, article 127 : « Le Ministère public est partie, il pourra intervenir dans tous les procès et cas qui se déroulent devant la juridiction contentieuse administrative et dans les conciliations extrajudiciaires auprès des Centres de conciliation. Il participera à la défense de l'ordre juridique, du patrimoine public et des droits et garanties fondamentaux. Par conséquent, il sera notifié personnellement du dépôt de la plainte, de la date fixée pour réaliser l'audience de conciliation, de la sentence de première instance et de la première décision prise en seconde instance ». Traduction au français par Verónica Peláez Gutiérrez. (Texte en espagnol : *“El Ministerio Público es parte y podrá*

1998 dans son article 77, permettait aussi sa participation, mais aucune de ces dispositions ne lui imposait l'obligation d'assister ou de faire partie de l'audience. Il devait cependant être informé de la décision prise, même s'il n'avait pas assisté à l'audience. Mais le *Procurador General*, dans la Résolution n° 20 a disposé à l'article 1° que : « *Pour garantir d'une façon plus opportune et adéquate la défense de l'ordre juridique, du patrimoine public et des droits et garanties fondamentaux, les Procuradores Judiciales en matière administrative participeront obligatoirement aux conciliations pré-arbitrales qui doivent se réaliser en vertu de pactes d'arbitrage ou de clauses compromissaires, au travers desquelles on cherche à résoudre des différends de caractère administratif [...]* ». « *[...] les Procuradores Judiciales devront vérifier que les accords conciliatoires sont conformes à l'ordonnancement juridique et qu'ils ne sont pas lésionnaires du patrimoine public* »²⁹³. Cette résolution met fin à la faculté discrétionnaire de ses agents face à la décision de participer ou non à l'audience de conciliation pré-arbitrale. Lorsque le *Procurador General* décide que la participation de ses agents est obligatoire, ceux-ci doivent participer activement à la procédure conciliatoire. Il ne suffit pas qu'il soit averti de l'existence de ladite procédure ou de la conciliation réalisée, il doit être présent durant tout son déroulement. Il doit vérifier la légalité de l'accord, c'est-à-dire étudier en profondeur la conciliation réalisée. Il n'est donc pas compétent pour désapprouver la conciliation mais il a l'obligation de demander au juge administratif son homologation s'il considère

intervenir en todos los procesos e incidentes que se adelanten ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa y en las conciliaciones extrajudiciales ante los centros de conciliación e intervendrá en éstos en defensa del orden jurídico, del patrimonio público y de los derechos y garantías fundamentales. Por consiguiente se le notificará personalmente el auto admisorio de la demanda, el que fije la fecha para la audiencia de conciliación, la sentencia proferida en primera instancia y el primer auto dictado en segunda instancia”.

²⁹³ Procuraduría General de la República, Resolución N° 20 de 2002, artículo 1° (Texte en espagnol :*“Para garantizar la más oportuna y adecuada defensa del orden jurídico, del patrimonio público y de los derechos y garantías fundamentales, los Procuradores Judiciales en lo Administrativo intervendrán obligatoriamente en el trámite de las conciliaciones pre arbitrales que se adelanten en virtud de pactos arbitrales o de cláusulas compromisorias, mediante las cuales se pretenda dirimir controversias o conflictos de naturaleza contencioso administrativa.*

Parágrafo. Los Procuradores Judiciales en lo Administrativo deberán verificar que los acuerdos se ajusten al ordenamiento jurídico y no resulten lesivos de los intereses públicos”.

qu'elle est préjudiciable au patrimoine public ou qu'elle est contraire à l'ordonnement juridique.

107. Finalement, des réformes normatives plus approfondies, ainsi que la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, ont abouti à des aménagements juridiques en cette matière. D'une part, la Loi 640 de 2001 modifie la conciliation dans toutes les matières, même administrative ; elle abroge l'article 77 de la Loi 446 de 1998. Cela signifie qu'en matière administrative, toute conciliation doit être homologuée par le juge. Elle considère extrajudiciaire toute conciliation réalisée avant le procès, que celle-ci le soit auprès du Ministère public ou dans un Centre de conciliation. Mais l'homologation du juge est toujours nécessaire et le Ministère public n'a pas à décider s'il la demande ou non car la loi l'impose²⁹⁴. Par ailleurs, la Loi 640 de 2001 permettait dans son texte initial l'utilisation de deux instances conciliatoires en matière administrative lorsque l'on était face à une conciliation extrajudiciaire ; l'agent du Ministère public ou les Centres de conciliation pouvaient agir en tant que conciliateurs. Cependant, la Cour constitutionnelle comme on l'a déjà expliqué, a prononcé l'inconstitutionnalité partielle de l'article 23 de la Loi 640 de 2001²⁹⁵. Par conséquent, le seul autorisé pour agir comme conciliateur est l'agent du Ministère public délégué auprès du juge qui serait compétent en cas de procès.

Finalement, la Loi 1285 de 2009 modifie la Loi 270 de 1996 et établit le préalable obligatoire de conciliation en droit administratif dès son entrée en vigueur. Les projets de Loi 023 de 2006 du Sénat et 286 de 2007 de la Chambre de

²⁹⁴ Ley 640 de 2001, Diario Oficial N° 44282, del 5 de enero de 2001. artículo 24 : « Les actes qui contiennent des conciliations extrajudiciaires en contentieux administratif doivent être envoyés dans les trois jours suivant la célébration de l'accord, au juge qui est compétent pour instruire l'action judiciaire pour qu'il approuve ou désapprouve l'accord [...] ». Traduction au français par Verónica Peláez G. (Texte en espagnol : "*Las actas que contengan conciliaciones extrajudiciales en materia de lo contencioso administrativo se remitirán a más tardar dentro de los tres (3) días siguientes al de su celebración, al juez o corporación que fuere competente para conocer de la acción judicial respectiva, a efecto de que imparta su aprobación o improbación [...]*").

²⁹⁵ Corte Constitucional, Sala Plena, *Sentencia C-893 del 22 de agosto de 2001*, Expediente Número D-3399, M.P. : Clara Inés Vargas

Représentants ont été l'objet d'un contrôle de constitutionnalité par la Cour constitutionnelle²⁹⁶. Ainsi l'article 13 de la Loi 1285 de 2009 qui introduit l'article 42 A dans le texte de la Loi 270 de 1996 et établit comme obligatoire le préalable de conciliation extrajudiciaire en droit administratif disposait dans son texte original d'un deuxième paragraphe qui établissait un contrôle judiciaire de l'accord conciliatoire extrajudiciaire seulement dans les cas où le Ministère public considérait l'accord contraire à l'ordonnement juridique ou lésionnaire du patrimoine public et demandait son homologation au juge administratif.

La lecture de l'article, et en particulier du second paragraphe, permet de conclure que la réforme ne cherchait pas à établir une compétence générale du juge administratif pour homologuer les conciliations réalisées en cette matière. Le texte établissait une homologation du juge qui reposait sur la volonté du Ministère public et qui correspondait au modèle d'homologation établi par l'article 79 de la Loi 446 de 1998 pour les conciliations réalisées auprès d'un Centre de conciliation. Ce modèle a été en vigueur, comme on l'a expliqué, durant la conciliation *Dragacol* et abrogé par la suite par l'article 49 de la Loi 640 de 2001. Mais la tentative a échoué car la Cour constitutionnelle, après examen du projet de loi, a prononcé l'inconstitutionnalité de cet alinéa. Elle fait référence, dans sa décision de

²⁹⁶ Projet de loi N° 023 de 2006 del Senado de la República et N° 286 de 2007 de la Cámara de Representantes, Artículo 13° : « A partir de l'entrée en vigueur de cette loi, quand les affaires sont conciliables, la conciliation constituera toujours un préalable obligatoire avant d'utiliser les actions prévues dans les articles 85, 86 et 87 du Code contentieux administratif. Les conciliations judiciaires et extrajudiciaires devront être vérifiées par la juridiction contentieuse quand le Ministère public le demande dans les trois jours suivants la célébration de la conciliation. La demande de révision est admissible seulement quand le Ministère public considère que la conciliation est contraire à l'ordonnement juridique en vigueur ou qu'elle est lésionnaire du patrimoine public ». Traduction au français par Verónica Peláez G. (Texte en espagnol : « *A partir de la vigencia de esta ley, cuando los asuntos sean conciliables, siempre constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan, el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial.*

Las conciliaciones judiciales y extrajudiciales únicamente requerirán revisión de la jurisdicción de lo contencioso administrativo cuando así lo solicite y sustente el Ministerio Público, dentro de los tres (3) días siguientes a su celebración. Dicha solicitud sólo será procedente en los casos en que el Ministerio Público considere que los términos de la respectiva conciliación resultan contrarios al ordenamiento vigente o lesivos para el patrimonio público »).

constitutionnalité de 2008, à sa Décision C-1195 de 2001 selon laquelle en matière administrative le législateur a établi des particularités qui garantissent le respect du droit d'accès au juge dans cette matière telles que l'existence de l'homologation judiciaire permettant la protection de la légalité et des intérêts patrimoniaux de l'État, la possibilité de réaliser les conciliations extrajudiciaires seulement auprès du Ministère public, et l'obligation pour les représentants des entités publiques d'assister aux audiences de conciliation et de proposer des formules d'arrangement²⁹⁷. Pour elle, « [...] conformément à l'article 277 de la Constitution, la Procuraduría General de la Nación est garante de la Constitution, des lois, des décisions judiciaires et des actes administratifs ; elle contrôle l'exercice diligent et efficace des fonctions administratives ; elle contrôle les actions de ceux qui exercent des fonctions publiques ; elle participe aux procès judiciaires et administratifs lorsqu'il est nécessaire de défendre l'ordre juridique, le patrimoine public ou les droits et garanties fondamentaux [...] ». « [...] L'article 13 du projet de loi viole les articles 228 et 277-7 de la Constitution puisqu'il cherche réduire à de simples éventualités le contrôle judiciaire des conciliations en matière de contentieux administratif. Cela permettrait de choisir d'une façon causale et sans l'existence de paramètres objectifs établis par le législateur. Avec cette disposition on oublie que dans ces affaires le patrimoine public est en jeu ; le Congrès doit donc être très attentif et rigoureux. Il doit établir des mécanismes de contrôle judiciaire en cherchant toujours l'élargissement des mesures de protection des deniers publics mais avec la norme en question on cherche à réduire ces mesures [...] »²⁹⁸. En conclusion, la Cour Constitutionnelle insiste sur la présence du Ministère public comme garantie pour la protection des intérêts publics, mais laisser le contrôle judiciaire de l'accord conciliatoire à la décision du Ministère public est contraire aux articles 228 et 277-7 de la Constitution car le contrôle judiciaire devient éventuel et il n'existe pas d'indications claires établies par le législateur pour

²⁹⁷ Corte Constitucional, *Sentencia C-1195 de 2001*, Op. cit.

²⁹⁸ Corte Constitucional, Sala Plena, *Sentencia C-713 del 15 de julio de 2008*, M.P. : Clara Inés Vargas, Op. cit., n° 4, p.10.

que le Ministère public décide d'utiliser l'homologation judiciaire²⁹⁹. En outre, dans les conciliations en droit administratif le patrimoine public est présent et il faut être rigoureux avec les contrôles qui existent sur ces conciliations pour protéger les deniers publics.

Pour le *Procurador General de la Nación*, le deuxième alinéa du projet de loi attribue au Ministère public une fonction qui implique de « prendre une décision en justice », agir en tant que juge, ce qui est contraire aux articles 277 et 278 de la Constitution qui consacrent d'une part, la fonction publique de rendre la justice et d'autre part, les fonctions du *Procurador General de la Nación*, et celle qu'établit le deuxième alinéa du projet de Loi, aujourd'hui article 13 de la Loi 1285 de 2009 n'est pas consacrée dans la Constitution comme une fonction du Ministère public³⁰⁰. Pour conclure, la tentative de laisser l'homologation du juge comme éventuelle dans les conciliations extrajudiciaires en droit administratif a échoué et l'approbation continue donc à être obligatoire.

Cependant, il faut préciser que le système d'homologation éventuelle existait auparavant, comme on l'a expliqué, dans l'article 79 de la Loi 446 de 1998 et qu'il n'avait pas été considéré comme inconstitutionnel ; jamais la fonction de

²⁹⁹ Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 228 : « L'administration de la justice est une fonction publique. Ses décisions sont indépendantes. Les actions seront publiques et permanentes sauf les exceptions établies par la loi et pour lesquelles prévaudra le droit substantiel. Les délais processuels devront être respectés et leur non accomplissement sera sanctionné. Leur fonctionnement sera déconcentré et autonome ». Traduction au français par Verónica Peláez G. (Texte en espagnol : "*La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo* »), artículo 277-7: " Le *Procurador General de la Nación* aura comme fonctions : [...] 7. Intervenir dans les procès et auprès des autorités judiciaires et administratives, pour défendre l'ordre juridique, le patrimoine public et les droits et garanties fondamentales [...] ». Traduction au français par Verónica Peláez G. (Texte en espagnol : "*El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones :[...] 7. Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales [...]*").

³⁰⁰ Corte Constitucional, Sala Plena, *Sentencia C-713 del 15 de julio de 2008*, M.P. : Clara Inés Vargas, Op. cit.

décider sur la nécessité d'homologation à charge du Ministère public n'avait été considérée comme une délégation de la fonction de prendre une décision en justice. En réalité cette délégation n'existe pas. C'est la Conciliation *Dragacol* qui a révélé la complexe situation de corruption de la Colombie et a motivé des changements normatifs et affecté l'utilisation de la conciliation en droit administratif. Avec cette disposition on permettait que l'accord conciliatoire ait plein effet sans l'intervention du juge, comme c'est le cas en droit privé. En outre, l'absence de critères guidant la décision du Ministère Public pour demander l'homologation d'un accord conciliatoire n'était pas une excuse pour prononcer l'inconstitutionnalité car un décret réglementaire aurait pu régler cette situation.

La décision de la Cour constitutionnelle ne fait pas référence dans sa décision à la conciliation *Dragacol* mais est plutôt une décision de convenance fondée sur la réalité colombienne caractérisée par la corruption, facteur externe qui a finalement affecté la conciliation et justifié l'existence de formalités parfois excessives qui visent à garantir la légalité de l'accord et la protection du Patrimoine public comme par exemple l'homologation généralisée du juge administratif de l'accord conciliatoire, ainsi que la réduction dans les instances conciliatoires autorisées en droit administratif et l'exclusion des conciliateurs des centres de conciliation dans cette matière.

En conclusion, le Ministère public a des rôles très importants en droit administratif. Il garantit la légalité des procédures et il protège les droits des intervenants dans un processus contentieux. En matière de conciliations, il intervient comme conciliateur et comme garant de la légalité des conciliations pré-arbitrale. Cependant, il n'a pas bien compris son rôle dans les conciliations en droit administratif, ce qui en a affecté l'efficacité ; il est clair que le précédent de la conciliation *Dragacol* a affecté l'utilisation de la conciliation en droit administratif mais ce qui a surtout été affecté est l'esprit conciliatoire des entités publiques.

108. L'État de droit en Colombie montre une tendance très forte à développer la conciliation extrajudiciaire pour prévenir le contentieux et il est clair que le

conciliateur et les parties, dont les membres des Comités de conciliation, jouent un rôle très important pour garantir l'efficacité de la conciliation.

Chapitre II

Les spécificités par rapport aux parties

109. Toute conciliation repose sur la volonté des parties et il n'existe pas d'accord conciliatoire si, dans un différend, elles ne décident pas d'y mettre fin. Cependant, elles doivent avoir pouvoir de disposition de l'objet sur lequel porte la conciliation et leur consentement doit être libre de vices et le mandataire doit avoir mandat spécial pour concilier (*Section 1.*). En outre, en droit administratif il n'existe pas de conciliation sans l'autorisation du Comité de conciliation de l'entité publique (*Section 2.*).

Section 1. Des aspects généraux: la capacité des parties et leur faculté de disposer.

110. Les parties sont protagonistes dans l'utilisation de ce mécanisme alternatif. Elles ont la liberté de parvenir ou non à un accord conciliatoire même quand la conciliation est considérée comme préalable obligatoire pour aller à la juridiction contentieuse administrative. Par conséquent, l'obligation de tenter une conciliation n'est pas contraire à la nature de la conciliation et si celle-ci échoue, les parties ont le droit d'aller à la juridiction contentieuse administrative³⁰¹.

En ce qui concerne les parties, il faut analyser leur capacité, à savoir le pouvoir qu'a un sujet de droit pour assumer des obligations. L'article 1503 du Code civil colombien établit une présomption générale et considère toute personne capable, c'est-à-dire qu'on lui reconnaît une capacité de jouissance et d'exercice sauf pour des personnes que la loi considère incapables³⁰². L'article 1502 fait référence à la

³⁰¹ Corte Constitucional, *Sentencia C-1195 del 15 de noviembre de 2001*, M.P: Manuel José Cepeda Espinosa, Marco Gerardo Monroy Cabra.

³⁰² Código Civil, artículo 1503.

capacité d'exercice comme à une exigence nécessaire pour qu'une personne puisse s'engager. Ce même article définit la capacité juridique comme la faculté ou le pouvoir qu'a un sujet pour avoir des obligations sans l'autorisation de personne³⁰³. Mais il existe des situations spéciales qui font qu'une personne est considérée incapable telles que l'âge, la situation mentale, la situation juridique ou judiciaire, entre autres³⁰⁴. L'incapacité peut être absolue ou relative.

Tout acte juridique comporte certaines exigences. Si l'une d'elles n'est pas respectée, l'acte peut être vicié de nullité absolue ou relative. Ainsi, si une personne se trouve dans une situation d'incapacité telle que l'âge (impubère), la démence, être sourd-muet ou lorsque la personne ne peut pas se faire comprendre par écrit ou par tout autre moyen, l'acte sera vicié. Par exemple, l'acte célébré par un mineur sera nul relativement.

Toute personne physique ou morale peut concilier sauf celles que la loi considère comme incapables. Mais, de manière particulière et selon l'article 2470 du Code civil colombien, il est nécessaire que la personne puisse disposer des objets compris dans la conciliation ; la capacité de transiger entraîne la capacité de concilier³⁰⁵. Ainsi, dans le cas de la conciliation en droit administratif, il faut que le mandataire judiciaire ait mandat spécial pour disposer des biens et des prétentions qui sont objet de l'accord conciliatoire.

111. En matière de droit du travail, première matière où a été acceptée l'utilisation de la conciliation, la présence des parties n'était pas obligatoire à l'audience de conciliation. Mais en matière civile, l'article 101 du Code de procédure civile établit l'obligation pour les parties d'assister à l'audience de conciliation. La présence de leur avocat n'est pas obligatoire dans cette matière. Mais, si l'une des parties n'assiste pas à l'audience, elle sera sanctionnée en conformité avec cet article. La Loi 640 de 2001 consacre la possibilité d'imposer une amende à la partie qui n'assiste pas à l'audience et ne justifie pas son

³⁰³ Código Civil, artículo 1502.

³⁰⁴ Código Civil, artículo 1504.

³⁰⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 11 de octubre de 2006, *Radicación Número : 66001-23-31-000-2002-00810-01(30094)*, M.P. : Alier Eduardo Hernandez Enriquez.

absence³⁰⁶. En matière civile, si la partie ne justifie pas son absence à l'audience de conciliation extrajudiciaire, sa conduite sera considérée comme un indice grave dans le cas d'un procès contentieux³⁰⁷. Cependant, en droit administratif, toute procédure de conciliation, dès la présentation de la demande de conciliation doit se dérouler en présence d'un avocat³⁰⁸. Cela signifie que les parties peuvent ne pas assister directement à l'audience de conciliation mais leur avocat doit obligatoirement être présent en conformité avec l'article 1°, paragraphe 3° de la Loi 640 de 2001³⁰⁹. Le régime applicable est totalement différent en matière civile

³⁰⁶ Ley 640 del 5 de enero de 2001, « *Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones* », Diario oficial No. 44.303 del 24 de enero de 2001, artículo 35, parágrafo primero : « Lorsque la conciliation extrajudiciaire en droit constituerait un préalable obligatoire pour la juridiction et qu'une partie esterait en justice, sans préjudice de ce que prévoient les articles 22 et 29 de cette loi, le juge imposera une amende à la partie qui n'a pas justifié son absence à l'audience de conciliation. Le montant de cette amende pourra atteindre un maximum de deux (2) salaires minimums [...] ». Traduction au français par Verónica Peláez G. (Texte en espagnol : « *Cuando la conciliación extrajudicial en derecho sea requisito de procedibilidad y se instaure la demanda judicial, sin perjuicio de lo previsto en los artículos 22 y 29 de esta ley, el juez impondrá multa a la parte que no haya justificado su inasistencia a la audiencia. Esta multa se impondrá hasta por valor de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes [...]* »).

³⁰⁷ Ley 640 del 5 de enero de 2001, « *Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones* », Diario oficial No. 44.303 del 24 de enero de 2001, article 22 : « Sauf en matière de droit du travail, en matière de police, et en matière de famille, si les parties ou l'une des parties n'assiste pas à l'audience et ne justifie pas son absence pendant les trois jours suivants, sa conduite sera considérée comme un indice grave contre ses prétentions ou des exceptions de fond proposées, dans un procès suivi pour les mêmes faits. Traduction au français par Verónica Peláez G. (Texte en espagnol : « *Salvo en materia laboral, policiva y de familia, si las partes o alguna de ellas no comparece a la audiencia de conciliación a la que fue citada y no justifica su inasistencia dentro de los (3) días siguientes, su conducta podrá ser considerada como indicio grave en contra de sus pretensiones o de sus excepciones de mérito en un eventual proceso judicial que verse sobre los mismos hechos.* »).

³⁰⁸ Corte Constitucional, *Sentencia C-033 de enero de 2005*, « [...] Il n'est pas contraire au principe d'égalité que la norme qui établit la procédure de conciliation en droit administratif dispose qu'elle doive se dérouler avec la présence et la représentation d'un avocat. L'existence de normes spéciales dans certaines matières n'entraîne pas une violation au principe d'égalité, le législateur peut établir des procédures différentes pour chacune des branches du droit [...] ». Traduction au français Verónica Peláez G. (Texte en espagnol : « *[...] No es contrario al principio de igualdad la norma que establece que el trámite conciliatorio en materia Contencioso administrativa debe adelantarse por intermedio de abogado. La expedición de normas especiales en relación con ciertas materias no comporta una violación al principio de igualdad, el legislador puede, de ser el caso, establecer procedimientos diferentes para cada una de las ramas del derecho [...]* »).

³⁰⁹ Ley 640 del 5 de enero de 2001, « *Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones*, Diario oficial No. 44.303 de 24 de enero de

et en matière contentieuse administrative. En matière civile, les parties peuvent assister à l'audience avec leur avocat mais celui-ci ne peut pas participer activement lors de l'audience ; il peut accompagner la partie, la conseiller dans la prise d'une décision mais sa présence n'est pas obligatoire. Par contre, en droit administratif, l'audience ne peut pas se dérouler sans la présence de l'avocat de chaque partie.

L'article 149 du Code contentieux administratif modifié par l'article 49 de la Loi 446 de 1998 réglementait le sujet lié à la représentation des personnes publiques et des personnes privées qui exercent des fonctions publiques. Le nouveau Code régle ce sujet dans ses articles 159 et 160 qui n'introduisent pas de changements de fond mais dont la rédaction inclut le droit de postulation. Ainsi, Ils peuvent agir comme requérants et sujet passif ou comme intervenants dans les procès contentieux administratifs, à travers leurs représentants, les personnes publiques, les personnes morales ou physiques de droit privé qui exercent des fonctions publiques et les autres sujets de droit qui ont capacité pour participer au procès. L'entité publique ou la personne publique sera représentée judiciairement par la personne la plus haut placée dans la hiérarchie de l'entité qui a dicté l'acte ou qui a donné lieu au fait ; par exemple, le Ministre, *Le Contralor General de la República*, *Le Procurador General de la Nación*, le Président du Sénat, représentent la Nation dans les affaires liées au législatif et le Directeur Exécutif de l'Administration Judiciaire dans les affaires liées au pouvoir judiciaire.

Au niveau territorial, le secteur central sera représenté par le préfet ou le maire selon le cas³¹⁰. En matière contractuelle, l'entité publique sera représentée par le fonctionnaire public du plus haut poste dans la hiérarchie. Si le contrat est contresigné par le Président de la République en représentation de la Nation, cette dernière sera représentée par le Directeur de la Présidence de la

2001 », artículo 1º, párrafo 3ºI : « En matière contentieuse administrative, la procédure de conciliation, dès la présentation de la demande doit se dérouler en présence d'un avocat. Il doit, en tout cas, être présent à l'audience de conciliation. » Traduction au français par Verónica Peláez Gutiérrez. (Texte en espagnol : "*En materia de lo contencioso administrativo el trámite conciliatorio, desde la misma presentación de la solicitud deberá hacerse por medio de abogado titulado quién deberá concurrir, en todo caso, a las audiencias en que se lleve a cabo la conciliación*").

³¹⁰ Ancien Code contentieux administratif, article 149 et la Loi 1437 de 2011, article 159.

République. Les entités et les organes qui constituent le secteur central de l'administration territoriale seront représentés par le préfet ou par le maire. Il existe un aspect qu'il faut traiter en matière contractuelle, celui des *consorcios* et des *Uniones temporales*³¹¹. Le représentant de ces associations ne peut décider d'engager des actions judiciaires sans l'existence d'un mandat spécial conféré par tous les membres, ce qui signifie que leurs membres doivent conférer le pouvoir à l'avocat qui va agir dans le cas d'une conciliation ou d'un procès. Il faut insister, la faculté de concilier doit être expresse dans le pouvoir conféré à l'avocat. Le Conseil d'État précise sur ce sujet que « [...] *Les personnes morales agissent par l'intermédiaire de leur représentants, en conformité avec la Constitution, la loi ou leurs statuts. Les personnes morales de droit privé doivent prouver leur existence et leur représentation pour démontrer le mandat de leur gérant, leur faculté pour engager les intérêts de la société et la représenter judiciairement ou extrajudiciairement [...]* »³¹².

Ainsi par exemple, pour une société qui constitue une personne morale différente de ses membres ou associés, seul son représentant légal peut l'engager et accorder un mandat à un avocat pour agir. En tout cas, la ratification *a posteriori* du mandat est possible en matière conciliatoire. Le Conseil d'État a considéré qu'une société n'est pas dûment représentée si, lors d'une procédure de conciliation extrajudiciaire, le pouvoir conféré à l'avocat ne lui permet pas de représenter les intérêts de la société. Mais ensuite, il est possible que durant la procédure d'approbation de l'accord le même mandataire judiciaire ait pleine capacité pour représenter les intérêts de la personne morale judiciairement et

³¹¹ Ley 80 del 28 de octubre de 1993, Diario Oficial N° 41094 del 28 de octubre de 1993, artículo 7°. Les deux formes d'association ne comportent pas la création d'une nouvelle personne morale. En conformité avec l'article 7 de la Loi 80 de 1993 un *Consortio* est constitué par deux personnes ou plus qui conjointement présentent une offre pour l'adjudication, passation et accomplissement d'un contrat. Les membres du *Consortio* répondent solidairement pour toutes les obligations de leur offre et du contrat. Par conséquent, toutes les actions, omissions et faits liés à l'exécution du contrat affectent tous les membres du *Consortio*. Par contre dans *l'Unión temporal*, les sanctions pour le manquement aux obligations de l'offre et des contrats s'imposent aux membres en conformité avec la participation de chacun dans l'exécution du contrat.

³¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 7 de febrero de 2002, *Radicación Número : 25000-23-26-000-1999-2801-01(19073)*, C.P. : Jesús María Carrillo.

extrajudiciairement. La faculté du mandataire judiciaire pour agir judiciairement (appel de la décision qui n'approuve pas l'accord conciliatoire) permet de ratifier l'accord des parties dans lequel il a représenté les intérêts de la société. Cela signifie qu'avec la participation ultérieure du mandataire judiciaire, c'est-à-dire, durant la procédure d'approbation de la conciliation, la personne qu'il représente a ratifié son action extrajudiciaire³¹³.

Il faut préciser que dans le cas cité, le mandataire judiciaire avait pouvoir des associés mais que le représentant légal n'avait pas conféré pouvoir en tant que représentant à l'avocat pour représenter les intérêts de la société, et que dans la conciliation la société participait comme partie. Mais finalement dans le certificat d'existence et de représentation apporté durant la procédure d'appel de la décision qui n'approuve pas l'accord conciliatoire, il apparaît que la personne qui a représenté la société durant toute la procédure de conciliation avait la faculté pour la représenter judiciairement et extrajudiciairement. Cela ratifie son action durant l'audience de conciliation³¹⁴.

La décision du Conseil d'État aurait été différente si la personne qui agissait comme mandataire judiciaire n'avait pas reçu le pouvoir pour représenter la société dans une conciliation, et que dans le certificat d'existence et de représentation il n'avait pas été possible de prouver sa faculté pour représenter la société judiciairement et extrajudiciairement. Dans ce cas, il existe une absence de pouvoir de concilier de la personne qui a participé au litige en représentation de la société.

112. En matière de conciliation, c'est le représentant légal ou la personne de l'entité la plus haut placée hiérarchiquement qui doit conférer le pouvoir avec faculté expresse de concilier à l'avocat qui a l'obligation d'assister à l'audience. Lors d'une conciliation en droit administratif, il existera toujours au moins une entité publique ou une entité privé ou personne privée ou morale de droit privée qui exerce des fonctions publiques avec capacité juridique, un avocat qui la représente et l'autre partie, représentée aussi par un avocat qui doit avoir mandat

³¹³ *Idem.*

³¹⁴ *Idem.*

spécial pour concilier³¹⁵. Il faut préciser que la faculté conférée par mandat à une personne pour représenter les intérêts d'autrui en matière judiciaire en incluant la faculté de concilier, a plein effet. Par conséquent les actes accomplis par le mandataire, avant que le mandat ne soit révoqué, auront plein effet³¹⁶. Cela signifie que la manifestation expresse du mandataire de concilier dans une affaire et l'acceptation de signer un accord conciliatoire, obligent celui qui a conféré le mandat puisque les actes trouvent leur origine dans le mandat qui a été souscrit volontairement et de façon libre par les intervenants. Un accord conciliatoire souscrit dans ces conditions ne peut être révoqué par qui a conféré le mandat sauf s'il avait été révoqué avant la passation de l'accord ou si les actes accomplis n'étaient pas compris dans le mandat. Cela s'applique facilement aux personnes privées, car dans le cas des entités publiques il faut aussi l'autorisation du Comité de Conciliation pour concilier.

Mais ce qui est relatif aux parties n'est pas épuisé dans leur capacité de disposer, et leur représentation comporte aussi l'analyse de leur volonté et de leur consentement pour conclure une conciliation.

113. La formation de la volonté de toute personne tient compte de deux éléments : l'un interne et l'autre externe. Le premier est subjectif et en rapport avec l'autodétermination du sujet, son désir libre et conscient de produire un certain acte. Le second est objectif, c'est la volonté manifeste qui permet que les autres perçoivent le vouloir du sujet. Étudier la formation de la volonté permet de déterminer si la formation de l'acte juridique a été correcte ou si s'est présenté un certain défaut qui peut avoir des conséquences juridiques. Cette étude permet de savoir si l'acte provient de la connaissance réelle et sérieuse ou est le résultat de l'ignorance. Si

³¹⁵ Ley 1437 del 18 de enero de 2011, "*Por la cual se expide el Código de procedimiento y contencioso administrativo*", Op.Cit., article 160.

³¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Sentencia del 3 de marzo de 2010, *Radicación número : 25000-23-26-000-2002-00789-01(26675)*, M.P. : Mauricio Fajardo Gómez.

l'acte est le produit d'un élément libre provenant de la conscience de l'individu et de sa volonté, ou si au contraire, il est le résultat de la pression exercée sur le sujet, s'il a été motivé par des raisons et des causes licites ou s'il trouve son fondement dans des motivations et des intentions futilles et abjectes³¹⁷. Pour conclure, il doit y avoir coïncidence entre l'élément interne (volonté de l'individu) et l'élément externe (la déclaration de volonté, sa manifestation) pour éviter que puisse être affectée la validité de l'acte³¹⁸.

Dans le cas de la conciliation, la volonté d'utiliser le mécanisme peut être démontrée de manière spontanée, et provenir des deux sujets ou seulement de l'un d'eux ; dans d'autres cas la volonté est provoquée par la loi, comme c'est le cas pour la conciliation extrajudiciaire comme préalable obligatoire de l'action ou par l'autorité judiciaire quand elle convoquera à une conciliation judiciaire de manière officieuse.

Une chose est la volonté de recourir au mécanisme et une autre la volonté que déclarent les parties dans l'acte de conciliation par rapport aux différences qui existent entre elles ; c'est-à-dire, leur volonté d'arriver à un accord et de résoudre leur conflit. Dans tout processus de conciliation se présente l'expression de volontés opposées qui cherchent un point de convergence, l'importance pour chacune des parties de comprendre ce que veut l'autre. Alors, si ces volontés qui ont été montrées, en principe opposées, arrivent à un point d'accord, il y aura consentement. Les volontés exprimées : dans une conciliation peuvent concorder sur tous les points examinés et dans ce cas le consentement est total et la conciliation recouvre tout le conflit³¹⁹. Au contraire, si l'accord ne concerne qu'une partie des prétentions, le consentement sera partiel ainsi que la conciliation. Le consentement dans une conciliation doit être le plus explicite et le plus clair possible pour qu'un accord existe. La manifestation de volonté des intervenants dans une

³¹⁷ Cet aspect sera développé dans la seconde partie de la thèse, dans le chapitre consacré à l'homologation par le juge administratif de l'accord conciliant. Voir Infra Titre II, n°167 et ss. p. 212 et ss.

³¹⁸ J.R. JUNCO VARGAS, *la conciliación aspectos sustanciales y procesales*, Bogotá, Temis, Cuarta Edición, 2002, p. 115 et ss.

³¹⁹ *Idem*.

conciliation (parties) doit être expresse, claire et précise, ne pas admettre de suppositions. Sans consentement partiel ou total, il n'y aura pas d'accord.

114. La validité des actes juridiques comme l'accord conciliatoire exigent un comportement dispositif des parties et n'échappe pas aux sanctions de la loi lorsque l'accord conciliatoire viole les normes du droit qui concernent l'existence, la sécurité de l'État et la société, c'est-à-dire le *ius cogen*, et cela comporte la nullité absolue de l'accord conciliatoire. Mais il est aussi possible que des vices du consentement ou de la volonté se présentent dans un accord conciliatoire malgré l'accompagnement que pourrait effectuer le conciliateur pendant le déroulement de la procédure de conciliation et la participation active des parties³²⁰. Les parties peuvent arriver à un accord qui est vicié par l'erreur, la violence ou le dol. Ainsi, la transaction, ou l'accord conciliatoire obtenu avec tromperie ou violence est nulle³²¹.

En outre, la transaction et la conciliation sont des actes juridiques *intuitus personae* conclues en fonction de la personne du cocontractant, ce qui signifie qu'en cas d'erreur, la nullité relative de l'accord pourra être invoquée³²². Mais l'erreur de calcul de l'objet, sa valeur économique, n'annule pas la transaction ou l'accord conciliatoire mais entraîne un droit de rectification sur demande d'une des parties. Il est aussi possible que la volonté d'une des parties soit affectée si elle a été exprimée sur une base ou un fondement faux, ignoré ou méconnu au moment de la célébration de la transaction ou de l'accord conciliatoire mais qui apparaît ultérieurement. Il sera possible d'annuler la conciliation ou la transaction si l'acte juridique porte sur un objet particulier sur lequel une des parties n'avait pas de droit ou s'il y a eu dol dans la perte ou la dissimulation de titres ou documents³²³. Dans ce cas la partie affectée pourra demander la restitution du droit qu'elle a sur l'objet³²⁴. En outre, si l'une des parties « connaissait la témérité de sa prétention, l'autre partie peut demander

³²⁰ *Idem.*

³²¹ Voir *Infra* n° 201 et ss, p.248 et ss.

³²² F. Hinestrosa, *Tratado de las Obligaciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, troisième édition, 2008, p. 746.

³²³ *Idem.*

³²⁴ Code civil, article 2482.

l'annulation de la transaction » ou de l'accord conciliatoire³²⁵. C'est un vice spécial composé de deux aspects concurrents, d'une part, la témérité de la prétention, et la connaissance de cette situation par l'autre partie. C'est l'application du principe de bonne foi, son exigence face à l'autonomie privée et cela entraîne l'annulation de l'accord conciliatoire et de la transaction³²⁶. Mais le traitement des vices du consentement ou de la volonté sera différent en matière civile et familiale de ce qu'il sera en droit administratif, puisqu'en matière privée, l'accord obtenu par les parties et consigné dans l'acte, a caractère exécutoire et prend force de chose jugée. Si un certain vice se présente comme l'erreur, la violence ou le dol, chacune des parties peut solliciter la nullité de l'accord ou, à défaut, sa rescision. En droit administratif, la situation est différente car l'accord conciliatoire ne produit pas d'effets juridiques tant que le juge administratif ne l'approuve pas. Dans ce cas les parties pourront renoncer à l'accord obtenu s'il n'a pas été approuvé par le juge³²⁷. Comme on l'expliquera dans la deuxième partie de la thèse, le juge approuve l'accord à travers une ordonnance judiciaire (Auto) ; nous nous trouverions alors face à un acte complexe, composé de l'accord consigné dans l'acte et de la décision judiciaire l'approuvant. L'approbation judiciaire suppose une analyse de forme et de fond de l'accord ; cela signifie que si le juge approuve, c'est en principe parce que cet accord satisfait aux exigences légales pour produire des pleins effets, prendra force de chose jugée et aura un caractère exécutoire³²⁸.

115. Finalement, lorsque l'on parle des parties dans une conciliation en droit administratif, il faut se référer aux *Comités de defensa judicial y de conciliación* des entités publiques, car leur participation est obligatoire ; le mandataire de la partie publique n'est pas libre au moment de participer à l'audience de conciliation, son pouvoir de disposition est limité par la décision du *Comité de defensa judicial y de conciliación* de l'entité ou de celui qui a la représentation légale.

³²⁵ Code civil, article 1971.

³²⁶ F. Hinestrosa, *Tratado de las Obligaciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Op. Cit, p. 746.

³²⁷ Voir infra n° 173 et ss, p.212 et ss.

³²⁸ *Idem*.

Section 2. Les Comités de defensa judicial y de conciliación: des instances inopérantes.

116. L'article 75 de la Loi 446 de 1998 crée l'article 65B dans la Loi 23 de 1991. Cet article dispose que « *les entités et les organismes de droit public nationaux, départementaux, du district et préfectoraux du département et les entités décentralisées de ces mêmes échelons territoriaux, doivent constituer un Comité de defensa judicial y de conciliación composé par des fonctionnaires du niveau directif et qui auront les compétences dont dispose la loi. Les entités de droit public des autres échelons auront la même faculté de création* »³²⁹. Le Décret 1214 de 2000 est la norme qui a établi dans un premier temps les fonctions des *Comités*, norme abrogée par le Décret 1716 de 2009³³⁰. Ils ont été créés comme instances spécialisées pour le développement de politiques de défense judiciaire et de prévention du dommage anti-juridique et de protection du trésor public³³¹. En vertu du principe d'efficacité de la fonction administrative, il est important d'avoir une instance qui établit des stratégies pour l'attribution de responsabilités pour les actions de l'administration et pour la protection des intérêts de chaque entité. Mais au-delà des fonctions vues, les *Comités de defensa judicial y de conciliación* ont aussi des fonctions, d'instances d'étude et d'analyse juridique à propos de l'utilisation par chaque entité des mécanismes alternatifs de résolution des

³²⁹ Ley 446 del 7 de julio de 1998, "Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, Diario Oficial No. 43.335, de 8 de julio de 1998, artículo 75.

³³⁰ Decreto 1214 del 29 de junio de 2000, " Por el cual se establecen funciones para los Comités de Conciliación de que trata el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y se dictan otras disposiciones". Abrogé par le Décret 1716 del 14 de mayo de 2009, "Por el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y el capítulo V de la Ley 640 de 2001".

³³¹ V.PELAEZ, "La Conciliación como requisito de procedibilidad en materia administrativa y aspectos puntuales en materia contractual", Op.Cit., p.505.

conflits³³². Les *comités*, comme instances administratives, doivent établir les paramètres de chaque entité pour l'utilisation des mécanismes d'arrangement direct ou en général des mécanismes alternatifs de résolution des conflits. En matière de conciliation, le Décret 1716 de 2009 dispose que les *Comités de defensa judicial y de conciliación* décident de la possibilité de concilier dans chaque affaire. Ils établissent les paramètres selon lesquels agit le représentant légal de l'entité ou l'avocat qui a pouvoir pour représenter l'entité publique et pour assister à l'audience de conciliation. D'autre part, ils ont pour fonction de décider de la possibilité juridique d'utiliser l'appel en garantie et l'action récursoire³³³.

117. En résumé, ces *comités* remplissent en Colombie des fonctions variées et quelques-unes sont très importantes en matière de mécanismes alternatifs de résolution des conflits, en général, et en matière de conciliation en droit administratif, en particulier. Une conciliation en droit administratif comporte toujours la participation de ses membres. La capacité de la partie publique dans une conciliation ne se limite pas à sa représentation légale ou à la présence d'un avocat qui procède à sa représentation technique en vertu du mandat spécial pour concilier qui lui a été conféré. C'est-à-dire qu'une entité publique doit être représentée par un avocat, mais le mandataire judiciaire par lui-même ne peut pas engager ladite entité dans une conciliation. Il ne peut pas disposer du conflit sans l'existence d'une décision préalable prise par le *Comité de defensa judicial y de conciliación* où ledit *comité* décide de concilier ; c'est ce dernier qui détermine la formule d'arrangement que l'entité publique présentera à l'audience de conciliation par l'intermédiaire de son avocat³³⁴. L'avocat qui représente l'entité publique doit

³³² Decreto 1716 del 14 de mayo de 2009, "Por el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y el capítulo V de la Ley 640 de 2001", artículo 16.

³³³ Decreto 1716 del 14 de mayo de 2009, "Por el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y el capítulo V de la Ley 640 de 2001", artículo 19.

³³⁴ Decreto 1716 del 14 de mayo de 2009, "Por el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y el capítulo V de la Ley 640 de 2001", artículo 19, parágrafo único : " Dans les entités publiques qui n'ont pas l'obligation d'avoir un *Comité de defensa judicial y de conciliación*" et qu'il n'a pas été constitué de manière volontaire, les fonctions seront assumées par la personne qui a la représentation légale. " Traduction au français par Verónica Peláez Gutiérrez. (Texte en espagnol : «*En aquellas*

respecter la position des membres du *comité*. Il doit même apporter le jour de l'audience de conciliation l'acte de la session du comité où les membres ont décidé de concilier sur l'affaire en particulier³³⁵.

Les fonctions en matière de conciliation en droit administratif des *Comités de defensa judicial y de conciliación* permettent *stricto sensu* de protéger le patrimoine public puisque ces comités ont l'obligation de faire une étude juridique sérieuse de chaque affaire, de prendre la décision de concilier ou d'utiliser un autre mécanisme alternatif de résolution des conflits en prenant en compte des preuves, des documents présentés et étudiés et des décisions de condamnation contre l'entité dans des cas similaires ; avec le Nouveau Code, ils doivent prendre en compte la jurisprudence d'unification et le précédent jurisprudentiel pour prendre la décision de concilier³³⁶. Cela permet d'inférer une haute probabilité de condamnation dans l'affaire soumise à l'étude du *comité* et ses membres devant concilier et avoir une position favorable pour l'utilisation du mécanisme. L'existence d'une instance appelée « spécialisée » à l'intérieur des entités publiques permet de penser que la décision d'utiliser la conciliation sera prise en procédant à une étude rigoureuse des documents ; cependant, considérant des antécédents comme la conciliation *Dragacol*, *Conigravas* et la conciliation *Commsa*, au-delà des fonctions propres des *Comités*, il faut penser que son existence ne garantit pas que les accords trouvés ne seront pas considérés lésionnaires du patrimoine public par le juge administratif. En outre, ces comités ne garantissent pas l'efficacité de la conciliation. Voyons pourquoi.

entidades donde no exista la obligación de constituir comités de conciliación y no se haya hecho de forma facultativa, las funciones de que trata este artículo serán asumidas por el representante legal de la entidad").

³³⁵ Decreto 1716 del 14 de mayo de 2009, "Por el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y el capítulo V de la Ley 640 de 2001", artículo 221 : " Les décisions adoptées par le *Comité de defensa judicial y de conciliación* ou par la personne qui a la représentation légale sont obligatoires pour les mandataires des entités publiques ". Traduction au français par Verónica Peláez Gutiérrez. (Texte en espagnol : "*Las decisiones adoptadas por el comité de conciliación o por el representante legal de la entidad cuando no se tenga la obligación de constituirlo ni se haya hecho de manera facultativa, serán de obligatorio cumplimiento para los apoderados de cada entidad*").

³³⁶ Voir *Supra* n°99, p.125.

118. Des faiblesses dans l'organisation des *Comités de defensa judicial y de conciliación* peuvent être évoqués. Il faut considérer leurs membres. L'article 17 du Décret 1716 de 2009 fait référence d'une part, aux membres permanents du *Comité de defensa judicial y de conciliación*. Ces membres ont droit de parole et de vote et sont désignés par la norme en raison de leurs fonctions ou de leur poste de travail³³⁷. D'autre part, cet article consacre la participation de certaines personnes qui, par leur niveau hiérarchique et leurs fonctions à l'intérieur de l'entité, doivent assister à la session du *comité* en raison de l'affaire qui sera traitée. Ces fonctionnaires auront droit à la parole dans les sessions des comités. C'est le cas du mandataire judiciaire, du chef du bureau de contrôle ou de celui qui remplirait cette fonction à l'intérieur de l'organisation de l'entité et du secrétaire

³³⁷ Decreto 1716 del 14 de mayo de 2009, "Por el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y el capítulo V de la Ley 640 de 2001", artículo 17 : « Le Comité de conciliation sera conformé par les fonctionnaires suivants, qui auront droit de parole et de vote et seront membres permanents :

1. Le chef, le directeur, le président ou le fonctionnaire qui a la représentation légale de l'entité ou son délégué.
2. L'ordonnateur des paiements.
3. Le chef du bureau juridique de l'entité ou du bureau qui a la charge de défendre judiciairement les intérêts de l'entité.

A la Présidence de la République, la participation du Secrétaire juridique ou de son délégué sera obligatoire.

4. Deux fonctionnaires de direction qui doivent être désignés en conformité avec la structure et l'organisation de l'entité.

La participation des membres signalés auparavant ne peut pas être déléguée sauf les exceptions signalées dans les numéros 1 et 3 [...] ». Traduction au français par Verónica Peláez G. (Texte en espagnol : " *El comité de conciliación estará conformado por los siguientes funcionarios, quienes concurrirán con voz y voto y serán miembros permanentes: 1. El jefe, director, gerente, presidente o representante legal del ente respectivo o su Delegado, 2. El ordenador del gasto o quien haga sus veces, 3. El Jefe de la Oficina Jurídica o de la dependencia que tenga a su cargo la defensa de los intereses litigiosos de la entidad. En el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, concurrirá el Secretario Jurídico o su delegado, 4. Dos (2) funcionarios de dirección o de confianza que se designen conforme a la estructura orgánica de cada ente.*

La participación de los integrantes será indelegable, salvo las excepciones previstas en los numerales 1 y 3 del presente artículo [...]").

Il faut ajouter qu'avec la création de l'Agence de Défense juridique de l'État, le Décret 4085 de 2011 impose sa participation dans les Comités de Défense et de conciliation des entités publiques avec voix et vote et toutes les entités publiques doivent communiquer à l'Agence la célébration des sessions des Comités et de demandes de conciliation. Cependant, sa participation dans tous les Comités n'est pas obligatoire, l'Agence décide sur sa participation. L'Agence a actuellement parmi d'autres fonctions, celles de la Direction de défense juridique du ministère de la justice.

du *comité*. Aux sessions pouvait aussi assister comme invité, et avec droit à la parole, un fonctionnaire de la direction de la défense juridique du ministère de la Justice et du Droit³³⁸. Ainsi, les membres permanents du *comité* sont désignés en raison de leurs fonctions ; la normativité en vigueur n'exige pas que les membres permanents de ce *comité* aient certaines professions et celle-ci ne sont pas prises en compte même si leurs décisions sont juridiques, économiques et techniques en matière de conciliation, ce que nous considérons finalement une faiblesse des *comités*.

Cela signifie que seul le chef du bureau juridique sera obligatoirement avocat, les autres membres pourront être avocats ou non ; leurs professions ne dépendront que des fonctions exercées à l'intérieur de chaque entité, s'il existe une exigence particulière pour accéder et pour exercer les fonctions propres à leur emploi.

On pourrait penser que la profession des membres n'est pas importante mais il faut rappeler que les membres des *comités* doivent au moment d'étudier une demande de conciliation tenir compte du précédent jurisprudentiel pour déterminer la haute probabilité de condamnation contre l'entité en cas d'une décision judiciaire ; leur décision sera toujours fondée sur le droit, mais aussi sur des raisons de convenance, d'économie processuelle, de coûts sociaux et économiques, ils doivent faire des analyses sur les coûts-bénéfices de leurs décisions, ils doivent faire une taxation du préjudice à reconnaître et les affaires qui se discutent exigent de connaissances techniques sur la matière. Cela signifie que des connaissances juridiques sont nécessaires ainsi que des connaissances spécifiques sur la matière qui se discute et qui est l'objet de la demande de conciliation et il est nécessaire d'avoir la capacité et les connaissances pour déterminer la valeur économique du préjudice ou de l'obligation à reconnaître³³⁹. Par conséquent, la profession des membres est importante ; cependant, les membres des *Comités de defensa judicial y de*

³³⁸ *Idem.*

³³⁹ The World Bank, Memorias del proyecto " Fortalecimiento institucional del sistema de gestión de demandas legales", Bogotá : Agosto de 2010, p.43

conciliación ne sont pas nécessairement avocats et n'ont pas nécessairement les connaissances spécifiques requises, ce qui peut poser des problèmes pour l'utilisation de la conciliation. D'une part, la décision de concilier peut dépendre de l'étude juridique faite par le bureau juridique de l'entité et il n'existera pas nécessairement une discussion profonde sur chaque affaire car la décision sera celle que le chef juridique considèrera la meilleure, lorsqu'il sera le seul avocat à l'intérieur du *comité*. Il est clair qu'une personne qui n'est pas avocate mais qui doit prendre une décision juridique mais aussi assez spécialisée s'appuiera sur les connaissances d'un expert en la matière, c'est-à-dire l'avocat ou le membre qui peut ne pas être avocat mais possède une formation professionnelle ou une expérience professionnelle reconnue dans la matière particulière qui se discute.

D'autre part, les *Comités de defensa judicial y de conciliación* ne sont pas en général des instances spécialisées en droit, ni, en particulier, en mécanismes alternatifs de résolutions des conflits ; ils ont même des fonctions variées qui sont sans relation avec la résolution alternative des conflits³⁴⁰. En outre, les membres des *comités* ne sont pas experts pour proposer des formules d'arrangement conformes au préjudice subi par l'autre partie, c'est-à-dire justes, mais qui ne soient pas lésionnaires du patrimoine public ; la conciliation *Dragacol*, la conciliation *Commsa*, la Conciliation Conigravas, sont des exemples de conciliations lésionnaires du patrimoine public qui, dans les cas *Dragacol* et *Conigravas*, ont entraîné des responsabilités disciplinaires, pénales et fiscales pour les membres du Comité de Conciliation de l'entité publique participante. Dans le cas *Commsa*, il n'y a eu aucun procès de responsabilité contre les membres du Comité de l'INVIAS car le juge administratif a rejeté l'accord puisqu'il était lésionnaire du patrimoine public³⁴¹.

³⁴⁰ Comme par exemple dicter la politique de l'entité en matière de prévention du dommage anti juridique et en matière de défense juridique, décider sur l'utilisation de l'action récursoire, établir les critères exigés pour choisir les avocats de l'État, parmi d'autres. Voir l'article 19 du Décret 1716 du 2009.

³⁴¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 9 de diciembre de 2004. *Expediente Número 2792*.

119. Les *Comités de Defensa Judicial y de Conciliación* ont été créés, comme il a été déjà expliqué, pour protéger le patrimoine public et mettre fin à la grande méfiance produite autour de la conciliation étant donné la corruption existant en Colombie. Malgré le but recherché avec la création de ces *comités*, de nos jours une bonne partie d'entre eux s'est transformée en un grand obstacle pour le développement de la conciliation comme mécanisme alternatif de solution des conflits. Des faiblesses liées, cette fois, au fonctionnement des comités peuvent aussi être soulevées.

D'une part, les membres des entités publiques, suite à des conciliations frauduleuses comme les cas *Dragacol*, *Conigravas* et *Commsa* ont préféré adopter une politique de non conciliation pour éviter à l'avenir d'engager leur responsabilité. Par conséquent, face à des conciliations extrajudiciaires plusieurs *Comités de defensa judicial y de conciliación* ont adopté des politiques de non conciliation dans l'étape préjudicielle, prétextant l'absence de preuves pour fonder l'accord, mais sans faire une analyse profonde du cas soumis à leur connaissance. La décision de ne pas concilier se transformait en une simple politique déjà tracée par les membres du *comité* respectif. Face aux conciliations judiciaires, on prenait la décision de ne pas terminer le procès par une conciliation, car dans l'étape préjudicielle on avait disposé de ne pas le faire, sans qu'existe une analyse sur l'opportunité d'obtenir un accord et les fortes ou faibles probabilités de condamnation de l'entité publique³⁴².

³⁴² Expérience vécue en 2006 par Verónica Peláez G, comme participante sans vote mais avec parole, comme avocate de l'INVIAS en matière de Conciliation et Action Récursaire dans le Comité de conciliation de cet institut. La référence à l'INVIAS est importante car les conciliations vues comme exemples des accords conciliatoires lésionnaires du patrimoine public ont été signés par l'INVIAS. Sans oublier qu'en conformité avec les affirmations faites par le *Contralor Delegado de infraestructura* de Colombie, Nelson Izaciga à Verónica Peláez G. lors d'une conversation soutenue à la Contraloría General de la República, le 7 février 2012, l'INVIAS avec l'Institut National de Concessions (INCO) sont considérées comme des entités publiques à haut risque en matière fiscale et avec un haut risque d'être sujets passifs de demandes contentieuses. De plus, M. Izaciga a été le fonctionnaire public qui, en 2010, a averti l'INVIAS et le Ministère transport de cesser le paiement de la Conciliation Conigravas car elle constituait une nouvelle affaire de corruption en Colombie, comme le démontrait l'enquête menée par la *Contraloría General de la República*. M. Izaciga peut être contacté à ses courriels électroniques Izaciga@htomail.com et

Il faut mentionner un autre inconvénient : non seulement il a existé une politique de non conciliation, mais des retards se sont présentés au moment d'adopter une décision. Dans beaucoup de cas, on devait solliciter l'ajournement de l'audience de conciliation du fait que les membres du *comité* ne s'étaient pas réunis et n'avaient pris aucune décision par rapport à l'affaire³⁴³. Le mauvais fonctionnement des Comités a transformé la conciliation en un mécanisme inefficace ; au lieu de remplir l'un de ses buts, qui consiste à obtenir une solution rapide et opportune, la conciliation s'est muée en un mécanisme dont l'utilisation se traduit par un prolongement sans justification dans le temps. Cette situation est encore davantage aggravée à cause du manque d'esprit de conciliation chez les représentants des entités publiques³⁴⁴. Cela peut s'expliquer car les membres des *comités* ne sont pas bénéficiaires de leurs décisions qui puissent réduire des coûts économiques et sociaux³⁴⁵. Ils vont éviter voir leur responsabilité engagée³⁴⁶.

D'autre part, les décisions adoptées par les *comités* se caractérisent comme étant des décisions se limitant à des formules intransigeantes qui ne permettent pas qu'existe une véritable discussion entre les parties en conflit et empêchent le conciliateur de remplir ses fonctions. Les décisions du *comité* établissent des chiffres concrets et précis par rapport auxquels l'organisme décide de concilier, l'avocat qui représente l'entité publique étant obligé d'observer la décision du *comité*³⁴⁷. Au moment d'effectuer une audience de conciliation, on n'examine pas de formules d'ajustement ; l'autre partie ne

nizaciga@contraloriagen.gov.co et Veronica Peláez G. à son courriel électronique vpelaezco@yahoo.com

³⁴³ The World Bank, Memorias del proyecto "Fortalecimiento institucional del sistema de gestión de demandas legales", Bogotá : Agosto de 2010, p. 45.

³⁴⁴ Op. Cit., Expérience vécue par Verónica Pelaez G. *Comité de conciliation* de l'INVIAS-2006.

³⁴⁵ Shleifer Andrei (1998), "State versus Private Ownership", *The Journal of Economic Perspectives*, Vol.12 no 4. (Autumn).

³⁴⁶ Bandiera Oriana, Prat Andrea and Valletti Tommaso (2009), "Active and Passive Waste in Government Spending: Evidence from a Policy Experiment", *The American Economic Review*, Vol. 99, No. 4 (Sep., 2009).

³⁴⁷ The World Bank, Memorias del proyecto "Fortalecimiento institucional del sistema de gestión de demandas legales", Op. Cit., p. 43.

peut qu'accepter ou rejeter la formule proposée par l'entité étatique, laquelle sera toujours au-dessous de ses prétentions économiques, parfois dérisoire et non conforme avec le préjudice subi par la victime³⁴⁸. En outre, cette situation affecte la tâche du conciliateur car bien qu'il doive inciter les parties à concilier et proposer des formules d'ajustement, il est clair que face à une position institutionnelle qui établit toujours des valeurs précises, parfois dérisoires ou sans l'expertise nécessaire pour proposer des formules (valeurs) en rapport avec le préjudice subi par la victime, et sans les paramètres grâce auxquels l'avocat peut examiner des formules d'ajustement conformes à la contrepartie, la seule possibilité pour le conciliateur est de proposer une formule d'ajustement et de reporter l'audience tant que le *comité* de conciliation ne se prononce pas sur la nouvelle formule et détermine s'il décide ou non de concilier. Situation qui retarde encore davantage la solution au conflit.

120. Un changement est nécessaire face aux *Comités de defensa judicial y de conciliación* car des problèmes demeurent malgré les réformes normatives, et l'intervention des différentes instances comme la Présidence de la République et la *Procuraduría General de la Nación*. Cette dernière a dicté la circulaire N° 005 de 2009 selon laquelle l'entité publique doit garantir que les études juridiques sur la viabilité de la conciliation sont élaborées avec l'anticipation nécessaire par rapport à l'audience de conciliation pour que le *Comité de defensa judicial y de conciliación* dispose d'un temps suffisant pour prendre sa décision et respecter ainsi le principe d'efficacité.

³⁴⁸ Cette affirmation obéit à l'expérience de Verónica Pelaéz G dans le Comité de l'INVIAS mais aussi par Juan Carlos Peláez G, comme avocat de victimes de kidnapping ou enlèvements politiques des FARC. Cet avocat a raconté, dans un entretien avec Verónica Peláez G, le 16 janvier 2012 dans son cabinet d'avocats, sa mauvaise expérience des tentatives de conciliations extrajudiciaires vécues avec plusieurs entités publiques comme le ministère de Défense, le ministère de l'Intérieur, le Congrès de la République, l'Aéronautique civile, entre autres entités qui ont proposé des formules d'arrangements qui n'étaient pas en rapport avec le préjudice subi par la victime, formules la plupart du temps dérisoires, selon les mots de l'avocat Peláez, lorsque le représentant de l'entité publique a assisté à l'audience de conciliation, car plusieurs fois lors des audiences auxquelles il a participé, les représentants des entités publiques n'ont pas assisté et la conciliation a échoué. M. Peláez peut être contacté à son courriel électronique pelaezg@yahoo.fr.

Le *Procurador General de la Nación* signale que les *Comités de defensa judicial y de conciliación* et les représentants des organismes publics devront, au moment de prendre en considération la décision sur la viabilité ou non de la conciliation dans une affaire soumise à leur considération, prendre en compte le précédent jurisprudentiel et effectuer une étude rigoureuse de ce dernier. Ce qui précède permettra aux membres du *comité* de déterminer s'il existe de hautes probabilités de condamnation pour l'organisme public et si c'est le cas, ils devront adopter la décision de concilier³⁴⁹. En outre, le Nouveau code contentieux consacre dans ses articles 10 et 303 l'obligation pour les Comités de Conciliation d'appliquer les décisions d'unification lorsqu'ils décident de l'utilisation de la conciliation.

En outre, la *Procuraduría* indique que le *Comité de defensa judicial y de conciliación* pourra concilier dans les cas où il existe une identité dans les faits et qu'il existe une jurisprudence constante³⁵⁰. Le Ministère public signale même qu'il prendra les mesures disciplinaires nécessaires dans les cas où il serait démontré que les membres d'un *comité* auraient décidé de ne pas concilier sur une affaire en faisant valoir des raisons qui s'éloignent de l'intérêt général³⁵¹. La position du Ministère public cherche à éviter que les organismes publics, sans justification juridique et pour leur propre convenance, décident de ne pas utiliser la conciliation. Il est clair que ces décisions devront être motivées. Toutefois, seul le temps permettra d'indiquer des cas spécifiques de procédures disciplinaires engagées par le Ministère public contre les fonctionnaires qui intègrent de manière permanente les *comités* dans le cas où le *Comité* a été décidé de ne pas utiliser la conciliation quand il était juridiquement viable de le faire. En outre, la conciliation comme mécanisme alternatif fondé sur l'autonomie de la volonté des parties doit fonctionner parce que les parties elles-mêmes décident de l'utiliser, ce qui implique une véritable culture de la conciliation qui n'existe pas encore en Colombie. On ne croit pas que l'une des solutions pour

³⁴⁹ Decreto 1716 del 14 de mayo de 2009, "Por el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y el capítulo V de la Ley 640 de 2001", artículo 17.

³⁵⁰ Procuraduría General de la República, Circular N° 005 del 3 de febrero de 2009.

³⁵¹ Decreto 1716 de mayo 14 de 2009, "Por el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y el capítulo V de la Ley 640 de 2001", Diario Oficial N° 47349 del 14 de mayo de 2009, numeral 5°, artículo 19.

garantir l'efficacité de la conciliation soit la menace sur les membres des comités de procédures disciplinaires en cas de non conciliation. Il doit plutôt exister un système qui garantisse des études juridiques, économiques et financières sérieuses permettant de procéder à une analyse des coûts-bénéfice de l'utilisation de la conciliation dans chaque affaire, ainsi que de connaître la jurisprudence d'unification existante et le précédent jurisprudentiel pour établir plus facilement la haute probabilité de condamnation de l'entité publique. Cela n'existe pas actuellement.

Le Décret 1716 de 2009 réaffirme que la décision de concilier d'un *comité de defensa judicial y de conciliación* ne constitue pas un aménagement des dépenses publiques, ni ne donne naissance à des sanctions disciplinaires, fiscales ou à l'exercice de l'action récursoire³⁵². Cette disposition a pour but de faire perdre la peur de concilier aux membres des *comités*.

Cependant, il faut aller plus loin : un fonctionnaire public décide de ne pas concilier car il peut voir sa responsabilité engagée, mais il doit comprendre que sa décision de ne pas concilier sans fondement juridique, économique et technique peut aussi causer un dommage à l'État. Cependant, personne n'a vu sa responsabilité engagée pour ne pas avoir concilié. Le régime existant ne le permet pas.

Les travaux de recherches réalisées par le ministère de l'Intérieur et de la Justice confirment que les membres des *comités* considèrent qu'il n'existe pas de directives et de politiques pour l'utilisation de la conciliation, et pour les valeurs économiques à reconnaître. Les politiques existent mais pour ne pas concilier. Par exemple, en matière de réparation directe, des entités publiques comme l'INCO, l'INVIAS et la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios ont eu pour politique de ne pas concilier sur ces affaires. Cette situation montre qu'il existe une absence de culture conciliatoire, et que les fonctionnaires publics croient que concilier implique d'accepter la responsabilité, ce qui fait préférer le procès malgré les hautes

³⁵² Procuraduría General de la República, Circular N° 005 del 3 de febrero de 2009. Op. cit., n° 113, p. 147.

probabilités de condamnation³⁵³. En matière de droit du travail, les cas qui concernent CASUR et CREMIL, c'est-à-dire les entités responsables de reconnaître les prestations sociales des membres de la Police et des forces armées, ont eu pour politique de ne pas concilier sur les affaires qui arrivaient à leurs Comités de conciliation sur l'ajustement des pensions des militaires et des policiers sur la base de l'indice des prix du consommateur (IPC), même si 12.000 procès avaient été perdus par CASUR et 7.000 par CREMIL. Cependant la politique de non conciliation était conçue comme une politique de ces entités et la haute probabilité de condamnation n'était pas prise en compte par les *comités*³⁵⁴.

Finalement, le Décret 1716 de 2009 permet au conciliateur extrajudiciaire de citer exceptionnellement les membres du *comité* à l'audience de conciliation afin d'examiner les formules d'ajustement³⁵⁵. L'autorisation que le décret donne à l'agent du Ministère public permettra dans une certaine mesure d'accélérer la démarche conciliatoire, pourvu que le conciliateur fasse usage de cette faculté et que les membres y assistent, car il n'existe pas de conséquences juridiques établies en cas de non assistance. Au moins, on évitera une nouvelle réunion du *comité* pour examiner la formule d'ajustement proposée par le conciliateur ou par l'autre partie car, comme on l'a déjà expliqué, l'avocat ne peut pas engager l'organisme public dans une conciliation sans la décision du *comité*. En outre, le même décret stipule un délai de 15 jours pour adopter une position institutionnelle par rapport à la viabilité de la conciliation, délai qui doit être compté à partir de la présentation de la demande auprès de l'organisme³⁵⁶. Ce qui précède évite les retards injustifiés qui se présentaient au moment de prendre la décision, toutefois, la norme ne consacre pas

³⁵³ Ministerio del Interior y de Justicia, *Informe sobre la actividad conciliatoria de las entidades estatales-Segundo Semestre de 2009, Una aproximación a la eficacia e impacto de la conciliación como requisito de procedibilidad en lo administrativo*, Bogotá : enero de 2011, p.76.

³⁵⁴ Chiffres donnés par CASUR et CREMIL à l'Agence de Défense Juridique de l'État au mois de juillet 2012. L'absence de culture conciliatoire sur ces affaires est ratifié par le ministère de l'Intérieur et de Justice dans l'*Informe sobre la actividad conciliatoria de las entidades estatales-Segundo Semestre de 2009*, p. 77. Voir *Infra*, Table n° 1, p.326.

³⁵⁵ *Idem*.

³⁵⁶ Decreto 1716 del 14 de mayo de 2009, "Por el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y el capítulo V de la Ley 640 de 2001", publicado en el *Diario Oficial N° 47349 del 14 de mayo de 2009*, numeral 2°, artículo 9.

une sanction pour les membres d'un *comité* qui ne respectent pas ce terme au moment de décider d'utiliser ou non le mécanisme de la conciliation. Il est possible que cette disposition reste lettre morte et que les retards injustifiés dans la prise de décisions continuent à se présenter ; seul le temps permettra de démontrer les véritables résultats de la disposition normative.

121. Il existe donc tout un mouvement tendant au développement de la conciliation. Toutefois, son efficacité reste très discutable. Il est clair que les *comités de defensa judicial y de conciliación* des entités publiques ont un rôle primordial dans l'efficience et l'efficacité de la conciliation, rôle qui doit être contrôlé pour éviter que les normes ne restent lettre morte.

Mais au-delà de ce qui précède, d'autres inquiétudes demeurent au sujet de ces *Comités*. Nous considérons qu'ils sont loin d'être de véritables instances ayant en mains le bon développement de la conciliation. On insiste sur la nécessité ou d'une restructuration des *comités*, en garantissant que leurs membres connaissent le droit en général, les mécanismes alternatifs de résolution de conflits, leur déontologie, leur raison d'être et, en général, qu'ils aient la formation juridique, financière et technique nécessaire pour prendre ce type de décisions ou réfléchir sur la création d'une nouvelle instance qui serait spécialisée dans des mécanismes alternatifs de résolution des conflits et consacrée exclusivement à l'étude des cas, extérieur à l'entité publique mais habilité pour faire cette étude et la présenter au *comité* de l'entité. Instance intégrée par des personnes formées aux mécanismes alternatifs de résolution des conflits et juridiquement et financièrement compétentes, c'est-à-dire avocats et experts en finances et taxation du préjudice, qui devront disposer et compter avec l'appui du secteur respectif et spécialisé (de l'entité) qui connaisse les aspects techniques que comporte la décision de chaque affaire.

Ainsi, il faut renforcer l'organisation des *Comités* de conciliation, pour qu'il existe au moins un avocat, un économiste, une personne de l'entité qui connaisse les aspects techniques du cas, le représentant légal de l'organisme et l'ordonnateur de la dépense publique. Tous devront prendre part aux décisions mais devront s'abstenir et n'émettre aucun avis dès lors qu'ils auront un intérêt particulier dans l'affaire qui se décide. Mais il peut aussi être créé une instance spécialisée qui procédera à

l'étude de l'affaire, mais la décision devra revenir au *comité*. En dernier lieu, L'Agence de Défense Juridique de l'État pourra éventuellement émettre un avis ou apporter un support juridique, financier ou technique dans certaines affaires en donnant davantage de garanties sur les politiques de conciliation appliquées et aider à trouver des solutions rapides et efficaces dans certaines affaires³⁵⁷. Cependant tout cela impose des réformes normatives, des directrices spécifiques dans des matières qui n'existent pas actuellement.

122. On propose aussi la création d'un Comité sectoriel mais sans la suppression des comités existants mais avec les modifications proposées³⁵⁸. Ce comité connaîtra de certaines affaires en raison de leur complexité, de leur importance nationale ou juridique, de leur valeur, de leurs conséquences économiques ou en raison de condamnations existantes et réitérées et pour la nécessité de formuler la politique publique du secteur administratif en matière de prévention du dommage juridique et de défense juridique.

L'Agence de Défense Juridique pourra servir de moyen de communication entre l'entité publique et le Comité sectoriel.³⁵⁹ Lorsqu'une entité publique d'un secteur souhaitera qu'une affaire soit connue du Comité sectoriel, elle devra demander à l'Agence, dans un document écrit, l'intervention du *comité*, en exposant le cas et les raisons qui justifient cette intervention. L'Agence pourra toujours demander au comité son intervention pour qu'il connaisse et décide de l'utilisation de la conciliation dans certaines affaires lorsque les critères établis seront accomplis, même lorsqu'il n'existera pas de demande d'une entité publique. Dans les deux cas décrits, les *comités* de chaque entité devront continuer à effectuer une analyse préalable de chaque affaire et

³⁵⁷ Decreto 4085 del 1 de noviembre de 2011, "Por el cual se establecen los objetivos y la estructura de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, Diario Oficial N°48240 del 1° de Noviembre de 2011, artículos, 3], 6, 17, 18.

³⁵⁸ On comprend pour Secteur, la partie de l'administration publique composée pour le Ministère, le Département Administratif et les entités adscrites ou vinculées à un Ministère ou à une Département administratif. (Voir la Ley 489 de 1998, artículo 42).

³⁵⁹ Le fonctionnement des comités sectoriels trouve son fondement juridique dans le principe de coordination consacré dans l'article 6 de la Loi 489 de 1998, ainsi que dans les principes de la fonction administrative consacrée dans l'article 209 de la Constitution comme la célérité, l'efficacité, l'efficacé, parmi d'autres.

apporter les preuves existantes afin que le Comité sectoriel étudie et décide si l'affaire se concilie ou pas et établisse la formule d'arrangement.

Le comité sectoriel sera composé du Ministre de finances ou de son délégué qui sera le vice-ministre, du Ministre tête du secteur ou de son délégué qui sera le vice-ministre, du Représentant légal de l'entité publique qui fait partie du secteur, du Directeur de l'Agence de défense juridique de l'État ou de son délégué et de l'Agent du Ministère public compétent. La décision du comité sera obligatoire pour l'entité publique et spécifiquement pour l'avocat qui détiendra le mandat pour la représenter dans l'audience de conciliation.

123. Finalement, on ne doit pas oublier la nécessité de reformuler la tâche du *Comité de defensa judicial y de conciliación*. Sa décision doit être favorable ou défavorable à la conciliation ; dans le premier cas, l'entité publique doit absolument obtenir une conciliation car en conformité avec l'étude juridique réalisée, les preuves existantes et les cas semblables où l'organisme a été condamné, et l'analyse de coûts-bénéfice, il est juridiquement possible et convenable de concilier. Pour l'entité publique il vaut mieux concilier plutôt que d'attendre un processus qui se terminera par une décision de condamnation contre elle. Par conséquent, l'organisme public doit toujours proposer des formules d'ajustement justes et cohérentes avec les faits et les preuves apportées et avec les condamnations déjà imposées. Ce qui précède démontre la nécessité de conjuguer le droit et l'équité pour obtenir des accords justes. Il est alors nécessaire de remettre en question les formules intransigeantes utilisées par les *comités*, ainsi que leur croyance qu'il est juste d'offrir moins et de concilier pour moins que ce que les preuves permettent de démontrer et de ce qu'espère l'autre partie. De cette façon, il n'y a pas de justice ; un organisme public peut reconnaître tout ce qui est demandé par sa contrepartie ; la conciliation ne peut être vue comme un mécanisme servant uniquement à ce que l'organisme public reconnaisse une valeur inférieure à ce qui est sollicité. La conciliation ne vise pas seulement une économie d'argent. L'existence de concessions mutuelles entre les parties peut aboutir à ce qu'une conciliation soit plus ou moins avantageuse pour l'une des parties mais dans le cadre d'un accord juste. Il est nécessaire que l'organisme public soit dépouillé de sa condition de sujet supérieur et de l'affirmation erronée selon laquelle « un organisme public ne peut pas être obligé à payer une

somme qu'il ne doit pas » et que pour cette raison l'entité publique doit reconnaître toujours moins que la valeur des prétentions de l'autre partie.³⁶⁰.

³⁶⁰ Decreto 1716 del 14 de mayo de 2009, "*Por el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y el capítulo V de la Ley 640 de 2001*", publicado en el Diario Oficial N° 47349 del 14 de mayo de 2009, artículo 18.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

124. Comme il a été montré dans les lignes précédentes, il a existé et il existe actuellement tout un mouvement pour faire de la conciliation en droit administratif un mécanisme efficace. Toutefois, son efficacité est encore perçue comme discutable. La conciliation est devenue un mécanisme très réglementé, parfois mal compris et manquant de souplesse. Les vides juridiques continuent et bien qu'on parle d'un objet de la conciliation limité par loi, les questionnements subsistent. En 1995, par exemple, la conciliation était utilisée efficacement pour résoudre les différends propres aux relations contractuelles qui n'avaient pas été conclues légalement en raison de l'absence de poste budgétaire ou de document contractuel supportant le service réalisé. C'est-à-dire qu'elle a été utilisée pour reconnaître et régulariser les *hechos cumplidos*. A l'époque, elle était bien accueillie, mais avec le temps les *hechos cumplidos* qui ne devaient être que l'exception sont devenus la règle ; la conciliation est alors devenue une façon d'échapper aux règles propres à l'activité contractuelle de l'État et a été utilisée pour détourner de l'argent de l'administration et affectée par la corruption. Alors qu'elle devait permettre un assouplissement de la procédure de conciliation, elle est au contraire devenue compliquée, même aujourd'hui. Cela sans oublier que le mécanisme n'est pas bien compris par les intervenants. La Loi 1285 de 2009 et le Décret 1716 de 2009 centrent l'efficacité de la conciliation sur la tâche qu'effectuent les *Comités de Defensa Judicial y de conciliación* des organismes publics ou des entités publiques. Mais comme on l'explique dans la première partie de ce travail de thèse, les *Comités* continuent sans garantir un fonctionnement en accord avec les nécessités d'utilisation de la conciliation. Une analyse juridique et sérieuse de l'origine de la conciliation, pour chaque affaire soumise à sa considération, devra être faite et il sera nécessaire de dépasser les formules d'arrangement utilisées par ces *Comités* jusqu'à aujourd'hui. Sans oublier l'importance du conciliateur qui doit jouer un rôle actif pendant le développement de l'audience de conciliation. Il doit proposer des formules d'ajustement et inciter les membres du *Comité de Defensa Judicial y*

deconciliación à reconsidérer leur décision afin d'obtenir un accord juste pour les parties.

Les intervenants n'ont pas compris son rôle et le but du mécanisme. Cependant, on ne peut oublier que la conciliation permet aux parties de parvenir plus rapidement à un accord et d'économiser de l'argent ; mais dans le cas de la Colombie elle reste soumise à des facteurs externes au mécanisme lui-même qui ont affecté son développement et son efficacité en raison des particularités de la société colombienne.

DEUXIÈME PARTIE

LE RÉGIME DE LA CONCILIATION

125. Si on analyse le développement qui a été donné jusqu'à présent à la conciliation en droit administratif colombien, il est clair qu'on est face à un mécanisme autorisé constitutionnellement et développé par la loi et par le règlement. Toutefois, et malgré l'organisation tant normative qu'institutionnelle de ce mécanisme, nous considérons qu'il n'est pas efficace, non seulement pour les raisons analysées et démontrées dans la première partie de cette thèse, mais aussi parce qu'il est soumis à une série de particularités qui l'enferment dans un formalisme, parfois excessif, qui dépasse la nature d'un mécanisme alternatif de solution des conflits.

Ainsi, la conciliation en droit administratif colombien doit toujours s'effectuer par l'intermédiaire d'un avocat ; la demande de conciliation, les conditions que celle-ci doit remplir, les règles de procédure face à l'utilisation du mécanisme sont réglés par la normativité en vigueur, sans oublier que la conciliation extrajudiciaire en droit administratif est considérée actuellement comme un préalable obligatoire de certaines prétentions qui doit être épuisé pour pouvoir accéder à la juridiction contentieuse administrative (**TITRE I**). En outre, l'autonomie de la volonté des parties va à l'encontre de l'efficacité de l'accord obtenu car l'approbation du juge administratif sera toujours requise pour qu'il produise des effets juridiques ; sans cette approbation, l'accord conciliatoire n'a pas d'effets juridiques. (**TITRE II**).

TITRE I

UNE PROCÉDURE LOURDE

126. La conciliation comme mécanisme alternatif de solution de conflits cherche en principe à résoudre les conflits de manière rapide et efficace, à déraciner le conflit et à laisser aux parties la possibilité de résoudre elles-mêmes leurs différends. Cela implique, en principe, d'avoir un mécanisme qui repose sur la souplesse et sur la volonté des parties ; toutefois, en droit administratif colombien ce mécanisme est loin d'être une procédure informelle et volontaire car le préalable obligatoire de conciliation existe (**Chapitre I**). En outre, toute la procédure de conciliation est réglée par la loi, parfois avec les exigences propres à un procès judiciaire. (**Chapitre II**). Les formalités sont présentes dans toute la procédure de conciliation et l'omission de certaines d'entre-elles entraîne nécessairement l'inefficacité de l'accord ou l'impossibilité d'accéder à la juridiction quand on se trouvera face à l'épuisement de la conciliation comme préalable obligatoire (**Chapitre III**).

Chapitre I

L'exigence du préalable obligatoire de conciliation

127. Le préalable obligatoire de conciliation en Colombie a été considéré comme compatible avec la normativité en vigueur (*Section 1.*). Cependant, une analyse plus approfondie permet de démontrer qu'il s'adapte mal au droit en vigueur et qu'il est soumis aux spécificités colombiennes (*Section 2.*)

*Section 1. La conformité à la Constitution du préalable obligatoire de conciliation*³⁶¹.

128. La conciliation reste en rapport avec le droit procédural, celui-ci compris comme l'ensemble de normes juridiques qui règle la manière dont l'État exerce la fonction juridictionnelle, directement ou par le biais d'institutions juridiques créées pour cela. Il comprend également la procédure, les étapes et les formalités qui doivent être observées pour la solution d'un conflit³⁶². En Colombie, la relation conciliation-droit de procédure se reflète dans l'existence d'un ensemble de normes qui autorisent la conciliation avant l'existence d'un processus ou dans son

³⁶¹ J.R JUNCO VARGAS, *La Conciliación aspectos sustanciales y procesales*, Bogota : Temis, Cuarta Edición, 2002, p. 162. Un préalable obligatoire de procédure est une condition indispensable que la loi établit pour qu'un acte de procédure déterminé soit recevable, en conformité avec sa nature. Si cette condition n'est pas respectée, l'acte n'accède pas à la vie juridique, ou il naît vicié, ou le cours de la procédure exigée par la loi est rompu. Il existe des préalables de procédure pour l'action, pour les prétentions, pour prononcer une sentence et pour la validité de la procédure et du processus.

³⁶² Cet aspect ponctuel sera développé plus en profondeur dans la seconde partie de la thèse dans le chapitre consacré à l'homologation par le juge administratif de l'accord conciliatoire.

déroulement, qui indiquent toute la démarche qu'il doit suivre et les effets juridiques qui résultent de l'utilisation de la conciliation. La démarche conciliatoire, les formalités qui entourent la conciliation et leur utilisation sont aussi réglées par la loi. On est face à une démarche d'ordre public et par conséquent d'accomplissement obligatoire qui ne peut être éludé par les parties, ou par qui souhaite utiliser la conciliation ou y prendre part. C'est-à-dire qu'elle ne peut pas être laissée de côté par qui souhaite obtenir une solution rapide, efficace et économique à ses conflits, en dessaisissant le juge administratif ou en mettant fin au processus déjà en cours.

129. Il convient d'analyser une particularité de la conciliation en Colombie, à savoir la conciliation extrajudiciaire comme préalable obligatoire pour aller auprès du juge administratif. Ainsi, l'article 13 de la Loi 1285 de 2009 a établi l'épuisement de la conciliation extrajudiciaire comme obligatoire, quand il s'agira de l'exercice de la prétention de nullité et de rétablissement du droit, contractuelle et de réparation directe³⁶³, et si l'affaire admet la conciliation. Cependant, il n'est pas obligatoire cette exigence lorsque le requérant demande de mesures conservatoires économiques et il soit une entité publique³⁶⁴.

Suite à la décision C-893 de 2001 de la Cour constitutionnelle, les conciliations extrajudiciaires en matière administrative ne peuvent être réalisées qu'auprès de l'agent du Ministère public. Cela constitue selon la Cour constitutionnelle une garantie pour la protection de la légalité et du patrimoine de l'administration. En outre, la Cour constitutionnelle, s'est prononcée sur le fait qu'en matière administrative on ne peut procéder à la conciliation qu'auprès de l'agent du Ministère public. Pour la Cour constitutionnelle cette situation n'est pas contraire au droit d'accéder à l'administration de la justice. La Haute Cour savait qu'en 2001 il n'existait pas, en Colombie, suffisamment de fonctionnaires du Ministère public pour agir en tant que conciliateurs en matière administrative, en raison du nombre

³⁶³ J.R. JUNCO VARGAS, *La conciliación aspectos sustanciales y procesales*, Bogota, Temis, Cuarta Edición, 2002, p. 161.

³⁶⁴ Ley 1564 de 2012, « *Por medio de la cual se expide el Código general del proceso* », artículo 613.

tellement important d'affaires à résoudre. Toutefois, la même Loi 640 de 2001 consacrait une condition dans son article 42 pour que la conciliation comme préalable obligatoire fût exigée. Par conséquent, la conciliation comme préalable obligatoire serait exigée quand le nombre de conciliateurs serait suffisant pour répondre à la demande de justice projetée par le législateur. C'est-à-dire qu'un nombre de conciliateurs équivalent à 2% du nombre total de processus annuels reçus par le juge de chaque secteur judiciaire était nécessaire³⁶⁵. Dans les termes de la Cour constitutionnelle, la condition précédente garantissait le respect du droit d'accéder à la justice³⁶⁶. Mais la réforme introduite par la Loi 1285 de 2009 établit sans aucune condition la conciliation comme préalable obligatoire en droit administratif³⁶⁷.

130. Si les antécédents de la conciliation sont analysés comme préalable obligatoire de l'action en Colombie, il faut affirmer que la conciliation comme préalable obligatoire en Colombie naît tout d'abord dans le cadre du droit du travail. Elle apparaît avec le Décret 2158 de 1948, adopté comme législation permanente par le Décret 4133 de 1948, par lequel naît le Code de procédure du travail dans lequel elle n'a pas été conçue comme préalable obligatoire. Mais avec la Loi 23 de 1991, on l'a considérée comme telle³⁶⁸. Toutefois, l'article 22 de cette loi n'est pas entré en vigueur car le décret qui prétendait modifier la structure du ministère du

³⁶⁵ Loi 640 de 2001, op. cit., *Supra*, Article 23 : « Les conciliations extrajudiciaires en matière de ce qui est employé de bureau litigieux ne pourront seulement être menées que devant les agents du Ministère public assignés à cette juridiction ».

³⁶⁶ Pour sa part, le ministère de la Justice et du Droit a rendu plusieurs avis sur la matière dont les N° 5969, 8034, 10673 des 1^{er} août 2002, 9 juin 2003 et 20 avril 2004, respectivement. Dans ces concepts il a manifesté que « Les conciliations extrajudiciaires en droit administratif ne pourront être réalisées que devant les agents du Ministère public assignés à cette juridiction. Conformément à ce qui précède un Centre de conciliation n'est pas compétent pour instruire des cas de droit administratif ».

³⁶⁷ Corte Constitucional, Sala Plena, *Sentencia C-1195 del 15 noviembre de 2001*, Op.Cit.

³⁶⁸ Ley 23 de 1991, *“Por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los Despachos Judiciales, y se dictan otras disposiciones”*, Diario Oficial N° 39752, 21 de marzo de 1991, artículo 22 : « Il sera obligatoire d'aller auprès des Autorités Administratives du Travail pour tenter un accord conciliatoire, comme préalable obligatoire pour exercer des actions ordinaires auprès de la juridiction du travail ». Traduction au français par Verónica Peláez G. (Texte en espagnol: *“Será obligatorio acudir ante la Autoridades Administrativas del Trabajo con el fin de intentar un arreglo conciliatorio, como requisito de procedibilidad para ejercer acciones ordinarias ante la Jurisdicción Laboral”*).

Travail et de la Sécurité Sociale pour garantir le fonctionnement adéquat du système de conciliation obligatoire n'a jamais été adoptée. Cependant, l'article 68 de la Loi 446 de 1998 a reproduit postérieurement le texte de l'article 22 de la Loi 23 de 1991³⁶⁹ et les débats se sont alors centrés sur le point de définir si le préalable obligatoire de la conciliation violait le droit au procès équitable et au libre accès au juge. Ainsi, à l'époque, la Cour constitutionnelle a déclaré inconstitutionnels les articles 68, 82, 85 et 87 de la Loi 446 de 1998. Elle a fondé leur inconstitutionnalité sur le fait que n'existaient pas alors les éléments minimaux pour que la conciliation comme préalable obligatoire en matière de droit du travail ne soit pas contraire au droit d'accès au juge. L'absence de ces éléments empêche le citoyen d'avoir la certitude et la sécurité juridique pour apporter une solution à son conflit d'une manière appropriée et rapide³⁷⁰.

Ultérieurement, la Loi 640 de 2001, a repris ce qui est relatif à la conciliation comme préalable obligatoire ; elle le règle pour toutes les matières telles que les matières civile, de la famille, du travail et du contentieux administratif, étant précisé qu'en matière de droit du travail elle a été déclarée inconstitutionnelle par la Cour constitutionnelle, car la conciliation doit reposer sur la volonté des parties et le

³⁶⁹ Ley 446 de 1998, "*Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia*", Diario Oficial No. 43.345, de 23 de julio de 1998, "*Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de procedimiento civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991*", artículo 68: « La conciliation est un préalable obligatoire pour aller devant la juridiction dans les affaires du travail ». Traduction au français par Verónica Peláez G. (Texte en espagnol: "*La conciliación es requisito de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción en asuntos laborales*"). Ley 1285 del 22 de enero de 2009, "*Por medio de la cual se reforma la ley 270 de 1996*", Diario Oficial N° 47240 del 22 de enero de 2009, artículo 13 : « [...] À partir de l'entrée en vigueur de cette loi, quand les affaires seront conciliables, ce qui constituera toujours un préalable obligatoire pour les actions prévues dans les articles 85, 86 et 87 du Code contentieux administratif ou les normes qui le remplacent, pour poursuivre la procédure de la conciliation extrajudiciaire. Traduction au français par Verónica Peláez G. (Texte en espagnol: "*[...] A partir de la vigencia de esta ley, cuando los asuntos sean conciliables, siempre constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan, el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial*1").

³⁷⁰ Corte Constitucional, *Sentencia C-160 del 25 de marzo de 1999*, Expediente Número D-2155, M.P. : Antonio Barrera Carbonell, Op. cit.

préalable obligatoire méconnaît le droit d'accéder librement au juge. Il existe en outre la limitation de concilier sur des droits certains et indiscutables. Par conséquent, actuellement la conciliation comme préalable obligatoire n'opère qu'en matière civile, de famille et en matière contentieuse administrative³⁷¹.

³⁷¹ Corte Constitucional, Sala Plena, *Sentencia C-893 del 22 de agosto de 2001*, Expediente Número D-3399, M.P. : Clara Inés Vargas : « La conciliation comme préalable obligatoire en matière de travail est inconstitutionnelle « puisque vu la nature volontaire des mécanismes alternatifs de solution de conflits en général, et de la conciliation en droit du travail, en particulier, le législateur ne pouvait pas l'établir comme préalable obligatoire pour aller auprès de la juridiction du travail, parce qu'en le faisant il méconnaît le droit des particuliers d'accéder librement au juge pour solliciter la tutelle judiciaire effective de ses droits. En effet, l'article 35 de la Loi 640 de 2001 en disposant que dans les affaires susceptibles d'être conciliées, entre autres en matière du travail, on doit avoir utilisé la conciliation pour que la demande judiciaire soit admissible, soumette la possibilité d'aller à la juridiction à une condition qui ne s'avère pas valable à la lumière de la Constitution, dans la mesure où l'obligation d'utiliser une conciliation obstrue la liberté d'accéder à l'administration de la justice (art. 229 C.P.). En ce qui concerne la conciliation comme préalable obligatoire de l'action en droit du travail, la norme contrevient ouvertement au principe constitutionnel contenu à l'article 53 de la charte, selon lequel il revient à la Loi de tenir compte de la faculté des travailleurs pour transiger et concilier sur des droits incertains et discutables, laquelle est touchée quand on exigera du particulier d'aller à la conciliation comme condition préalable à la présentation de la demande. [En outre], on peut affirmer l'inconstitutionnalité du préalable obligatoire dans les affaires du travail puisqu'il est contraire à l'ensemble des dispositions supérieures qui attribue au travail la condition de droit fondamental et impose à l'État, le devoir de lui offrir une protection spéciale. Bien que ce qui a été dit mette précédemment en évidence l'inconstitutionnalité des dispositions qui sont examinées, il existe une autre raison qui renforce sa contradiction avec les normes d'un ordre supérieur : en prévoyant la Loi 640 de 200[1] la conciliation dans tous les processus ordinaires du travail comme préalable obligatoire, c'est-à-dire, avant la présentation de la demande, ne consulte pas la norme supérieure qui distingue entre des droits incertains ou discutables. En effet, la prévision contenue dans les dispositions qui sont examinées implique que même si le travailleur a la certitude que l'assiste un droit indiscutable et certain, et que ce droit ait réellement un tel caractère, il ne peut pas directement l'exercer sans s'être soumis au préalable obligatoire et, ce qui, sans doute, constitue non seulement un retard inexplicable mais aussi un contresens constitutionnellement inadmissible [...] ». Traduction au français par Verónica Peláez G. (Texte en espagnol : «*El requisito de procedibilidad en materia laboral es inconstitucional “ puesto que dada la naturaleza voluntaria de los mecanismos alternativos de solución de conflictos en general, y de la conciliación laboral, en particular, el legislador no podía establecerla como un requisito obligatorio de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción laboral, además porque al hacerlo desconoce el derecho de los particulares de acceder libremente a la administración de justicia para solicitar la tutela judicial efectiva de sus derechos. En efecto, el artículo 35 de la Ley 640 de 2001 al disponer que en los asuntos susceptibles de ser conciliados, entre otros en materia laboral, debe haberse intentado el arreglo conciliatorio para que la demanda judicial sea admisible, somete la posibilidad de acudir a la jurisdicción a una condición que no resulta válida a la luz de la Carta en la medida en que la obligación de un arreglo conciliatorio obstruye la libertad de acceder a la administración de justicia (art. 229 C.P.). En lo que se refiere a la conciliación como requisito de procedibilidad de la acción laboral, la norma quebranta*»

131. Il faut, en tout cas, se demander si le préalable obligatoire de conciliation en droit administratif reste compatible avec le droit d'accéder au juge. Si oui, une telle restriction est-elle conforme à la Constitution ? Tout d'abord, le droit d'accéder aux tribunaux ne signifie pas que tous les conflits doivent être résolus par les juges puisque la Constitution, dans son article 116, autorise l'utilisation d'autres mécanismes alternatifs comme, par exemple, la conciliation et l'arbitrage. Le législateur a compétence pour les modifier et pour établir des formes de résolution des conflits distinctes de la justice formelle³⁷².

L'utilisation de mécanismes alternatifs ne signifie ni la substitution totale à la juridiction étatique, ni le renoncement de l'État à sa fonction de rendre la justice. Ainsi, la faculté du législateur pour établir des mécanismes alternatifs n'est pas une rupture pour l'unité de la juridiction, pas même une délégation de la fonction de rendre la justice. Ces mécanismes constituent simplement une option négociée pour résoudre les conflits que peuvent choisir les administrés³⁷³. Le droit d'accéder aux tribunaux n'est pas un droit absolu, il peut être restreint. Mais pour la Cour Constitutionnelle, les limitations à ce droit doivent être en accord avec les dispositions constitutionnelles. Dans le cas du préalable obligatoire de conciliation,

abiertamente el principio constitucional contenido en el artículo 53 de la Carta, según el cual, corresponde a la Ley tener en cuenta la facultad de los trabajadores para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles, la cual se ve afectada cuando se exige al particular acudir a la conciliación como requisito previo a la presentación de la demanda. [Además] [d]esde otro ángulo de análisis puede afirmarse que la inconstitucionalidad del requisito de procedibilidad en asuntos laborales es contrario al conjunto de disposiciones superiores que le atribuyen al trabajo la condición de derecho fundamental y le imponen al Estado el deber de brindarle especial protección. Aunque lo dicho anteriormente pone en evidencia la inconstitucionalidad de las disposiciones que se examinan, existe otra razón que corrobora su contradicción con los dictados superiores: al prever la Ley 640 de 2000 la conciliación obligatoria judicial en todos los procesos ordinarios del trabajo como requisito de procedibilidad, esto es, antes de la presentación de la demanda, no se consulta la norma superior que distingue entre derechos inciertos o discutibles para efectos de acudir a este medio de solución de controversias. En efecto, la previsión contenida en las disposiciones que se revisan implica que aún cuando el trabajador tenga la certeza de que le asiste un derecho indiscutible y cierto, y realmente ese derecho tenga tal carácter, no lo puede ejercitar directamente sin antes haberse sometido al procedimiento conciliatorio previo y obligatorio, lo cual, sin duda, constituye no sólo una dilación inexplicable sino también un contrasentido constitucionalmente inadmisibles [...]."

³⁷² Corte Constitucional, Sala Plena, *Sentencia C-1195 del 15 noviembre de 2001*. Op.cit.

³⁷³ Corte Constitucional, *Sentencia C-160 del 25 de marzo de 1999*, Expediente Número D-2155, M.P. : Antonio Barrera Carbonell, Op. cit.

la limitation imposée n'est que temporaire. Les parties doivent simplement attendre la date fixée pour le déroulement de l'audience de conciliation mais elles ne sont pas obligées de parvenir à un accord. Cela signifie que la limite imposée à ce droit est constitutionnelle. De plus, le préalable obligatoire de conciliation n'est pas contraire au caractère consensuel de la conciliation car il n'existe pas l'obligation pour les parties de parvenir à un accord. L'existence d'une telle obligation serait inconstitutionnelle selon la Cour, puisqu'elle constituerait un obstacle pour accéder à la juridiction contentieuse administrative. Ainsi pour la Cour Constitutionnelle, l'intention du législateur était d'inciter les parties à trouver un accord avant de recourir à la juridiction contentieuse administrative. Si les parties ne s'accordent pas, elles peuvent aller auprès du juge administratif³⁷⁴. Le préalable obligatoire de conciliation est une limitation raisonnable au droit d'accéder à l'administration de la justice, aux tribunaux et reste donc conforme à la Constitution. Le préalable obligatoire est inconstitutionnel en droit du travail mais en droit administratif il est considéré conforme à la Constitution³⁷⁵. Cependant certaines critiques peuvent être faites.

Section 2. La remise en cause de la conformité à la Constitution du préalable obligatoire de conciliation.

132. La Cour constitutionnelle colombienne avait énoncé dès 1999 les exigences quant au préalable obligatoire de conciliation en droit du travail, exigences applicables à tous les domaines. Selon la Cour, il faut compter avec les moyens matériels et personnels suffisants pour instruire et mettre fin aux conflits portés à sa connaissance. Il faut savoir quelles affaires peuvent être soumises à un processus de conciliation. Il est nécessaire de déterminer si la *via gubernativa* entend se substituer ou non au préalable obligatoire de conciliation³⁷⁶. La Cour

³⁷⁴ Corte Constitucional, *Sentencia C-1195 del 15 de noviembre de 2001*, Op.cit.

³⁷⁵ *Idem*

³⁷⁶ En droit administratif colombien, il existait la *via gubernativa*. Cela signifie que face à un acte administratif de caractère particulier, la personne affectée doit aller auprès de l'entité publique qui a émis la décision pour qu'elle la modifie, la confirme ou la révoque. Cette procédure est obligatoire pour pouvoir recourir au juge administratif. La *via gubernativa* est connue en France comme la règle de la Décision Préalable. Avec Le Nouveau code, on ne

considère que la demande de conciliation doit interrompre la prescription de l'action et qu'il faut donc établir un délai pendant lequel les parties peuvent tenter une conciliation³⁷⁷. La Cour admet le préalable obligatoire de conciliation seulement si sa normativité ou sa régulation contient et respecte les exigences vues précédemment. Elles constituent les éléments minimums permettant de garantir le respect du droit d'accéder à l'administration de la justice et la conformité du préalable obligatoire de conciliation avec la Constitution.

133. Si on analyse les éléments minimaux indiqués par la Cour constitutionnelle depuis l'année 1999, il est clair qu'en droit administratif les moyens matériels et le personnel nécessaire pour traiter des affaires en cette matière n'étaient pas suffisants. Le nombre de conciliateurs était très insuffisant pour pouvoir garantir le droit d'accès à la justice. On pourrait penser, dès lors, que l'entrée en vigueur de ce préalable obligatoire en matière administrative sans la capacité de répondre aux exigences indiquées par la Cour constitutionnelle, en 1999, aurait constitué une violation du droit d'accès à l'administration de la justice. Le *Procurador General de la Nación* lui-même, lors de l'analyse de constitutionnalité de la Loi 1285 de 2009 par la Cour Constitutionnelle colombienne, a demandé à la Cour Constitutionnelle déclarer l'inconstitutionnalité de l'article 13 de cette loi, le considérant contraire aux articles 277 et 278 de la Constitution. Selon lui, le projet de loi n'avait pas tenu compte de l'absence des conditions matérielles nécessaires pour que le Ministère public puisse agir comme seul conciliateur en contentieux administratif en raison d'un nombre insuffisant de fonctionnaires pour remplir ce rôle³⁷⁸. Cependant, la Cour Constitutionnelle a déclaré conforme à la Constitution le préalable obligatoire de conciliation en Contentieux administratif en exerçant le contrôle préalable de constitutionnalité sur la Loi 1285 du 22 janvier 2009³⁷⁹.

parle plus de *vía gubernativa* sinon des recours administratifs mais la finalité et les exigences sont les mêmes.

³⁷⁷ Corte Constitucional, *Sentencia C- 160 del 17 de marzo de 1999*, Expediente Número D-2155, M.P. : Antonio Barrera Carbonell. Op. cit.

³⁷⁸ Corte Constitucional, Sala Plena, *Sentencia C-713 del 15 de julio de 2008*, M.P. : Clara Inés Vargas. Op. cit.

³⁷⁹ *Idem*

134. Des réformes normatives ont été faites pour faire face au nombre insuffisant de conciliateurs extrajudiciaires en droit administratif. On n'est pas sans ignorer que les diverses instances de l'État ont essayé de résoudre le problème évoqué. Ainsi, la *Procuraduría General de la Nación* a dicté la Résolution 48 du 25 février 2009, par laquelle elle a cherché à répondre au mieux à sa fonction de traiter des demandes de conciliation comme préalable obligatoire en droit administratif. Jusqu'à l'expédition de cette résolution, il lui revenait d'agir comme conciliateur extrajudiciaire dans les affaires de la compétence du juge administratif dont traitent les articles 70 de la Loi de 446 de 1998 et 23 de la Loi 640 de 2001³⁸⁰, et aux *Procuradores Judiciales II* quant aux affaires administratives relevant de la juridiction administrative dans la capitale de chaque département³⁸¹. Par conséquent, en 2009, pour répondre à la tâche d'agir comme seule instance conciliatoire extrajudiciaire en droit administratif et face à l'existence du préalable obligatoire pour pouvoir aller au près du juge administratif en utilisant les actions consacrées dans les articles 85, 86 et 87 du Code contentieux administratif antérieur, ou les prétentions consacrés dans les articles 138, 140 et 141, la Résolution 48 du 25 février 2009 a assigné aux *Procuradores Judiciales* qui agissent auprès des juges administratifs de la Colombie, la fonction de traiter des demandes de conciliation extrajudiciaire qui sont portées devant la *Procuraduría General de la Nación*, en accord avec leur compétence et conformément au facteur territorial ou à la nature de l'affaire. Ainsi, le *Procurador General de la Nación* a décidé dans cette Résolution que : « [...] dans les affaires qui sont de la compétence de la juridiction administrative aux termes de l'article 13 de la Loi 1285 de 2009, la conciliation extrajudiciaire sera à charge des sept (7) *Procuradores Delegados* auprès du Conseil d'État dans les processus d'unique instance qui sont fournis devant cette Corporation, des cinquante-cinq (55) *Procuradores Judiciales II* pour les affaires administratives qui exercent auprès des Tribunaux Administratifs dans la capitale de chaque département, et des cinquante-cinq (55) *Procuradores judiciales I* qui exercent auprès des juges

³⁸⁰ L'article 70 de la Loi 446 de 1998 et l'article 23 de la Loi 640 de 2001 font référence aux conciliations extrajudiciaires et judiciaires en droit administratif. L'article 23 fait aussi référence aux personnes ou instances qui peuvent agir en tant que conciliateurs en droit administratif, c'est-à-dire les agents du Ministère public.

³⁸¹ *Procuraduría General de la Nación*, Resolución 48 del 25 de febrero de 2009.

*administratifs du Circuit de chaque Secteur Judiciaire du pays [...] »³⁸². La même Résolution accorde donc compétence d'une part aux *Procuradores Judiciales I* pour traiter des demandes de conciliation extrajudiciaire en rapport avec des affaires qui seraient du ressort des juges administratifs et d'autre part aux *Procuradores Judiciales II* pour instruire des conciliations extrajudiciaires dont les affaires seraient du ressort des Tribunaux Administratifs en cas de procès³⁸³.*

135. Mais la nouvelle fonction assignée aux *Procuradores judiciales I et II* n'a pas mis fin au problème de l'insuffisance de conciliateurs. Comme le montrent les lignes précédentes au sujet de l'établissement de la conciliation comme préalable obligatoire en droit administratif, il n'existait pas un nombre suffisant de conciliateurs ; il n'y a pas eu non plus de régime de transition pour éviter la saturation du Ministère public. En outre, l'établissement d'une nouvelle fonction pour les *Procuradores judiciales I et II* et la création de nouveaux postes comme *Procuradores Judiciales I et II* n'a pas non plus été suffisante.

Il faut attendre la Loi 1367 du 21 décembre 2009, presque douze mois après que le préalable obligatoire de conciliation extrajudiciaire soit exigé pour améliorer la situation. Le législateur a cherché, avec cette loi, à mettre en marche et à fortifier l'institution de la conciliation en droit administratif, favorisant une culture de l'utilisation de la conciliation comme une solution opportune des conflits entre l'État

³⁸² Procuraduría General de la Nación, Resolución 440 del 16 de octubre de 2008.

³⁸³ Il est nécessaire de préciser qu'au moment de l'expédition de la Résolution 48 du 25 février 2009, les *Procuradores Judiciales I* n'étaient pas en exercice à leurs postes auprès de juges administratifs (Cours administratives en France), et pour cette raison a été disposée la mesure transitoire des *Procuradores Judiciales II*, pour les affaires environnementales et agricoles et les *Personeros Municipales*, ceux qui agissaient alors comme agents du Ministère public auprès des juges administratifs, instruiraient aussi des conciliations extrajudiciaires en matière administrative, quand celle-ci aura été épuisée comme préalable obligatoire dans cette matière, en attendant que les *Procuradores Judiciales I* ne commencent à remplir leur fonction. Cette fonction est conférée aux *Personeros*, ce qui n'avait pas été avec la Résolution 200 du 27 juillet 2006, quand on ne leur avait permis d'agir que comme agents du Ministère public auprès des Cours administratives ou de juges administratifs mais qu'ils n'avaient pas la compétence pour agir en tant que conciliateurs extrajudiciaires. Procuraduría General de la Nación, Resolución 48 del 25 de febrero de 2009, Diario Oficial No. 47.282 del 5 de marzo de 2009, artículo 2°.

et les citoyens³⁸⁴. Cette loi autorise les *Procuradores Delegados* à traiter certaines conciliations qui en principe relevaient des *Procuradores Judiciales I et II*, dans les cas où le *Procurador General de la Nación* le décidait ainsi et pourvu que cela soit justifié par des raisons d'intérêt général. En outre, on leur a attribué la coordination et la surveillance dans l'accomplissement des fonctions de conciliation quand ce mécanisme serait utilisé comme préalable obligatoire³⁸⁵. Enfin, la Loi 1367 du 21 décembre 2009, ajoute l'article 44 du Décret législatif 262 du 22 février 2000. Cet article précise clairement la fonction d'intervention des *Procuradores Judiciales* en droit administratif dans les procès auprès des tribunaux, juges administratifs, tribunaux d'arbitrage, chambres de commerce et associations qui instruisent des affaires en droit administratif. Mais la Loi 1367 de 2009 attribue en outre aux *Procuradores Judiciales* des fonctions en matière de conciliation extrajudiciaire, de telle sorte qu'ils aient pour obligation de promouvoir des accords conciliatoires et d'obtenir que les *Comités de Defensa Judicial y de Conciliación* reconsidèrent leur décision quand cela serait nécessaire³⁸⁶. En outre, cette loi crée de nouveaux postes de travail de *Procurador Delegado* et *Procurador Judicial I et II* : un poste de *Procurador Delegado*, cinquante-cinq de *Procurador judicial II* et quinze de *Procurador Judicial I*. Cependant, le nombre de fonctionnaires du Ministère public agissant en tant que conciliateurs reste insuffisant et cela remet en cause la constitutionnalité du préalable obligatoire de conciliation car le droit d'accès aux tribunaux n'est pas garanti.

Les réformes vues n'ont donc pas été suffisantes et n'ont pas éliminé le problème. Il n'y avait pas, et il n'y a toujours pas suffisamment de conciliateurs, pourtant considérés comme nécessaires par l'article 42 de la Loi 640 de 2001 pour que le préalable obligatoire de conciliation soit constitutionnel. Ainsi, cet article abrogé

³⁸⁴ Ainsi, le nombre de fonctionnaires de la *Procuraduría General de la Nación* a été augmenté. Signalons, entre autres, la nomination d'un *Procurador Delegado*, de cinquante-cinq *Procuradores Judiciales I* et de cinquante-cinq *Procuradores Judiciales II*. (Ley 1367 del 21 de diciembre de 2009, "Por la cual se adicionan unas funciones al Procurador General de la Nación, sus Delegados y se dictan otras disposiciones", artículo 6°).

³⁸⁵ Ley 1367 del 21 de diciembre de 2009, "Por la cual se adicionan unas funciones al Procurador General de la Nación, sus Delegados y se dictan otras disposiciones", artículos 2° et 3°.

³⁸⁶ Ley 1367 del 21 de diciembre de 2009, "Por la cual se adicionan unas funciones al Procurador General de la Nación, sus Delegados y se dictan otras disposiciones", artículo 5°.

par la Loi 1285 de 2009 exigeait un nombre de conciliateurs équivalant à 2 % du nombre total d'affaires traitées par la juridiction de contentieux administratif dans chaque district judiciaire en une année³⁸⁷. Si l'on fait une analyse du rapport du *Consejo Superior de la Judicatura*, en 2010, on peut conclure qu'au 31 décembre 2009, la juridiction contentieuse administrative a connu 188.260 procès³⁸⁸. Le rapport détaille les affaires traitées par chaque district judiciaire cette même année et, par exemple, le Conseil d'État a reçu 9.244 affaires, ce qui aurait exigé, en principe, au moins 185 conciliateurs d'après l'exigence établie par la Loi 640 de 2001 pour les autres juridictions mais, en 2009, il n'y avait que 8 *procuradores delegados* auprès du Conseil d'État agissant comme conciliateurs. L'insuffisance de conciliateurs est évidente cependant, le préalable obligatoire est en vigueur et la Cour Constitutionnelle colombienne l'a considéré conforme au droit.

136. En outre, le préalable obligatoire de conciliation a été établi pour promouvoir la conciliation et garantir son efficacité. Mais la Colombie n'avait pas eu une histoire d'utilisation massive de la conciliation et d'existence d'une politique publique à propos de ce mécanisme. En 2009, la conciliation n'était pas un mécanisme efficace pour résoudre les conflits en droit administratif et l'établissement du préalable obligatoire ne garantissait pas son efficacité ; au contraire, son existence imposait une exigence de plus pour accéder au juge administratif et plus de temps pour les administrés pour obtenir une décision définitive³⁸⁹. Dans un pays sans culture conciliatoire comme la Colombie, sans

³⁸⁷ En Colombie, il existe en 2009, 33 districts judiciaires dans la juridiction contentieuse administrative. Le district judiciaire est une subdivision du territoire en matière judiciaire ; chaque district a en tête un Tribunal Supérieur de District judiciaire sauf dans le cas du Conseil d'État. En 2009, les districts judiciaires étaient : le Conseil d'État, Antioquia, Arauca, San Andrés y providencia, Armenia, Barranquilla, Bogotá, Bucaramanga, Buga, Cali, Cartagena, Cúcuta, Cundinamarca, Florencia, Ibagué, Manizales, Medellín, Montería, Neiva, Pamplona, Pasto, Pereira, Popayán, Quibdó, Riohacha, San Gil, Santa Martha, Santa Rosa de Viterbo, Sincelejo, Tunja Valledupar, Villavicencio, Yopal.

(Voir www.consejosuperiordelajudicatura.gov.com, link estadísticas judiciales, año 2009, movimiento jurisdicción administrativa por distrito judicial). Il existe aussi actuellement les Districts Judiciaires de Mocoa, de Puerto Asis et de Sibundoy.

³⁸⁸ Voir www.consejosuperiordelajudicatura.gov.co, link estadísticas judiciales, año 2009, movimiento consolidado por jurisdicción, jurisdicción administrativa.

³⁸⁹ The World Bank, Memorias del proyecto "Fortalecimiento institucional del sistema de gestión de demandas legales", *Op. Cit.*, p.60.

politiques claires en la matière³⁹⁰, ne doit pas exister l'obligation d'épuiser le préalable obligatoire de conciliation.

Les statistiques étaient claires pour l'époque. Entre le 1^{er} mars 2009 et le 31 mars 2010, 44.747 demandes de conciliation pour prétentions de nullité et de rétablissement du droit ont été déposées, 484 ont été conciliées et le juge administratif n'en a approuvées que 255. La situation est similaire en matière de réparation directe, 9.834 demandes, 743 accords conciliatoires et 496 approbations. En matière contractuelle, la situation est moins marquée, 2819 demandes de conciliation, 1019 accords et 617 approbations³⁹¹.

Les chiffres montrent que la conciliation extrajudiciaire en droit administratif n'était pas efficace en 2009-2010. L'existence du préalable obligatoire n'a pas été la solution pour garantir l'efficacité de la conciliation extrajudiciaire. Cette même situation se présente au niveau des conciliations judiciaires. En conformité avec le ministère de l'Intérieur et de la Justice, 52 entités du niveau central sur 270 ont identifié 14.617 procès en matière administrative durant l'année 2008 et en ont concilié 251 en 2009, soit 1.72%³⁹². Les chiffres sont vraiment décevants et confirment que malgré l'organisation de la conciliation par la loi, elle demeure inefficace en Colombie, le rapport du *Procurador General de la Nación* de l'année 2011 confirme l'inefficacité de la conciliation³⁹³.

137. Au delà du nombre insuffisant de conciliateurs en droit administratif et l'absence d'une culture conciliatoire, le législateur a aussi introduit des particularités quant au préalable obligatoire de conciliation. L'exigence du préalable de conciliation est accomplie et les parties peuvent aller auprès du juge administratif dans trois cas. Lorsque l'audience de conciliation s'est déroulée mais

³⁹⁰ Ministerio del Interior y de Justicia, *Informe sobre la actividad conciliatoria de las entidades estatales-Segundo Semestre de 2009, Una aproximación a la eficacia e impacto de la conciliación como requisito de procedibilidad en lo administrativo*, Enero de 2011, p.76.

³⁹¹ Procuraduría General de la Nación-Procuraduría Delegada para la Conciliación Administrativa, *Informe Conciliaciones Extrajudiciales de carácter Administrativo 1 de mayo de 2009 a 31 de marzo de 2010*, Oficio N°PDCA del 26 de mayo de 2010. Voir Table 2, p 320.

³⁹² Ministerio del Interior y de Justicia, *Informe sobre la actividad conciliatoria de las entidades estatales-Segundo Semestre de 2009, Op. Cit.*, p.56

³⁹³ Voir Table n° 3, p. 328.

que les parties ne sont pas parvenues à un accord. Dans ce cas, le conciliateur considère que la conciliation a échoué et la personne peut aller auprès du juge. Mais le conciliateur considère aussi que la conciliation a échoué lorsque l'une ou les deux parties doivent présenter de nouvelles preuves sur la demande du conciliateur et qu'elles ne les présentent pas ; dans ce cas le conciliateur considère qu'il n'a pas existé d'accord conciliatoire, et la personne peut saisir la juridiction. Enfin, lorsque l'audience de conciliation ne se réalise pas dans les trois mois suivants le dépôt de la demande auprès du Ministère public³⁹⁴, les parties peuvent saisir le juge administratif pour résoudre leur conflit et leur requête ne sera pas rejetée. En tout cas, les parties ne seront pas tenues au préalable de conciliation lorsque le plaidant méconnaît le domicile, le lieu de résidence ou professionnel du défendeur ou simplement s'il n'a pas connaissance du lieu où il se trouve. L'article 35 paragraphe 5° de la Loi 640 de 2001 modifié par l'article 52 de la Loi 1395 de 2010 établissait aussi comme exception à l'exigence du préalable obligatoire de conciliation le cas où le plaidant souhaiterait demander au juge des mesures conservatoires dans le procès contentieux, mais l'article 309 du Nouveau code de procédure administratif et contentieux administratif a abrogé cette exception.

138. Il existe un aspect qu'il est nécessaire d'analyser, lorsque la conciliation extrajudiciaire doit être épuisée comme préalable obligatoire : celui lié à la congruence entre la demande de conciliation et la demande contentieuse, plus précisément la possibilité de citer de nouveaux faits qui n'ont pas fait l'objet de la demande de conciliation. À titre d'exemple, si dans la demande de conciliation un seul fait nuisible est présenté, lequel est imputé à l'administration, il n'est pas possible que suite à l'échec de la conciliation, on prétende dans la demande faire valoir non seulement le fait nuisible cité dans la demande de conciliation mais d'autres considérés comme nouveaux, puisque face à ces derniers on comprendra que n'a pas été remplie la condition du préalable obligatoire de la conciliation. Cet aspect n'est pas réglé par les normes qui régissent la conciliation. Mais il est

³⁹⁴ Ley 640 del 5 de enero de 2001, Diario Oficial N° 44303 del 24 de enero de 2001, artículo 35.

possible d'appliquer la jurisprudence relative à la *via gubernativa*, aujourd'hui recours administratifs comme préalable obligatoire de la prétention de nullité et rétablissement du droit³⁹⁵. Ainsi, si dans la demande on débat de la légalité d'un acte administratif particulier et concret, on doit se fonder sur les mêmes faits que ceux qui ont été cités dans la *vía gubernativa* ou le recours administratif, sous peine de violer le droit de défense de l'Administration. Par conséquent, dans la demande on ne peut pas introduire des faits nouveaux à ceux allégués dans la voie administrative³⁹⁶. La possibilité d'exposer de nouveaux faits par le biais de la prétention de nullité et de rétablissement du droit est un sujet que la jurisprudence a spécifié par le biais de l'interprétation et, de cette manière, le Conseil d'État a structuré la thèse selon laquelle « *Les faits qui se présentent dans la vía gubernativa imposent le cadre de la demande devant la juridiction et il n'est pas possible d'accepter de nouveaux faits, même s'ils introduisent de meilleurs arguments de droit* ». Bien qu'il soit certain que les faits qui sont exposés dans la *vía gubernativa* imposent un cadre à la demande, dans la mesure où on ne peut se fonder sur de nouveaux faits devant la juridiction contentieuse administrative parce que cela attente au droit au procès équitable, il est possible qu'à l'occasion de la demande, on expose de nouvelles argumentations³⁹⁷.

Alors, en partant de la jurisprudence citée, et en transposant cette jurisprudence au domaine de la conciliation extrajudiciaire comme préalable

³⁹⁵ Avec le nouveau Code disparaît l'expression *Vía gubernativa*, ce qui ne signifie pas que l'obligation d'épuiser les recours administratifs de la *Vía gubernativa* avant de recourir au juge administratif ait aussi disparu. Le Code réaffirme que ces recours sont recevables pour discuter un acte administratif individuel et ils ne sont pas recevables contre les actes administratifs généraux et les actes administratifs préparatoires. Par conséquent, si la prétention cherche la nullité d'un acte administratif particulier, il faut épuiser les recours administratifs considérés comme obligatoires, c'est-à-dire l'appel. L'obligation d'épuiser les recours considérés comme obligatoires doit se faire avant d'utiliser la conciliation extrajudiciaire comme préalable obligatoire lorsque la prétention est de nullité et de rétablissement du droit et qu'elle vise un acte administratif individuel. Il ne sera pas nécessaire d'épuiser les recours administratifs lorsque les autorités administratives n'auront pas permis son utilisation. Par conséquent, il faut épuiser les recours administratifs avant de présenter la demande de conciliation, et en cas contraire cette dernière sera rejetée. Les recours administratifs n'excluent pas l'utilisation de la conciliation. Au contraire, il faut les épuiser pour pouvoir recourir au juge administratif.

³⁹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, *Sentencia del 30 de Agosto de 2007, Radicación Número : 200708001-23-31-000-2000-01446-01(15542)*.

³⁹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, *Sentencia del 26 de Septiembre de 2007*.

obligatoire, on peut affirmer qu'il est possible d'améliorer les arguments juridiques ébauchés dans la demande de conciliation extrajudiciaire, mais on ne pourra inclure de nouveaux faits fondant la cause de la conciliation ou du procès contentieux. Les faits qui fondent l'exercice de l'action ne peuvent varier de la demande de conciliation à la demande contentieuse. En outre, avec le Nouveau Code, on ne parle plus d'actions mais de prétentions, ce qui signifie que si la prétention exige l'épuisement de la conciliation, il faut l'épuiser et si l'on cumule des prétentions devant la juridiction contentieuse, il faut avoir épuisé le préalable de conciliation pour toutes les prétentions, car l'accumulation de prétentions dans le nouveau code est admise pour les prétentions de nullité et de rétablissement du droit, contractuelle et de réparation directe, et elles exigent la conciliation comme préalable obligatoire³⁹⁸. Cela signifie qu'après avoir épuisé la conciliation comme préalable obligatoire face à certaines prétentions, il n'est pas possible d'aller auprès du juge pour discuter d'une prétention qui n'était pas comprise dans la demande de conciliation.

Cependant, il n'est pas possible à notre avis de procéder à cette même affirmation à propos des preuves et des préjudices causés. En ce qui concerne le premier aspect, nous considérons qu'il est possible d'apporter de nouvelles preuves avec la demande contentieuse, indépendamment de celles fournies avec la demande de conciliation extrajudiciaire. L'article 8 du Décret 1716 du 14 mai 2009 dispose simplement que les preuves doivent être apportées avec la demande de conciliation. Mais la norme n'interdit pas la présentation d'autres preuves par la suite, par exemple durant l'audience de conciliation ou sur demande du conciliateur. Cela signifie que la norme n'exige pas qu'avec la demande de conciliation la personne apporte toutes les preuves et le conciliateur pourra demander aux parties des preuves pour fonder l'accord conciliatoire auquel ils étaient parvenus. D'autre part, si la conciliation a échoué, la personne pourra aller auprès du juge administratif et elle pourra toujours avec la demande contentieuse apporter de nouvelles

³⁹⁸ Ley 1437 del 18 de enero de 2011, Op. Cit., artículo 165.

preuves ou d'autres preuves qui n'ont pas été présentées avec la demande de conciliation. En outre, la Loi 1395 de 2010 imposait une obligation en matière de preuves, mais liée à la demande contentieuse. Elle disposait dans son article 59, qui a modifié l'article 139 de l'ancien Code du contentieux administratif, que la personne qui présentait une demande devait apporter avec la demande toutes les preuves (écrites) contenues dans un document, qu'elle aurait et qu'elle souhaiterait faire valoir dans le processus contentieux³⁹⁹. Cependant, cette disposition a été abrogé par l'article 309 du Nouveau code. En outre, les normes processuelles n'admettent pas son application analogique. En conséquence, nous considérons qu'avec une demande contentieuse on peut faire valoir des preuves qui n'ont pas été invoquées durant la procédure conciliatoire.

139. Cette même analyse est justifiée quant aux préjudices invoqués et quant à leur appréciation économique et à leur réparation intégrale. Dans la demande de conciliation, il faut se référer aux préjudices subis et à leur valeur économique. Si les parties ne parviennent pas à un accord, le préalable obligatoire sera épuisé et la personne pourra dans sa demande contentieuse augmenter la valeur économique établie pour les préjudices subis. En outre, l'absence d'accord conciliatoire emporte l'absence de chose jugée, il existe simplement l'épuisement d'un préalable obligatoire pour aller auprès du juge et le principe de la réparation intégrale consacré à l'article 90 de la Constitution s'impose. Ce principe est développé par l'article 16 de la Loi 446 de 1998 : « [...] *Au cours d'un procès judiciaire, les préjudices subis seront déterminés d'un point de vue économique en tenant compte du principe de réparation intégrale, de l'équité et des critères techniques existants* ».

La réparation du préjudice doit être faite dans son intégralité. La personne affectée, a droit à une indemnité pour la totalité du préjudice subi. Le juge ne peut s'opposer à l'indemnisation d'un préjudice pour absence de valeur économique établie dans la demande quant au préjudice. Ce qu'il faut

³⁹⁹ Ley 1395 del 12 de julio de 2010, artículo 39.

démontrer est l'existence du préjudice, et pas nécessairement sa valeur économique exacte.

Il faut reconnaître une indemnisation pour tout le préjudice et rien que le préjudice. Le juge doit déterminer la valeur économique de l'indemnisation qu'il doit reconnaître. Si l'existence d'un préjudice est prouvée au cours d'un procès, le juge doit le réparer dans son intégralité, les prétentions en relation avec les préjudices ne doivent pas être exprès pour que le juge puisse ordonner la réparation intégrale du préjudice prouvé.⁴⁰⁰

La valeur économique du préjudice invoqué dans une conciliation qui a échoué peut varier dans la demande contentieuse et le juge doit reconnaître la valeur juste du préjudice prouvée dans le procès ; c'est le concept de justice et le principe de réparation intégrale qui doivent s'appliquer.

⁴⁰⁰ F.S GARCÍA RODRIGUEZ, La conciliación administrativa. Concepto, clases, tratamiento, vigencia legal, jurisprudencial y doctrinaria, Bogotá, Ibañez, 2008, P. 230.

Chapitre II

Les conséquences processuelles de l'utilisation de la conciliation⁴⁰¹.

140. La demande de conciliation doit remplir plusieurs exigences (*Section 1.*). En outre, la suspension du délai de caducité de l'action ou de la prétention est la conséquence de la présentation d'une demande de conciliation extrajudiciaire. Cette suspension constitue une garantie face à l'obligation d'épuiser la conciliation comme préalable obligatoire et une garantie pour l'efficacité de la conciliation lorsqu'elle est utilisée volontairement. En outre, la suspension comporte nécessairement l'analyse du moment où la suspension disparaît et de la façon adéquate de comptabiliser les jours de suspension (*Section 2.*)

Section 1. Une demande de conciliation très formaliste.

141. La demande de conciliation extrajudiciaire doit satisfaire aux exigences d'une demande contentieuse. Par conséquent, la demande de conciliation extrajudiciaire pourra être présentée par les intéressés, de manière individuelle ou conjointe, à l'agent du Ministère public correspondant, et devra désigner le fonctionnaire à qui elle s'adresse, l'individualisation des parties et de leurs représentants, les aspects qu'on veut concilier, les faits sur lesquels elle se fonde, les prétentions que formule le requérant, l'indication de l'action litigieuse

⁴⁰¹ Le mot « caducité » et l'expression « délai de caducité » utilisés dans ce travail font référence à la durée légale avant qu'une décision ou mesure ne devienne caduque, n'ait plus d'effet. Cette durée, fixée légalement peut être suspendue, interrompue et prolongée selon des règles bien précises.

administrative qui serait exercée ou la prétention invoquée, la relation des preuves qui accompagnent et qui seraient invoquées dans le processus, la démonstration de l'épuisement de la *vía gubernativa* ou des recours administratifs, quand cela aura été nécessaire⁴⁰² l'estimation motivée de la valeur économique des aspirations, la manifestation, sous la foi du serment, de ne pas avoir présenté de demandes contentieuses ou de demandes de conciliation pour les mêmes faits, l'indication de lieu pour les notifications, le ou les numéros de téléphone, de fax et le courrier électronique des parties, la copie de la demande de conciliation préalablement envoyée à celui qui est convoqué, certifiant qu'il a été effectivement reçu par le représentant légal ou par celui qui agit en tant que tel s'il s'agit d'une personne morale et, s'il s'agit d'une personne physique, pour elle-même ou pour son mandataire, ainsi que le pouvoir spécial pour concilier et la signature de la demande, le Code Général du Procès impose cette obligation pour l'Agence (ANDJE) aussi⁴⁰³.

142. Il faut préciser que tant le Décret 2511 de 1998 que par la suite le Décret 1716 de 2009 signalent qu'en aucun cas le conciliateur ne peut rejeter la demande à cause de l'absence d'une des conditions précédentes. Dans une telle hypothèse, l'agent du Ministère public informera l'intéressé des éléments manquants pour qu'il corrige l'omission ; s'il ne le fait pas, on comprendra qu'il n'existe pas d'esprit conciliatoire et on déclarera que la conciliation a échoué. Cependant, la Loi 1395 de 2010 règle d'une façon différente cet aspect. Ainsi, l'article 52 de cette loi modifie l'article 3 de la Loi 640 de 2001 ; cette modification comporte une dérogation partielle et tacite à la disposition du Décret 1716 de 2009. En conformité avec l'article 52 de la Loi 1395 de 2010, le Ministère public en tant que conciliateur doit, avant de convoquer les parties à l'audience de conciliation, vérifier si la demande de conciliation respecte toutes les exigences légales et réglementaires. Si ce dernier n'est pas le cas le conciliateur doit

⁴⁰² Dans le nouveau Code on n'utilise plus l'expression *vía gubernativa* mais les recours administratifs qu'elle comporte restent en vigueur, l'épuisement de l'appel continu d'être obligatoire.

⁴⁰³ L'article 6° du Décret 2511 de 1998, consacrait les exigences de la demande de conciliation, mais il a été aboli par l'article 6° du Décret 1716 du 14 mai 2009. Cette exigence est consacrés actuellement dans le Code général du procès dans son article 613.

demander au requérant sa correction⁴⁰⁴ qui disposera de 5 jours à partir du jour suivant la notification pour procéder à la correction. Si l'intéressé ne le fait pas dans ce délai, le conciliateur considère ce comportement comme un renoncement à la demande, et que celle-ci n'a jamais été présentée⁴⁰⁵.

143. La modification normative mentionnée entraîne des conséquences juridiques importantes. D'abord, il faut réfléchir aux exigences de la demande de conciliation ; elle doit toujours être présentée dans un document écrit ; les exigences qu'elle doit remplir sont celles consacrées dans l'article 6° du Décret 1716 de 2009, même si l'article 52 de la Loi 1395 de 2010 ne le signale pas expressément. Aucune autre norme ne régule les exigences ces aspects. Mais ce qui est intéressant dans la réforme, au-delà des exigences étudiées, c'est l'effet juridique pour ne pas être corrigée la sollicitude de conciliation extrajudiciaire.

144. La norme dispose que la demande de conciliation dans le cas de non correction sera considérée comme jamais présentée ; cela signifie-t-il que la caducité de l'action ou de la prétention n'a jamais été suspendue ? La réponse peut varier.

D'une part, il est possible de considérer que la caducité de l'action a été suspendue au moment de la présentation de la demande de conciliation en conformité avec la normativité en vigueur et que le délai de caducité commence à courir le jour suivant la communication de la décision du Ministère public qui a considéré que cette demande n'avait pas été présentée. Dans ce cas, la personne doit présenter à nouveau la demande de conciliation extrajudiciaire, pour épuiser le préalable obligatoire pour pouvoir aller devant le juge, cette exigence n'est alors pas considérée comme épuisée. Mais la présentation pour la deuxième fois n'entraîne pas la suspension de la caducité de l'action car la norme qui régule cet aspect dispose que la caducité de l'action, ou de la prétention, se suspend avec la

⁴⁰⁴ Contre cette décision, le convoquant peut utiliser le recours de révision qui est résolu par le fonctionnaire qui a pris la décision.

⁴⁰⁵ Ley 1395 del 12 de julio de 2010, op. cit., article 52.

présentation de la sollicitude de conciliation mais pour une seule fois, et dans un tel cas elle a déjà été suspendue⁴⁰⁶.

D'autre part, il est possible de penser que puisque le Ministère public considère comme jamais présentée la demande de conciliation, cela signifie que la caducité de l'action n'a jamais été suspendue, et par conséquent si la démarche a duré deux mois, la caducité de l'action ou de la prétention a couru et il est possible qu'elle ait opéré. Si ce n'est pas le cas, la personne doit présenter encore une fois la demande de conciliation extrajudiciaire pour épuiser le préalable obligatoire et il y aura suspension de la caducité.

Enfin, il existe une position intermédiaire que l'on considère comme la plus adéquate. Cette position est très proche de la première exposée ; la caducité de l'action est considérée comme suspendue avec la présentation de la demande de conciliation, mais si la personne ne corrige pas ou ne complète pas la demande, le conciliateur la considèrera comme non présentée. Dans ce cas, le jour ouvrable suivant, la caducité commencera à courir, mais si la personne sollicite encore une fois la conciliation, la caducité de l'action sera suspendue car la première sollicitude sera considérée comme non présentée et n'épuisant pas le préalable obligatoire de conciliation. La phrase de l'article 21 de la Loi 640 de 2001 qui signale que la caducité se suspend une seule fois avec la présentation de la demande de conciliation ne fait pas obstacle car la première demande est considérée comme inexistante et la suspension demeure possible. En outre, cette position garantie le droit d'accès au juge.

145. La normativité en vigueur ne consacre que deux événements dans lesquels le conciliateur pourra déclarer mal fondée la demande de conciliation extrajudiciaire : lorsque l'objet du différend n'est pas conciliable et lorsque la personne n'a pas épuisé les recours administratifs existants et obligatoires contre

⁴⁰⁶ Ley 640 de 2001, " *Por la cual se modifican las normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones* ", Op. Cit., articles 21 et 37.

la décision individuelle⁴⁰⁷. Mais il faut préciser que lorsque l'affaire n'est pas conciliable en conformité avec la loi, le conciliateur doit remettre aux parties une attestation en ce sens. L'impossibilité de concilier peut trouver son origine dans l'impossibilité de disposer de l'objet de la conciliation comme par exemple la légalité ou l'ordre public, ou simplement parce que la normativité exclut certaines affaires de la possibilité d'utiliser la conciliation ou parce que, même l'affaire est conciliable, le délai de caducité a expiré. Cette situation entraîne l'impossibilité de concilier sur une affaire. En outre, l'activité engagée par le Ministère public est aussi extrajudiciaire. Par conséquent, l'acte par lequel il décide de la recevabilité d'une demande de conciliation est un acte administratif et, comme tel, peut être objet des recours administratifs correspondants, en précisant que contre un acte de procédure il n'existe aucun recours mais l'acte par lequel une demande de conciliation est déclarée mal fondée met fin à la démarche administrative ou extrajudiciaire car il l'interrompt et, pour cette raison, devient un acte définitif faisant l'objet des recours administratifs. Par contre, l'acte qui prononce la recevabilité d'une conciliation est considéré comme un acte de procédure en vertu duquel on entame une procédure. En outre, le droit fondamental à un procès équitable consacré à l'article 29 de la Constitution colombienne s'applique non seulement aux actions judiciaires mais aussi aux actions administratives⁴⁰⁸. Le droit fondamental à un procès équitable est constitué par l'ensemble des facultés et des garanties consacrées dans l'ordonnement juridique qui donne protection à l'individu soumis à un procès pour que ses droits substantiels et processuels soient respectés⁴⁰⁹. Une des garanties que comporte ce droit est celui à être entendu, à discuter les preuves, à demander la recherche et production de preuves et à exercer les recours que confère la loi⁴¹⁰. Dans les actions administratives ou les procédures de ce genre, le droit d'une personne lié à la

⁴⁰⁷ Ley 23 del 21 de marzo de 1991, "Por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los Despachos Judiciales, y se dictan otras disposiciones", Diario Oficial No. 39.752 del 21 de marzo de 1991, artículo 61.

⁴⁰⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-715 del 10 de octubre de 2009, M.P: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁴⁰⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-068 del 28 de enero de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁴¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-617 del 13 de noviembre de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

possibilité de contester les décisions prises est consubstantiel au droit à un procès équitable. Ainsi, le droit à un procès équitable s'applique pleinement aux actions tant judiciaires qu'administratives qui entraînent des conséquences pour les administrés. La décision du conciliateur qui considère comme non recevable une demande de conciliation car l'affaire ne peut être l'objet d'une conciliation ou parce que la personne n'a pas épuisé les recours administratifs obligatoires, doit admettre le pourvoi, puisque cette décision non seulement a pour conséquence la finalisation de la procédure, mais constitue une garantie du droit à un procès équitable. En tout cas, si le conciliateur ne s'avère pas compétent pour instruire la conciliation, il remettra la demande et le dossier au fonctionnaire qui possède des attributions pour instruire cette dernière. Une fois que l'agent du Ministère public admet la demande de conciliation extrajudiciaire ou que les parties à l'intérieur d'un procès contentieux demandent la réalisation d'une audience de conciliation, le conciliateur (Ministère public ou juge) cite les parties à comparaître à l'audience.

Section 2. La suspension du délai de la caducité de l'action ou de la prétention⁴¹² : une garantie processuelle applicable.

La suspension de la caducité de l'action ou de la prétention est réglée d'une façon spéciale en droit administratif. Elle constitue une garantie importante pour l'utilisation de la conciliation extrajudiciaire dans cette matière (§ 1.). Cependant, l'inexistence d'un critère unique de comptabilisation des jours de suspension par le juge administratif génère des insécurités juridiques fortes (§ 2.).

⁴¹¹Corte Constitucional, *Sentencia C-1189 del 22 de noviembre de 2005*, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁴¹² L'utilisation de l'expression délai de caducité correspond en droit français à l'expression délai de prescription, c'est-à-dire délai fixé pour la loi pour agir en justice. L'expiration de ce délai constitue une fin de non recevoir. En Colombie, on n'utilise pas l'expression française dans le cas de l'utilisation de la conciliation extrajudiciaire mais l'expression suspension du délai de caducité, c'est la raison de son utilisation dans ce travail de thèse au lieu de l'expression française délai de prescription.

§ 1. *L'existence d'une règle spéciale en droit administratif.*

146. Au delà des difficultés d'application des textes et des interprétations existantes, la normativité en vigueur considère que la présentation de la demande de conciliation extrajudiciaire suspend le délai de caducité ou de prescription (en droit français) de l'action litigieuse qui lui correspond. Il s'agit là d'une importante innovation de l'article 21 de Loi 640 de 2001 puisque l'article 60 de la Loi 23 de 1991 n'attribuait pas un tel effet à la présentation de la sollicitude⁴¹³. L'article 80 de la Loi 446 de 1998, modifie l'article 60 de la Loi 23 en établissant que « le délai de caducité ne court pas à partir de la présentation de la demande de conciliation auprès du Ministère public et jusqu'à un délai qui ne sera pas supérieur à 60 jours. Le délai de caducité s'entend prolongé par le nombre de jours utilisés pour la conciliation »⁴¹⁴. La Loi 446 de 1998 ne parle pas expressément de suspension de la caducité de l'action ; elle utilise l'expression « ne court pas » mais si un délai ne court pas, cela signifie qu'il s'arrête de façon temporaire, la suspension d'un délai comporte aussi une interruption temporaire pour différentes raisons⁴¹⁵. Cependant, l'intérêt de la disposition de la Loi 446 de 1998 réside en ce que le temps de suspension est ajouté à la durée initiale de caducité. Mais il faut préciser que cette disposition fait référence aux conciliations faites auprès du Ministère public sans inclure celles réalisées auprès d'un Centre de conciliation en vigueur à l'époque. C'est l'article 3° du Décret 2511 de 1998 qui va conférer cet effet à la présentation de la demande de conciliation auprès d'un Centre de conciliation.

⁴¹³ L'article 60 de la Loi 23 de 1991, permettait l'utilisation de la conciliation extrajudiciaire mais ne consacrait aucune disposition liée à la caducité de l'action. Cela signifie que son utilisation reposait sur la volonté des parties, mais ne comportait pas la suspension de la caducité de l'action.

⁴¹⁴ Ley 446 de 1998, Diario Oficial No. 43.345, de 23 de julio de 1998, "Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de procedimiento civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991, artículo 60.

⁴¹⁵ G. CORNU, Vocabulaire juridique, Op. cit., p. 889. Suspension signifie un arrêt temporaire d'un délai. La suspension est différente de l'interruption puisque celle-là, n'anéantit pas les effets accomplis. Elle se traduit par un allongement du délai correspondant au temps de suspension.

En résumé, il existait au début un traitement différent pour la suspension de la caducité de l'action entre la conciliation pré-judiciaire et la conciliation extrajudiciaire. Mais il est clair qu'un des aspects qui facilite l'utilisation de la conciliation pour résoudre les conflits est la suspension de la caducité de l'action ou de la prétention, sans oublier que la Cour Constitutionnelle, en 1999 a consacré la suspension de la caducité de l'action comme un des aspects qu'il est nécessaire de déterminer avant d'établir la conciliation comme préalable obligatoire de l'action pour garantir le respect du droit d'accès au juge ou à la justice⁴¹⁶. Il est clair que si le préalable de conciliation est obligatoire, le délai de caducité de l'action doit être suspendu car il n'est pas possible d'établir une obligation de concilier avant d'aller auprès du juge si cette suspension n'intervient pas, ladite obligation serait inconstitutionnelle pour violer le droit d'accès au juge. Finalement, la Loi 640 de 2001 déroge à l'article 60 de la Loi 23 de 1991 qui a été modifié par l'article 80 de la Loi 446 de 1998.

147. L'article 21 de la Loi 640 de 2001 consacre expressément la suspension de la caducité de l'action ou de la prétention en disposant que la présentation de la demande de conciliation extrajudiciaire en droit auprès du conciliateur suspend le délai de prescription ou de caducité, selon le cas, jusqu'à l'obtention de l'accord conciliatoire ou jusqu'au moment où l'acte de conciliation est enregistré dans le cas qui est exigé par la loi (par exemple, quand dans la procédure de conciliation intervient comme conciliateur un avocat conciliateur (droit privé), il faut procéder à l'enregistrement de l'acte dans lequel est signalée l'inexistence d'accord⁴¹⁷, ou jusqu'à la délivrance de l'attestation de non accord ou jusqu'à l'expiration du délai de trois (3) mois à partir de la présentation de la demande de conciliation sans la réalisation de l'audience de conciliation⁴¹⁸. La situation qui se présente en premier

⁴¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-161 del 17 de marzo de 1999, M.P. : Carlos Gaviria Díaz.

⁴¹⁷ Cette possibilité n'est pas applicable en droit administratif.

⁴¹⁸ Il est nécessaire de spécifier deux concepts de procédure quand on parle d'interruption de la prescription et de la suspension de la prescription ou de la caducité. Le premier se produit quand nous présenterons une demande contentieuse (article 90 du Code de procédure civile). Dans ce cas, on fait omission de la durée déjà écoulée. Dans le deuxième, c'est-à-dire, la suspension, cas qui nous intéresse en matière de conciliation, elle comporte

détermine la finalisation de la suspension, laquelle opère pour une seule fois et ne sera pas prorogée⁴¹⁹.

148. Il faut préciser que si la conciliation extrajudiciaire est exigée comme préalable obligatoire en droit administratif et que les parties parviennent à un accord, le délai de caducité suspendu par la présentation de la demande de conciliation sera repris à partir du jour ouvrable suivant le prononcé de la décision du juge administratif (*Auto*) qui refuse d'homologuer l'accord conciliatoire⁴²⁰. Cela signifie qu'il faut prendre en compte les recours contentieux. Si l'affaire est d'unique instance, le recours recevable est la révision mais si l'affaire admet un double instance, l'appel est possible⁴²¹. La suspension de la caducité disparaît et le délai commence à courir le jour ouvrable suivant le jour où la décision statuant sur le recours devient définitive.

Si le juge approuve l'accord, peu importe la caducité de l'action car les parties n'auront pas d'intérêt à former un recours contre la décision du juge, sauf dans le cas d'une approbation partielle de l'accord où elles peuvent utiliser les recours étudiés et la caducité de l'action commence alors à compter une fois que la décision du juge devient définitive ou exécutoire. Cependant, des particularités existent en droit administratif.

149. Bien que la Loi 640 de 2001 consacre une norme spéciale en matière de préalable obligatoire de conciliation extrajudiciaire en droit administratif dans l'article 37, qui s'applique au lieu de la norme de l'article 21 de cette loi et permet que la suspension de la caducité de l'action soit prorogée jusqu'à l'existence de la décision définitive de rejet d'homologation de l'accord conciliatoire, il est aussi

que lorsque la demande de conciliation se présente le délai cesse de courir pour une période maximale de 3 mois ; échus les trois mois, le calcul continue en reprenant là où il avait été suspendu.

⁴¹⁹ Ley 640 del 5 de enero de 2001, "*Por la cual se modifican las normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones*", Op. Cit., article 21.

⁴²⁰ Ley 640 del 5 de 2001, "*Por la cual se modifican las normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones*", Op.Cit., article 37, paragraphe 2°.

⁴²¹ Ce qui détermine qu'une affaire soit d'unique instance ou de double instance est la valeur des prétentions conciliées et non le montant sollicité au moment de la présentation de la demande de conciliation.

nécessaire d'appliquer cette norme au lieu de l'article 21 pour toutes les conciliations extrajudiciaires en droit administratif même si elles ne constituent pas un préalable obligatoire, car l'homologation du juge administratif est obligatoire dans tous les cas. En matière privée, il n'existe pas d'approbation judiciaire de l'accord conciliatoire ; il a plein effet dès sa signature, l'application de l'article 21 est donc justifiée, mais avec l'obligation de l'approbation du juge en droit administratif, la suspension de la caducité ne peut en aucun cas disparaître avant l'existence d'une décision définitive du juge sur l'accord conciliatoire. La continuité de la suspension de la caducité de l'action dans le cas de la conciliation extrajudiciaire comme préalable obligatoire trouve sa justification dans le respect du droit d'accès au juge ; il est inconstitutionnel d'obliger à l'épuisement du préalable obligatoire si la suspension de la caducité de l'action n'existe pas ou si cette suspension disparaît avant la décision définitive du juge désapprouvant l'accord, puisque dans les deux cas le législateur ne peut imposer une obligation à la personne qui souhaite discuter une affaire auprès du juge administratif si par cette obligation elle peut perdre la possibilité et le droit d'aller auprès du juge, la limitation imposée au droit d'accès au juge devient inconstitutionnelle. Mais dans le cas de l'utilisation de la conciliation extrajudiciaire de façon volontaire, la suspension de la caducité de l'action est aussi justifiée pour garantir l'efficacité de la conciliation comme mécanisme pour résoudre les conflits. Personne ne veut utiliser un mécanisme autre que la présentation au juge pour résoudre ses différends si en utilisant la conciliation, le justiciable peut perdre la possibilité d'accéder à la juridiction. N'oublions pas que sans la suspension de la caducité de l'action ou avec sa disparition avant l'existence d'une décision définitive du juge administratif, personne n'utilisera volontairement la conciliation extrajudiciaire car en le faisant, sera encore le risque que le juge administratif n'approuve pas l'accord conciliatoire et qui opère la caducité de l'action. L'existence de la suspension de la caducité de l'action est un effet processuel de l'utilisation de la conciliation nécessaire et très utile. Mais il faut conserver l'application de la norme consacrée à l'article 37 de la Loi 640 de 2001, même si la conciliation est utilisée de façon volontaire, car l'accord des parties en droit administratif a des effets

juridiques s'il est approuvé par le juge et parce que cette norme est d'application spéciale en droit administratif et postérieure à l'article 21 de la Loi 640 de 2001⁴²². En outre, en droit administratif on trouve difficilement cet esprit conciliatoire car il n'existe pas de culture de la conciliation ; sans l'application de l'article 37 de la Loi 640 de 2001 de façon généralisée dans cette matière, il sera encore plus difficile de développer la conciliation extrajudiciaire.

150. Si l'on fait une analyse de l'application des normes en matière de caducité, il faut conclure que l'article 21 de la Loi 640 de 2001 impose les règles générales en matière de caducité. Il consacre les événements qui emportent la finalisation de la période de suspension de la caducité de l'action. Mais en droit administratif, l'existence d'accord conciliatoire ne comporte pas la finalisation de la suspension et la norme qui s'applique est l'article 37 de la Loi 640 qui impose l'existence d'une décision définitive de rejet d'homologation pour que le délai de caducité recommence. Mais l'application de l'article 37 de la Loi 640 de 2001 en droit administratif ne signifie pas que les autres événements consacrés à l'article 21 de la loi n'ont pas d'application dans cette matière ; ils ont pleine application, sauf celui qui met fin à la suspension par l'existence d'un accord et celui qui détermine comme cause de suspension l'enregistrement de l'acte de conciliation, car ce dernier opère dans les conciliations réalisées auprès d'un Centre de conciliation et elles sont interdites en droit administratif.

§ 2. L'inexistence d'un critère jurisprudentiel unique de comptabilisation des jours de suspension.

151. Il reste à étudier un aspect très important de la caducité : celui du calcul des jours de suspension. Il faut savoir comment les compter en cas d'utilisation de la

⁴²² Dans ce cas il faut appliquer l'article 5° de la Loi 57 de 1887 qui énonce que « les dispositions relatives à une affaire spéciale priment sur celles à caractère général », et l'article 2° de la Loi 53 de 1887 qui signale que « la loi postérieure prime sur la loi antérieure ».

conciliation, pour éviter que la caducité de l'action ou de la prétention n'opère⁴²³. Ainsi, il faut se rappeler que la caducité de l'action ou de la prétention sera

⁴²³ Il faut préciser le délai actuel de caducité de certaines prétentions en droit administratif. L'article 164 du Nouveau code dispose : « Opportunité pour présenter la demande : La demande doit se présenter :

1. A n'importe quel moment, lorsque :
 - a) La prétention est de nullité en conformité avec l'article 137 du Code.
 - b) L'objet du conflit concerne des biens publics imprescriptibles et non aliénables
 - c) La prétention est contre un acte administratif qui concède ou nie une prestation périodique.
 - d) L'objet est un acte administratif produit du silence administratif positif.
 - e) La prétention est l'accomplissement d'une norme ou d'un acte administratif, et que cette dernière n'a pas perdu sa force exécutoire.
 - f) La loi permet la demande sans terme particulier.

2. Selon les prescriptions suivantes : [...]
 - c) Pour la nullité et le rétablissement du droit des actes précontractuels la caducité sera de 4 mois, comptés dès le jour suivant la communication, notification ou publication de l'acte administratif, selon le cas [...]
 - d) Pour la prétention de nullité et de rétablissement du droit, la caducité sera de 4 mois, comptés dès le jour suivant la communication, notification ou publication de l'acte administratif, selon le cas, et sauf les exceptions établies par d'autres dispositions [...]
 - h) Pour la prétention de responsabilité et d'indemnisation des préjudices causés à un groupe, la demande doit se présenter dans les 2 ans suivants la date de provocation du préjudice. Cependant, si le dommage causé à un groupe trouve son origine dans un acte administratif et qu'on cherche sa nullité, la demande doit se présenter dans les 4 mois suivants le jour de la communication, de la notification ou de la publication de l'acte ;
 - i) Si la prétention est de réparation directe, la demande doit se présenter dans les 2 ans suivants l'omission, l'action qui a causé le dommage ou quand la personne en a eu connaissance et qu'elle peut prouver l'impossibilité de connaître le jour de sa réalisation [...]
 - j) Pour la prétention contractuelle le délai de caducité est de 2 ans, comptés à partir de la réalisation du fait qui motive la prétention [...]
 - l) Pour la prétention récursoire, le délai est de 2 ans, compté à partir du jour suivant la date du paiement total ou au plus tard comptés dès l'expiration du délai qu'a l'administration pour faire le paiement. » .

Traduction au français par Verónica Peláez G (*Texte en espagnol* : « **Oportunidad para presentar la demanda.** La demanda deberá ser presentada: 1. En cualquier tiempo, cuando: a) Se pretenda la nulidad en los términos del artículo 137 de este Código; b) El objeto del litigio lo constituyan bienes estatales imprescriptibles e inenajenables; c) Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe; d) Se dirija contra actos producto del silencio administrativo; e) Se solicite el cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo, siempre que este último no haya perdido fuerza ejecutoria; f) En los demás casos expresamente establecidos en la ley.

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad: c) Cuando se pretenda la nulidad o la nulidad y restablecimiento del derecho de los actos previos a la celebración del

suspendue pour un maximum de trois mois à compter à partir de la présentation de la demande ; si après trois mois l'audience ne s'est pas tenue réalisée, le délai de caducité recommence, sans qu'importe que la conciliation extrajudiciaire soit volontaire ou épuise le préalable obligatoire⁴²⁴.

Mais il est possible que la cause de finalisation de la suspension de la caducité de l'action soit la remise d'une attestation de non conciliation ou d'affaire non conciliable de la part du conciliateur. Ainsi, si une personne a été victime d'un accident qui est imputé à un conducteur d'une entité publique, elle peut utiliser l'action de réparation directe ou la prétention de réparation pour obtenir la réparation du préjudice subi. Cette prétention emporte un délai

contrato, el término será de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente a su comunicación, notificación, ejecución o publicación, según el caso[...] ; d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales[...] ; h) Cuando se pretenda la declaratoria de responsabilidad y el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios causados a un grupo, la demanda deberá promoverse dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha en que se causó el daño. Sin embargo, si el daño causado al grupo proviene de un acto administrativo y se pretende la nulidad del mismo, la demanda con tal solicitud deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo; i) Cuando se pretenda la reparación directa, la demanda deberá presentarse dentro del término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia[...] ; j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento [...] ; l) Cuando se pretenda repetir para recuperar lo pagado como consecuencia de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, el término será de dos (2) años, contados a partir del día siguiente de la fecha del pago, o, a más tardar desde el vencimiento del plazo con que cuenta la administración para el pago de condenas de conformidad con lo previsto en este Código”.

⁴²⁴ Il est possible qu'il n'existe pas de citation à l'audience de conciliation comptés trois mois à partir du dépôt de la demande de conciliation ou qu'il existe une citation à l'audience mais qu'elle ne se réalise pas car les parties, ou l'une des parties, n'assiste pas à l'audience mais qu'elle s'excuse. Dans ce dernier cas, il est possible de citer encore une fois à l'audience de conciliation, mais la nouvelle date pour la réalisation de l'audience peut se situer au-delà des trois mois maximaux de suspension. Dans ce cas, la citation n'a pas été faite dans le délai maximal de trois mois, et cela comporte la finalisation de la suspension de la caducité de l'action. Mais si la partie n'assiste pas et ne s'excuse pas, le conciliateur donnera une attestation de non conciliation et à partir du jour suivant où la caducité de l'action commencera à courir. Dans ce dernier cas, c'est la remise de l'attestation qui détermine la finalisation de la suspension de la caducité de l'action.

de caducité de deux ans, à compter du jour suivant la réalisation de la cause du préjudice ou de la connaissance de celui-ci. Par conséquent, si l'on présente une demande de conciliation le 5 septembre 2003 et que l'attestation d'échec de la conciliation est remise le 9 octobre 2003, ce sera cette dernière qui mettra fin à la suspension de la caducité de l'action. Cela signifie que le délai de caducité recommence à courir le 10 octobre 2003, si ce jour est ouvrable. Selon le Conseil d'État, si dans ce cas on suppose que le délai expirait le 10 mai 2004, mais qu'il a été suspendu pour 34 jours, en conformité avec l'article 21 de la Loi 640 de 2001, on en déduit qu'il a été prorogé jusqu'au 29 juin 2004 -dès lors qu'on ajoute 34 jours- car l'article 62 de la Loi 4 de 1913 dispose que pour les délais en jours signalés par les lois ou les actes officiels, ne sont pas comptés les jours fériés et les congés judiciaires sauf disposition contraire et que les délais en mois ou en années sont calendaires⁴²⁵. On peut conclure, que dans ce cas la caducité de l'action n'a pas opéré si la demande contentieuse a été présentée le 10 juin 2004⁴²⁶.

152. Cependant, cette analyse qui paraît simple ne l'est pas. Certaines règles doivent être respectées au moment de compter les jours de suspension par le juge administratif lorsqu'on analyse les accords conciliatoires soumis à l'homologation. Si le fait qui met fin à la suspension est l'épuisement des trois

⁴²⁵ En outre, l'article 120 du Code de procédure civile dispose que « Tout délai commence à compter du jour suivant la notification de l'ordonnance ou de la décision qui le concède [...]. Lorsque est demandée la révision de la décision qui concède un délai ou la révision de la décision dont la notification fait courir un délai, celui-ci commence à compter du jour suivant la notification de la décision qui résout le recours [...] » Traduction au français par Verónica Peláez G. (*Texto en español* : « *Todo término comenzará a correr desde el día siguiente al de la notificación de la providencia que lo conceda [...]. Cuando se pida reposición del auto que concede un término, o del auto a partir de cuya notificación debe correr un término por Ministerio de la ley, éste comenzará a correr desde el día siguiente a la notificación del auto que resuelve el recurso [...]* »). Pour sa part l'article 121 du Code de procédure civile signale que « Dans les délais de jours, les congés judiciaires ou ceux pendant lesquels les tribunaux restent fermés ne sont pas comptés. Les délais en mois ou en années sont comptés comme le calendrier ». Traduction au français par Verónica Peláez G. (*Texto en español* : « *En los términos de días no se tomarán en cuenta los de vacancia judicial, ni aquellos en que por cualquier circunstancia permanezca cerrado el despacho. Los términos de meses se contarán conforme al calendario* ».)

⁴²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Sentencia del 7 de febrero de 2006, *Radición Número* : 68001-23-15-000-2004-01606-01(32215), M.P : Ariel Hernández.

mois à compter de la présentation de la demande, le juge administratif proroge le jour initial de caducité par trois mois. Les trois mois sont comptés en jours calendaires, c'est-à-dire sans déduire les jours fériés et les jours de repos des tribunaux, car comme on l'a indiqué, les délais en mois ou années doivent être comptés de cette façon.⁴²⁷ Ainsi, en conformité avec le Conseil d'État, si une demande de conciliation est présentée le 25 mars 2009 et que les parties ont laissé passer plus de trois mois sans parvenir à un accord, la suspension de la caducité disparaît après les trois mois. Cela signifie que la caducité a commencé à courir le 26 juin 2009⁴²⁸. Les parties peuvent poursuivre la procédure de conciliation après trois mois, si elles sont d'accord, mais la caducité ne sera pas suspendue pendant ce temps⁴²⁹. Il faut se souvenir que le délai maximal de suspension est de trois mois. Mais si la cause qui met fin à la suspension est une d'autres causes signalées à l'article 21 ou à l'article 37 de la Loi 640 de 2001, le délai de suspension sera déterminé par les jours qui s'écoulent à partir de la présentation de la demande de conciliation et le fait qui met fin à la suspension en conformité avec la normativité. Cela signifie qu'à la date ou jour où opère la caducité s'ajoutent les jours de suspension⁴³⁰, mais le problème réside en ce que les juges administratifs ne comptent pas les jours de suspension de la même manière et divergent sur la manière d'appliquer cette norme. Ainsi, parfois des normes abrogées sont appliquées et parfois encore est pris en compte le nombre de jours ouvrables ou le nombre de jours calendaires.

153. Des questionnements subsistent donc. D'abord, il faut analyser les normes qui sont appliquées par le juge administratif en matière de caducité, car il n'existe pas, on insiste, d'uniformité. Certains juges continuent à

⁴²⁷ *Idem.*

⁴²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Primera, Sentencia del 7 de octubre de 2010, *Radición Número : 110001 0324 000 2009 00419 00*, C.P.: Rafael Ostau de Lafont Pianeta.

⁴²⁹ Decreto 1716 del 14 de mayo de 2009, "Por el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y el capítulo V de la Ley 640 de 2001", artículo 3° parágrafo único.

⁴³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Sentencia del 7 de febrero de 2006, *Radición Número : 68001-23-15-000-2004-01606-01(32215)*, M.P : Ariel Hernández.

appliquer l'article 80 de la Loi 446 de 1998 à des conciliations réalisées après l'entrée en vigueur des articles 21 et 37 de la Loi 640 de 2001 qui régulent la suspension de la caducité de l'action. Cette situation est contraire au principe de sécurité juridique et montre une méconnaissance grave de la normativité en matière de conciliation de la part du juge administratif. Des analyses faites on peut conclure que quelques juges appliquent l'article 80 de la loi 446 de 1998 aux accords conciliatoires célébrés après l'entrée en vigueur de la Loi 640 de 2001 et aux faits qui se sont présentés également après l'entrée en vigueur de la Loi 640 de 2001. D'autres juges appliquent l'article 80 de la Loi 446 de 1998 aux conciliations réalisées après l'entrée en vigueur de la Loi 640 mais fondées sur des faits qui se sont présentés avant l'entrée en vigueur de cette loi⁴³¹. La première situation n'a pas de fondement juridique car les normes processuelles sont d'ordre public et d'application immédiate⁴³². Sans oublier que la loi postérieure prime sur la loi antérieure⁴³³. Par contre, la deuxième position peut trouver son fondement dans le même article 40 de la Loi 153 de 1887 qui dispose comme exception les délais qui ont commencé à courir et les actions qui ont commencé avant l'entrée en vigueur de la nouvelle norme, ils sont réglés par les normes en vigueur au moment de sa création⁴³⁴. Le problème réel de l'application de l'une ou l'autre disposition consiste en ce que la norme de 1998 consacre un délai maximum de suspension de la caducité inférieur à celui consacré dans la Loi 640 de 2001, deux mois contre trois mois. Le manque d'uniformité entre les juges

⁴³¹ Voir sur ce sujet : Consejo de Estado, *Sala de lo Contencioso, Sección Segunda, Subsección B*, Auto del 6 de mayo de 2010, *Radicación Número : 17001-23-31-000-2009-00187-01(01973 09)*, M.P. : Bertha Lucía Ramírez de Paez, Consejo de Estado, *Sala de lo Contencioso, Sección Segunda, Subsección B*, Auto del 2 de octubre dos (2) de dos mil ocho (2008), *Radicación Número : 52001-23-31-000-2004-01027-01(4545-04)*, M.P. : Bertha Lucía Ramírez de Paez. En responsabilité médicale, Consejo de Estado, Sala de lo contencioso, veintidós (22) de mayo de dos mil ocho (2008), *Radicación Número : 25000-23-26-000-1999-01348-01(26427)*, M.P. : Ruth Stella Corraera.

⁴³² Ley 153 del 15 de agosto de 1887, "*Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887*", article 40, modifié pour l'article 624 de la Loi 1564 de 2012.

⁴³³ Ley 153 del 15 de agosto de 1887, "*Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887*", article 2°.

⁴³⁴ Corte Constitucional, sentencia C-619 del 14 de junio de 2001, M.P. : Marco Gerardo Moroy Cabra.

administratif est responsable d'une insécurité juridique pour les administrés, ce qui est contraire au principe d'égalité et au droit d'accès au juge. En outre, la norme de caducité qui doit s'appliquer est celle en vigueur au moment où le terme de caducité a commencé à courir⁴³⁵. On considère que c'est la règle que doit appliquer le juge administratif pour respecter les garanties processuelles des parties.

154. Pour le décompte des jours de suspension de la caducité, il n'existe pas non plus de référence commune. La Loi 4 de 1913 consacre une règle claire : les délais en jours signalés par les lois ou les actes officiels ne prennent pas en compte les jours fériés et jours de congés judiciaires sauf disposition contraire. Les délais en mois ou en années sont calendaires. Le Conseil d'État compte le délai maximal de suspension des trois mois comme de manière calendaire. Il existe un consensus en ce sens. Mais pour les jours de suspension distincts des trois mois, le Conseil d'État n'a pas de position unanime. Pour certains juges, en application de la Loi 4 de 1913, les jours décomptés sont des jours ouvrables⁴³⁶. Mais pour d'autres, les jours de suspension de la caducité doivent être calendaires⁴³⁷. La jurisprudence administrative maintient l'incertitude et le juge administratif n'a pas une position unique, ce qui est source d'insécurité juridique ; par conséquent, le choix du décomptage des jours devra être celui qui est le plus favorable pour la victime, surtout dans les cas de réparation directe pour des actes de terrorisme ou d'omissions de l'État où il faut adopter une position de garantie

⁴³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Auto del 28 de marzo de 2007, *Radicación Número* : 270012331000200501007 01, C.P. : Mauricio Fajardo G.

⁴³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Sentencia del 7 de febrero de 2006, *Radicación Número* : 68001-23-15-000-2004-01606-01(32215), M.P: Ariel Hernández.

⁴³⁷ Voir par exemple : Consejo de Estado, *Sala de lo Contencioso, Sección Segunda*, Subsección B, Auto del 6 de mayo de 2010, *Radicación Número* : 17001-23-31-000-2009-00187-01(01973 09), M.P. : Bertha Lucía Ramírez de Paez, Consejo de Estado, *Sala de lo Contencioso, Sección Segunda*, Subsección B, Auto del 2 de octubre dos (2) de dos mil ocho (2008), *Radicación Número* : 52001-23-31-000-2004-01027-01(4545-04), M.P. : Bertha Lucía Ramírez de Paez. En responsabilité médicale, Consejo de Estado, Sala de lo contencioso, veintidós (22) de mayo de dos mil ocho (2008), *Radicación Número* : 25000-23-26-000-1999-01348-01(26427), M.P. : Ruth Stella Corraera.

et de protection de la victime. Cela n'a cependant pas été pris en compte par les juges.

155. Finalement, les jours de suspension, qu'ils soient ouvrables ou calendaires, ne doivent pas être additionnés au délai initial de caducité. Il faut plutôt compter les jours qui, au moment de la présentation de la demande de conciliation, restent pour qu'opère la caducité ou la prescription de l'action. Ainsi, s'il reste trois jours pour qu'opère la caducité de l'action et que la décision du juge administratif devient exécutoire le 31 janvier 2011, les jours qui restent commencent à courir le premier février. Cela signifie que la personne doit présenter la demande contentieuse entre le premier et le troisième jour du mois de février⁴³⁸.

En outre, la norme qui dispose que le délai pendant lequel la caducité de l'action a été suspendue doit être additionné au délai initial n'est plus en vigueur, et la norme de l'article 21 de la Loi 640 de 2001 ne consacre pas l'addition mais simplement la suspension du délai de caducité. Cela signifie que le délai est suspendu avec la présentation de la demande de conciliation et qu'il reprend n'importe quel jour, pour les causes énoncées. Mais les jours de suspension ne peuvent être ajoutés ; pour présenter sa demande contentieuse la personne disposera des jours qui restaient pour qu'opère la caducité de l'action au moment de présenter la demande de conciliation.

156. La suspension de la caducité de la prétention ou de l'action est une garantie de protection du droit d'accès au juge pour les administrés. Cependant, l'interprétation des juges dans cette matière entraîne un grave problème pour la sécurité juridique. Une disposition normative clarifiant la situation est souhaitable afin d'éviter les interprétations subjectives des juges, à moins que ces derniers n'adoptent un critère unique de comptabilisation. Une sentence d'unification est souhaitable dans cette matière.

⁴³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Sentencia del 7 de febrero de 2006, *Radicación Número* : 68001-23-15-000-2004-01606-01(32215), M.P: Ariel Hernández.

Chapitre III

L'exigence de l'audience de conciliation

157. Une fois que le conciliateur reçoit la demande de conciliation, toute la procédure est menée par lui (*Section 1.*). Sa compétence comme conciliateur extrajudiciaire s'achève avec l'élaboration et la signature de l'acte de conciliation qui contient l'accord et sa remise au juge administratif pour son homologation ou la remise de l'attestation de non conciliation aux intéressés ou d'affaire non conciliable. Dans le cas d'une conciliation judiciaire, le juge en tant que conciliateur doit homologuer l'accord ou continuer avec le procès, si les parties ne sont pas parvenues à un accord ou s'il n'a pas homologué ou encore si l'accord était partiel (*Section 2.*).

Section 1. L'audience de conciliation : une procédure réglementée.

158. Le moment de la réalisation de l'audience de conciliation ainsi que les compétences du conciliateur durant l'audience sont expressément précisés pour la loi. Le conciliateur mène l'audience, lui seul a cette compétence (§ 1.). En outre, la normativité actuelle impose une nouvelle audience de conciliation judiciaire obligatoire, s'il a existé une décision de condamnation contre l'entité publique, et qu'elle a utilisé l'appel pour recourir contre cette décision (§ 2.).

§ 1. Une audience dirigée par le conciliateur.

159. L'article 7 du Décret 1716 de 2009 dispose que dans les dix jours suivants l'admission ou la réception et l'acceptation de la demande de conciliation extrajudiciaire, l'agent du Ministère public fixera la date et l'heure pour la tenue de l'audience de conciliation qui aura lieu dans les trente jours suivants⁴³⁹. L'agent du Ministère public citera les intéressés par le moyen qu'il considèrera comme le plus rapide et le plus efficace. Cela permet d'utiliser le fax ou le courrier électronique. Le conciliateur n'est donc pas contraint d'utiliser un moyen de citation déterminé mais peut choisir celui qu'il considère comme le plus efficace et le plus rapide. La norme dispose que les intéressés doivent être cités au moins 15 jours avant la date fixée pour l'audience en indiquant l'objet de la conciliation et les conséquences juridiques en cas de non comparution. Ce délai est important, en particulier pour les entités publiques car leurs Comités de conciliation doivent examiner chaque affaire et consigner leur décision de concilier ou de ne pas concilier ainsi que leur formule d'arrangement dans l'acte de conciliation, lequel doit être apporté par le représentant de l'entité le jour de l'audience. Cependant, il n'existe pas dans la normativité en vigueur une sanction ou une conséquence juridique pour le non respect de ce délai par le conciliateur. Il existait un délai de 10 jours dans la Loi 446 de 1998, mais cela n'a pas été une garantie d'efficacité et de célérité du mécanisme. En outre, l'entité publique peut s'excuser en disant que les membres du Comité de conciliation n'ont pas eu le temps suffisant pour procéder à l'étude juridique du cas ; l'avocat de l'autre partie peut demander aussi avec justification l'ajournement de l'audience. Cette situation entraîne le prolongement de la procédure de conciliation, ne garantit pas une solution rapide et la conciliation peut devenir inefficace.

160. Dans l'audience de conciliation judiciaire les choses fonctionnent autrement. L'article 104 de la Loi 446 de 1998 disposait que cette audience se réalisait sur demande d'une des parties, après la période probatoire du procès

⁴³⁹ Voir Table 2, p.326-327.

contentieux. Mais les parties pouvaient demander conjointement la réalisation de l'audience à n'importe quelle étape du procès, ou après la période probatoire si la demande de réalisation ne se faisait pas conjointement, et le juge pouvait les citer d'office à l'audience après la période probatoire. En tout cas, si la conciliation extrajudiciaire échouait, le juge ne réalisait pas l'audience de conciliation judiciaire sauf si les parties demandaient conjointement sa réalisation.⁴⁴⁰ Mais l'article 179 du Nouveau Code, modifie la procédure du procès ordinaire ; celui-ci se développe en trois étapes et est introduit le système verbal. En outre, le moment pour tenter la conciliation judiciaire est également modifié.

161. La première étape commence avec le dépôt de la demande contentieuse et s'étend jusqu'à l'audience initiale ; la seconde commence avec la finalisation de l'audience initiale et se termine avec la finalisation de l'audience des preuves ; la troisième débute de la finalisation de l'audience de preuves et se clôt avec la communication de la décision. Ainsi, l'article 180 dispose que le juge pourra inviter les parties à concilier durant l'audience initiale ; c'est-à-dire que la nouvelle disposition admet la conciliation avant l'étape des preuves et qu'il dépend de la volonté du juge d'inviter les parties à concilier ; mais nous croyons qu'avec le Nouveau Code ne disparaît pas la faculté des parties de demander conjointement la réalisation de l'audience à n'importe quelle étape du procès consacrée aux articles 43 de la Loi 640 de 2001 et 104 de la Loi 446 de 1998.

Ainsi, avec le nouveau Code, le seul changement qui se produira sera le moment pour réaliser une procédure de conciliation sur demande du juge, à l'intérieur d'un procès contentieux ; il pourra inviter les parties à concilier mais seulement à l'audience initiale ; après cette étape, il existera une conciliation si les parties demandent conjointement sa réalisation ; dans ce cas l'audience pourra se réaliser par exemple après la période probatoire ou soit après l'audience des preuves. De plus, la disposition de l'article 43 de la Loi 640 de 2001, demeure en vigueur avec le Nouveau Code, cela signifie que si la conciliation extrajudiciaire a échoué, il n'y aura pas de conciliation judiciaire à

⁴⁴⁰ Cette disposition est concordante avec l'article 43 de Loi 640 de 2001.

moins que les parties ne demandent conjointement sa réalisation. Cette disposition normative évite la tenue d'une audience de conciliation en l'absence d'esprit conciliatoire ; elle évite la perte de temps dans des procédures conciliatoires dont l'origine n'est pas dans la volonté des parties et que, par conséquent, il n'y aura pas d'accord conciliatoire. La seule justification pour la réalisation d'une conciliation judiciaire, après que la conciliation extrajudiciaire ait échoué, est la volonté des parties de mettre fin au procès.

162. Il n'est pas important que la conciliation soit extrajudiciaire ou judiciaire ; dans les deux cas, le conciliateur (Ministère public ou juge) est chargé de diriger la procédure conciliatoire. Après leur citation, les intéressés ou les parties, au moment de l'audience de conciliation, exposeront succinctement leurs positions et justifieront leurs prétentions avec les preuves qui ont été présentées avec la demande de conciliation ou avec la demande contentieuse. Dans le cas d'une conciliation extrajudiciaire, les intéressés au moment de l'audience pourront apporter de nouvelles preuves ; dans le cas d'une conciliation judiciaire, il est possible d'apporter de nouveaux documents, de nouvelles preuves, si la personne n'avait pas le document ou la preuve au moment de la présentation de la demande. Mais dans les deux formes de conciliation, il est admis que le conciliateur demande de présenter de nouvelles preuves ou décide d'analyser de nouvelles preuves et, dans ce cas, il ordonnera la suspension de l'audience de conciliation. Les preuves dans le cas d'une conciliation extrajudiciaire doivent être présentées dans les 20 jours suivants et dans les cas d'une conciliation judiciaire doivent être analysées dans les 30 jours suivants. Les parties doivent présenter des formules d'ajustement au moment de l'audience de conciliation ; si les intéressés ne le font pas ou n'arrivent pas à se mettre d'accord, l'agent du Ministère public ou le juge pourra leur proposer des formules d'arrangement qu'il considèrera convenables pour qu'elles parviennent à un accord. Dans ce cas, il sera nécessaire que l'agent du Ministère public, ou le juge, suspende l'audience pour que les membres du Comité de conciliation de l'entité publique décident s'ils acceptent ou non la formule d'arrangement proposée.

163. L'article 2° du Décret 1716 de 2009 permet qu'exceptionnellement, l'agent du Ministère public cite à l'audience de conciliation extrajudiciaire les membres du Comité de conciliation de l'entité publique prenant part à la démarche conciliatoire. Cela permet d'éviter que la procédure de conciliation ne se prolonge dans le temps si les membres du Comité de conciliation décident d'assister à l'audience car ils peuvent simplement envoyer l'avocat qui représente les intérêts de l'entité avec l'acte du Comité qui contient leur décision sur l'affaire en particulier. Ils ne sont pas obligés d'assister à l'audience car finalement ce qui est obligatoire est l'existence d'une décision du Comité liée au cas particulier, objet de conciliation. Cela signifie que si l'avocat qui représente l'entité publique assiste à l'audience avec l'acte du Comité qui contient sa décision, cela est suffisant⁴⁴¹. Cette disposition sera utile si les membres du Comité assistent à l'audience puisque cela permet d'éviter la suspension de l'audience lorsqu'il faut discuter d'une nouvelle formule d'arrangement ou lorsqu'il faut demander aux membres du Comité une reconsidération de leur décision de non concilier et la proposition de leur part d'une nouvelle formule d'arrangement⁴⁴².

164. La présence des membres du Comité fait de la conciliation un mécanisme d'utilisation plus rapide et permet une application plus facile du recours de reconsidération⁴⁴³. Le but recherché est d'éviter des procès judiciaires non nécessaires lorsqu'il existe une forte probabilité de condamnation pour l'entité publique. Encore une fois, il est évident que l'efficacité de la conciliation extrajudiciaire se fonde sur l'esprit conciliatoire des parties, surtout de l'entité publique, dans la tâche du conciliateur et des Comités de conciliation des entités publiques. La possibilité de citer les membres du Comité de conciliation facilite la reconsidération. Cependant les statistiques montrent que leur présence dans les

⁴⁴¹ Voir Table 2, p.326-327.

⁴⁴² La Procuraduría General de la Nación-Procuraduría Delegada para la Conciliación Administrativa, dans son "*Informe Conciliaciones Extrajudiciales de carácter Administrativo*" du 26 mai 2010, montre par exemple que de 44.747 demandes de conciliation en matière de nullité et rétablissement du droit, il n'y a eu que 16 audiences de conciliation avec la présence des membres des Comités de conciliation, voir Table 2, p.320.

⁴⁴³ Ley 1437 del 18 de enero de 2011, "Por la cual se expide el Código de procedimiento administrativo y contencioso administrativo", artículo 303, parágrafo.

audiences de conciliation n'est pas significative⁴⁴⁴. La disposition n'est pas efficace.

165. Le conciliateur a compétence pour diriger toute la procédure de conciliation, son rôle est actif et il a des compétences importantes : étudier la demande de conciliation, demander à ce qu'elle soit corrigée ou complétée, déterminer l'existence d'une décision d'unification sur le cas objet de la conciliation, demander aux membres du Comité de conciliation la reconsidération de leur décision, proposer des formules d'arrangement. Il a véritablement un rôle décisif, surtout dans les conciliations extrajudiciaires. Les compétences en tant que conciliateur sont variées et importantes mais mettent à la fois en évidence les formalités qui existent dans une conciliation en droit administratif : formalités de la demande, possibilité de correction, effets pour ne pas la corriger, formules proposées par le conciliateur et nécessité d'être acceptées par le Comité de conciliation, mécanisme de reconsidération. Enfin, la conciliation en droit administratif est une procédure presque régulée comme un procès judiciaire ; parfois elle peut devenir un peu longue si le conciliateur doit présenter des formules d'arrangement ou s'il fait usage du mécanisme de reconsidération ; ou bien il demande de preuves, ou il ordonne d'office la production de preuves dans le cas du juge. En effet, dans ces cas il faut suspendre l'audience de conciliation et fixer une nouvelle date pour sa réalisation et laisser du temps aux membres du Comité de conciliation pour qu'ils décident s'ils acceptent la formule d'arrangement proposée ou s'ils décident de concilier car il existe la possibilité d'appliquer les effets d'une sentence d'unification au cas objet de conciliation et il existe une forte probabilité de condamnation de l'entité publique en cas de procès. Cela implique un prolongement de la procédure de conciliation, sans oublier le problème qui peut se présenter avec la caducité de l'action ou de la prétention si la conciliation est extrajudiciaire, comme on l'a déjà expliqué.

L'utilisation de la conciliation est devenue une procédure presque judiciaire, la souplesse qui doit caractériser un mécanisme alternatif n'est pas présent, il existe même une nouvelle audience de conciliation judiciaire imposée durant la procédure d'appel.

⁴⁴⁴ Voir Table 2, Op.Cit.

§ 2. La réglementation d'une nouvelle audience de conciliation judiciaire dans la procédure d'appel.

166. Une réforme récente introduite en matière de conciliation judiciaire à l'article 43 de la Loi 640 de 2001 établit une nouvelle possibilité de réaliser une audience de conciliation judiciaire : lorsqu'il existe une décision de condamnation de première instance faisant l'objet d'un appel, le juge doit citer les parties à une audience de conciliation avec obligation d'y assister avant de statuer sur la recevabilité du recours. Si la personne qui fait appel n'assiste pas, le recours sera considéré irrecevable⁴⁴⁵. Cette disposition est reproduite à l'article 192 du Nouveau code. Cependant, ces dispositions ont réglé une pratique déjà connue et utilisée en droit administratif⁴⁴⁶.

Cette nouvelle possibilité de concilier appelle plusieurs commentaires ; d'abord, le juge qui agit comme conciliateur est celui qui a pris la décision de première instance. Lorsqu'on parle d'existence de sentence ou de décision judiciaire condamnatrice même si la norme ne fait pas référence à l'entité publique, sa lecture permet de penser que c'est une disposition visant les entités publiques.

Ainsi, l'article 192 du Nouveau code confère une nouvelle chance aux entités publiques déjà condamnées en accordant la possibilité de faire appel de cette décision pour arriver à un accord et éviter de retarder la résolution du conflit qui finalement sera plus onéreuse pour l'entité publique. Ensuite, la conciliation porte sur la décision de première instance. Cela signifie, que l'accord se fait sur la valeur économique de la condamnation. Par conséquent,

⁴⁴⁵ Ley 1395 del 12 de julio de 2010, « *Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial* », artículo 70 et l'article 192 du Nouveau code.

⁴⁴⁶ Voir, Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera, 21 de octubre de 2009, *Radicación Número* : 05001-23-31-000-1999-00132-01(36221), C.P. : Mauricio Fajardo Gomez.

l'accord des parties approuvé par le juge se substitue à la décision de première instance et évite le procès de seconde instance. En outre, le juge qui a pris la décision agit comme conciliateur de sa propre décision. La conciliation n'évite pas que l'entité publique paie une somme d'argent mais cette somme sera inférieure à celle établie dans la décision judiciaire de première instance. Cette nouvelle opportunité de conciliation judiciaire reste dans l'esprit de faire de la conciliation un mécanisme pour éviter le prolongement des procès contentieux en droit administratif.

167. Mais il est important de préciser que l'utilisation de cette possibilité de concilier doit être l'exception : elle évite la seconde instance, mais il existait déjà un procès judiciaire qui avait pris plusieurs années et qui avait été très onéreux pour l'État. On a vu que l'étude faite par le Comité de conciliation est très importante ; cela signifie que dans les cas seulement où il n'existait pas une décision judiciaire d'unification ou les membres du Comité de conciliation n'auraient pas pu déterminer une forte probabilité de condamnation de l'entité, la décision de ne pas concilier extrajudiciairement d'un Comité s'avère justifiée. En tout cas, nous pensons qu'il est inacceptable qu'un Comité évite de concilier en sachant qu'il existe une forte probabilité de condamnation contre l'entité et qu'il existe l'argent pour payer la somme qui sera accordée et reconnue et finalement qu'une décision de condamnation intervienne ensuite dans un procès judiciaire. Dans ce cas, même si l'entité décide de concilier pour éviter le procès de seconde instance, la somme à payer sera sans aucun doute plus élevée que celle d'une conciliation extrajudiciaire.

Par conséquent, lorsqu'il existe des preuves qui permettent de déterminer que les membres d'un Comité de conciliation, sans justification juridique claire, n'ont pas voulu concilier extrajudiciairement et que leur décision a entraîné un procès qui s'est terminé par une décision de condamnation, ils pourront être considérés sujets passifs d'une prétention récursoire car la somme supplémentaire que l'entité publique a payé pour ne pas avoir concilié extrajudiciairement peut être considérée comme un préjudice porté au patrimoine public ; or cette situation permet, s'il existe un dol ou une culpabilité grave, d'engager un procès avec une prétention récursoire. En tout

cas, l'utilisation de la conciliation après une sentence condamnatoire est acceptée par la loi mais elle sera justifiée s'il n'y a pas eu vraiment conciliation auparavant en raison d'une croyance motivée de l'entité publique en la possibilité d'obtenir une décision favorable en cas de procès et que la décision de non concilier ait été motivée. En conclusion, la consécration des normes qui permettent d'utiliser la conciliation avant et durant le procès est importante, mais il faut plutôt orienter les efforts vers la construction d'une culture conciliatoire en Colombie ; il faut en finir avec la politique de non conciliation des entités publiques et il faut que toutes les autorités de contrôle commencent à sanctionner disciplinairement les personnes qui, sans justification juridique valide, n'utilisent pas la conciliation, ce qui représente un préjudice pour le patrimoine de l'État. En tout cas, si l'entité publique a été condamnée en première instance, elle doit faire appel de la décision pour ouvrir une nouvelle possibilité de conciliation et une nouvelle possibilité de payer moins et d'économiser de l'argent. La loi est assez protectionniste du patrimoine public et les entités publiques doivent en profiter pour mettre fin aux conflits dont elles savent qu'ils aboutiront à un résultat négatif pour l'entité publique.

La démarche de l'audience de conciliation témoigne aussi du rôle actif des conciliateurs en droit administratif. Rôle qui s'achève avec l'élaboration et la signature de l'acte qui contient l'accord conciliatoire et sa transmission au juge si l'accord est extrajudiciaire ou la terminaison du procès s'il approuve l'accord judiciaire, dans ce dernier cas, le rôle du conciliateur se confond avec celui d'autorité d'homologation et de juge administratif.

Section 2. L'obligation de dresser un acte de conciliation.

168. Si l'audience de conciliation se réalise et que les intéressés ou les parties parviennent à un accord, il sera dressé un acte précisant le lieu, la date et l'heure de l'audience, l'identification de l'agent du Ministère public, l'identification des personnes citées avec mention expresse de celles qui assistent à l'audience, la relation succincte des prétentions motif de la conciliation, l'accord obtenu par les

parties avec l'indication du montant à payer, le mode d'accomplissement de l'accord ; le moment et le lieu d'accomplissement des obligations accordées et, enfin, tous les aspects concernant l'accord. L'accord peut être total ou partiel. Dans le premier cas, il n'y aura pas de procès judiciaire s'il y a un accord extrajudiciaire ou si l'accord est judiciaire, il met fin au procès, ces effets se produisent si le juge administratif donne son approbation à l'accord. Si la conciliation se réalise après le prononcé de la sentence de première instance et avant que l'appel ne soit décidé, et que l'accord est approuvé par le juge, la procédure d'appel se termine. Si l'accord approuvé est partiel, le procès continue avec les autres prétentions. Il est nécessaire de spécifier que dans le cas de conciliations partielles, les prétentions conciliées ne seront pas un motif de préjugement par rapport à celles non conciliées. La conciliation partielle n'est pas un moyen de preuve de la partie défenderesse en ce qui concerne les prétentions non conciliées qui doivent être prises en considération au moment de résoudre le conflit.

169. Il est possible que les parties ne parviennent pas à un accord ou qu'elles n'assistent pas à l'audience. Dans ce dernier cas, il est nécessaire d'analyser les effets défavorables que peut entraîner pour les parties leur non assistance à l'audience de conciliation. En conformité avec l'article 22 de la Loi 640 de 2001, si une partie n'assiste pas à l'audience de conciliation extrajudiciaire et ne justifie pas son absence dans les trois jours suivants, sa conduite sera considérée comme un indice grave contre ses prétentions s'il existe un procès judiciaire portant sur les mêmes faits. En outre, le paragraphe 1 de l'article 35 de la Loi 640 de 2001 introduit une autre conséquence pour la non assistance ; lorsque la conciliation extrajudiciaire est un préalable obligatoire et qu'une partie n'assiste pas et ne justifie pas son absence, il lui sera imposé une amende équivalente à deux salaires minimaux.

L'antécédent de ces normes est l'article 79A de la Loi 23 de 1991, introduit par l'article 78 de la Loi 446 de 1998, qui disposait qu'en cas d'absence des parties le jour de l'audience, une nouvelle date devait être fixée. Si les parties n'assistaient pas à la seconde citation, on leur imposait une amende et on devait considérer leur conduite comme un indice grave contre les prétentions,

dans le cas d'un éventuel procès judiciaire. La Loi 640 de 2001 abroge l'article 78 de la Loi 446 de 1998 et, par conséquent, l'article 79A de la Loi 23 de 2001 qui devait son existence à cet article a disparu. Les normes actuellement en vigueur sont donc l'article 22 et le paragraphe 1 de l'article 35 de la Loi 640 de 2001.

170. Mais comme il a été déjà montré, toute la démarche conciliatoire doit être effectuée par l'intermédiaire d'un avocat en droit administratif ; cela signifie que la personne directement affectée n'a pas l'obligation d'être présente le jour de l'audience mais que l'assistance de son avocat est obligatoire ; cette interprétation se déduit du paragraphe 3° de l'article 1° de la Loi 640 de 2001⁴⁴⁷. En cas de non assistance d'une des parties, le conciliateur donnera une attestation de non conciliation, en indiquant les excuses présentées par la partie absente. Dans ce cas, les parties pourront aller auprès du juge pour résoudre leur conflit et, si la conciliation était un préalable obligatoire, cette exigence sera accomplie et leur demande contentieuse sera recevable. Dans le cas de la conciliation judiciaire réalisée sur demande conjointe des parties, si l'une des parties ne se présente pas le jour fixé pour l'audience mais qu'elle justifie son absence, le juge fixera une nouvelle date pour réaliser l'audience dans les 10 jours suivants. Mais si l'audience ne se réalise pas, la première fois, en raison de l'absence injustifiée d'une des parties, le juge ne fixera pas de nouvelle date pour réaliser l'audience à moins que les parties ne demandent conjointement sa réalisation⁴⁴⁸. Pour conclure, en droit administratif la présence des parties n'est pas obligatoire ; c'est l'avocat des parties qui doit être présent. Certains auteurs considèrent que les normes qui imposent une sanction pour être absent sans justification le jour de l'audience ne s'appliquent pas en droit administratif car il n'est pas possible de

⁴⁴⁷ Ley 640 de 2001, "Por la cual se modifican las normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones", Diario Oficial No. 44.303 de 24 de enero de 2001, artículo 1°, parágrafo 3° « En droit administratif, la procédure conciliatoire dès la présentation de la demande doit se faire par l'intermédiaire d'un avocat qui doit assister aux audiences de conciliation ». Traduction au français par Verónica Peláez G. (Texte en espagnol : « *En materia de lo contencioso administrativo el trámite conciliatorio, desde la misma presentación de la solicitud deberá hacerse por medio de abogado titulado quien deberá concurrir, en todo caso, a las audiencias en que se lleve a cabo la conciliación.* »).

⁴⁴⁸ Ley 640 de 2001, "Por la cual se modifican las normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones", Op.Cit., article 43.

faire une application analogue et une interprétation extensive des normes qui s'appliquent en droit civil, les dispositions qui imposent une sanction devant être expresse ; or, les normes qui régulent cette matière ne mentionnent pas l'avocat des parties ; il n'est donc pas possible de le sanctionner⁴⁴⁹.

En matière de conciliation judiciaire, M. García Rodríguez considère que le cas est similaire. L'article 103 de la Loi 446 de 1998 expose les conséquences de la non assistance des parties et de leur avocat à l'audience de conciliation judiciaire. Mais cette disposition fait référence au procès civil ; il n'est pas non plus possible d'appliquer cette disposition en droit administratif. Par conséquent, Il n'existe pas de norme qui régule les conséquences juridiques pour non assistance des parties et de leur avocat à l'audience de conciliation judiciaire et extrajudiciaire ; la normativité en vigueur n'impose aucun effet juridique défavorable. Cependant, nous sommes en désaccord avec l'affirmation de M. García Rodríguez en matière de conciliation extrajudiciaire en droit administratif car nous considérons que les articles 35 et 22 s'appliquent, et dans aucun cas ces normes n'excluent pas son application en droit administratif. L'article 22 exclu son application juste dans trois matières : droit de la famille, du travail et en matière de police administrative, cela signifie qu'en droit administratif, cet article s'applique et la non assistance à l'audience de conciliation extrajudiciaire ainsi que la non existence de justification sera considéré comme un indice grave au cas d'un procès. De plus, l'article 35 s'applique aussi et il sera possible d'imposer une amende par le juge au cause d'un procès à cause de la non assistance à l'audience de conciliation extrajudiciaire qui épuisait le préalable obligatoire de conciliation.

171. Finalement, une fois réalisée l'audience extrajudiciaire, l'acte de conciliation est signé par les parties et l'agent du Ministère Public leur expliquera que l'acte une fois signé sera remis au juge administratif pour qu'il l'approuve. Si l'agent du Ministère public n'est pas d'accord avec la conciliation car il la considère

⁴⁴⁹ F.GARCÍA RODRÍGUEZ, "La conciliación Administrativa", Bogotá, Ibañez, 2008, p. 266.

préjudiciable pour le patrimoine public, contraire à l'ordre juridique ou parce que les preuves ne sont pas suffisantes pour fonder l'accord, il en fera l'observation, pendant l'audience, ce qui devra figurer expressément dans l'acte qui contient l'accord. Si les parties ne parviennent pas à un accord, l'agent du Ministère public devra leur remettre une attestation en indiquant la date du dépôt de la demande de conciliation, la date et le lieu où s'est tenue l'audience, l'identification du convoquant et du convoqué, l'expression succincte de l'objet de la demande de conciliation et l'impossibilité d'un accord. Avec l'attestation, sera restituée aux intéressés la documentation apportée, à l'exception des documents qui jouissent d'une réserve légale⁴⁵⁰. Dans le cas d'une conciliation judiciaire, il existe aussi un acte qui contient l'accord et l'approbation du juge administratif agissant dans ce cas comme conciliateur et comme l'autorité qui, par la signature de l'acte contenant l'accord, lui donne sa validité juridique.

La conciliation extrajudiciaire et judiciaire en droit administratif comporte toujours une compétence générale du juge administratif en ce qui concerne son approbation. L'accord de parties sans approbation judiciaire n'a pas d'effets juridiques.

⁴⁵⁰ Ley 640 de 2001, "*Por la cual se modifican las normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones*", Op. Cit., article 2°.

TITRE II

UNE HOMOLOGATION JUDICIAIRE GÉNÉRALISÉE

172. La conciliation d'un point de vue substantiel n'est qu'un accord de volontés, un consentement qui s'exprime face une situation juridique déterminée et qui entraîne des effets pour certaines personnes qui, en vertu d'un lien juridique, contractuel, de fait ou de droit, se trouvent en conflit. Le différend, le conflit, la situation en dispute constitue l'objet de la conciliation. Si les parties parviennent à un accord, il y a consentement sur leurs intérêts, conciliation et, par conséquent, reconnaissance de la situation juridique de chacun ou modification d'une situation juridique particulière⁴⁵¹. En Colombie, on ne confère pas expressément à l'accord conciliatoire une valeur de transaction, comme c'est le cas, par exemple, de la décision de l'amiable compositeur qui, conformément à l'article 60 de la Loi 1563 de 2012, produit les effets légaux d'une transaction. Cela signifie que la normativité en vigueur ne considère pas l'accord conciliatoire comme une transaction ; il est plutôt considéré en Colombie comme un *negocio jurídico* bilatéral qui oblige les parties qui interviennent⁴⁵². Cependant, on considère que l'accord conciliatoire doit avoir valeur de transaction même si, en Colombie, la normativité ne lui donne pas cette valeur. La conciliation produit un changement dans la situation juridique des parties liées par un conflit. Elle peut entraîner la création et la modification d'un droit comme c'est le cas dans une transaction.

173. En droit administratif, l'accord des parties n'a d'efficacité qu'avec l'approbation du juge administratif ; pour cette raison, le Conseil d'État accepte

⁴⁵¹ J.R. JUNCO VARGAS, *La conciliación aspectos sustanciales y procesales*, Op. cit., p.286.

⁴⁵² O. MERLIN WALH, *Dictionnaire juridique*, Paris, L.G.D.J, 4^{ème} édition, p. 965. Concept fondé sur l'autonomie de la volonté, sur une ou plusieurs déclarations de volonté destinées à produire un effet juridique licite.

que les parties désistent de l'accord conciliatoire avant son approbation par le juge. Selon le Conseil d'État en matière administrative, « [...] *La validité et l'efficacité de la conciliation sont conditionnées à l'homologation par le juge administratif, qui doit vérifier que les preuves présentées sont suffisantes, que l'accord ne viole pas la loi et qu'il n'est pas lésionnaire du patrimoine public. Pour cette raison, tant que le juge n'homologue pas l'accord conciliatoire, les parties peuvent renoncer ou se rétracter [...]* »⁴⁵³. L'homologation des conciliations en droit administratif trouve sa justification dans la protection du patrimoine public **(Chapitre I)**, mais la validité d'une conciliation ne doit pas être conditionnée à l'approbation du juge car il n'existe pas une exigence juridique justifiant l'existence d'une compétence générale d'homologation du juge administratif des conciliations en droit administratif **(Chapitre II)**

⁴⁵³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 5 de octubre de 2000, rad. 17441, C.P. : Jesús María Carrillo. Voir aussi : Consejo de Estado, Auto del 1º de julio de 1999, Radicación Número 15.721, C.P. : Dr. Ricardo Hoyos D, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 16 de marzo de 2006, Radicación Número : 05001-23-31-000-2001-01680-01(29094), M.P. : Ramiro Saavedra Becerra.

Chapitre I

Une homologation justifiée

174. L'homologation de l'accord conciliatoire en droit administratif comporte une analyse de fond et de forme de l'accord conciliatoire. L'accord conciliatoire ne doit pas être contraire à la Constitution et à loi ; il doit avoir un support probatoire et ne peut constituer une libéralité (*Section 1.*). L'homologation généralisée en Colombie existe pour protéger le patrimoine public mais la situation de violence du pays a mis en évidence que les victimes du conflit armé sont parfois contraintes de signer des accords conciliatoires contraires à leurs intérêts en raison de leur situation de vulnérabilité et de nécessité et la loi n'interdit pas cette situation (*Section 2.*).

Section 1. Les règles de l'homologation : une analyse de fond et de forme de l'accord conciliatoire.

175. En droit administratif, il n'est pas possible d'éviter la participation du juge ou son intervention dans l'utilisation de la conciliation en tant que mécanisme alternatif de résolution des conflits, celle-ci est obligatoire. L'approbation du juge administratif est vue comme une activité propre du juge administratif qui est justifiée car elle rentre dans ses compétences judiciaires (§ 1.). En outre, si le juge homologue un accord conciliatoire, c'est qu'il est conforme à l'ordonnancement juridique et qu'il n'est pas lésionnaire du patrimoine public. En Colombie, pays caractérisé par la corruption et l'utilisation de mécanismes alternatifs de résolution des conflits pour commettre des fraudes quant aux deniers publics, le contrôle du juge administratif constitue une garantie de légalité (§ 2.).

§ 1. L'homologation : une activité juridictionnelle

176. En matière de conciliation extrajudiciaire, si les parties parviennent à un accord, l'acte qui le contient sera remis dans les trois jours suivants au juge ou au tribunal qui serait compétent pour instruire l'affaire dans le cas d'un procès pour qu'il l'homologue. Comme il a déjà été dit, si le conciliateur n'est pas d'accord avec la conciliation, il en fera oralement l'observation durant l'audience de conciliation, et par écrit, dans l'acte qui contient l'accord⁴⁵⁴. Dans le cas de la conciliation judiciaire le conciliateur sera le juge mais il doit aussi approuver l'accord pour mettre fin au procès. En droit administratif à l'accord trouvé par les parties il faut ajouter la décision judiciaire du juge, nommée *Auto de aprobación*, qui confère sa validité à l'accord conciliatoire. Lorsque le Tribunal administratif, ou le juge administratif, analyse un accord conciliatoire, il doit vérifier qu'il n'est pas lésionnaire du patrimoine public et qu'il n'est pas vicié de nullité absolue⁴⁵⁵. Dans le cas d'une conciliation judiciaire, le juge administratif doit aussi se prononcer sur son approbation, il doit en tant que conciliateur déterminer sa convenance et sa légalité et le signer, s'il est d'accord.

Cela signifie que l'acte qui contient l'accord conciliatoire dans le cas d'une conciliation extrajudiciaire n'a pas de portée juridique sans l'homologation du juge. Il en va de même avec l'accord conciliatoire judiciaire. La conciliation contenue dans l'acte de conciliation forme une unité avec la décision du juge qui homologue l'accord ou qui désapprouve la conciliation. Elles produisent des effets juridiques en tant qu'unité. La conciliation sans homologation n'est qu'un document sans portée juridique, mais la conciliation aura l'effet de chose jugée avec l'homologation du juge administratif. La conciliation et la décision judiciaire qui l'approuvent en tant qu'unité auront cet effet⁴⁵⁶.

⁴⁵⁴ Ley 640 de 2001, "Por la cual se modifican las normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones", Diario Oficial No. 44.303 del 24 de enero de 2001, artículo 24.

⁴⁵⁵ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sec. Tercera. Sentencia del 23 de Noviembre de 1995, *Expediente Número : 94D10006*, aclaración de voto. Cité in: H.J. ROMERO DIAZ, *La Conciliación judicial y extrajudicial, su aplicación en el derecho colombiano*.

⁴⁵⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Sentencia del 29 de Junio de 2000, *Radicación Número 17356*, M.P. : María Helena Giraldo Gómez.

177. Ainsi le caractère hybride, mi-conventionnel, mi-judiciaire de l'acte homologué apparaît bien comme l'essence de l'homologation judiciaire⁴⁵⁷. Homologuer entre naturellement dans les attributions du juge et ces attributions sont variées : jugements de litiges, décisions gracieuses, actes d'administration judiciaire, la même valeur n'étant pas attachée à toutes ces interventions. Il existe donc des actes juridictionnels et d'autres actes du juge. La notion d'acte juridictionnel suppose l'autorité de chose jugée de l'acte du juge⁴⁵⁸. Le juge a un rôle actif, il n'est pas seulement un témoin solennel de la déclaration des parties ; il peut refuser une homologation par exemple lorsque l'accord est contraire à « *l'ordre public et aux bonnes mœurs* ». L'homologation est autre chose qu'un acte « *purement réceptif : le juge de l'homologation doit confronter la prétention des requérants aux exigences légales et ne peut homologuer que si les conditions prévues par la loi sont réunies, ce qui suppose de sa part une appréciation de nature juridictionnelle [...]* »⁴⁵⁹ Cela signifie que la décision du juge d'homologation n'est pas une décision purement volontaire dans laquelle il ne dit pas le droit et n'apprécie que l'opportunité. Le juge administratif, au moment d'homologuer, dit le droit ; il fait une vérification juridictionnelle de l'accord conciliatoire et sa décision (*Auto*) constitue un acte juridictionnel correspondant à l'exercice d'une fonction juridictionnelle par le juge.

178. Ce qui caractérise la fonction d'homologation, c'est que la décision du juge vient toujours se greffer sur un acte juridique préexistant. Ce n'est pas l'exception en Colombie. La volonté des parties dans l'accord conciliatoire est à elle seule impuissante à produire les effets de droit recherchés ; l'intervention du juge va lui conférer une efficacité⁴⁶⁰. Le rôle du juge est de parachever un acte incomplet (l'accord conciliatoire des parties). L'accord conciliatoire et la décision d'homologation (*Auto*) sont indissolublement liés l'un à l'autre et ne peuvent avoir d'effets l'un sans l'autre ; c'est de leur conjonction que naissent les effets juridiques

⁴⁵⁷ I. BELENSI, "l'homologation judiciaire des actes juridiques", RTD civ. 1978, p.46.

⁴⁵⁸ *Ibid*, p.49.

⁴⁵⁹ *Ibid*, p. 59.

⁴⁶⁰ *Ibid*, p. 60.

recherchés. Mais la décision d'homologation n'a pas d'effet novatoire car l'accord conciliatoire ne se transforme pas, par l'effet de l'homologation, en acte judiciaire ; « *il y a superposition de deux actes de nature différente et non absorption du premier par le second* »⁴⁶¹.

179. De l'affirmation du caractère mixte de l'accord conciliatoire mi-conventionnel, mi-judiciaire, découlent trois règles. D'une part, l'accord conciliatoire ne produit pas d'effet sans homologation. Cela signifie-t-il que les effets de l'accord partent de l'existence de l'accord ou de l'homologation ? L'accord conciliatoire produit ses effets à compter du jour de l'homologation. Mais il faut se poser une autre question : avant d'être homologué, l'accord conciliatoire est-il dépourvu de tout effet juridique, autrement dit, l'accord lie-t-il les parties ? Sont-elles obligées l'une vis-à-vis de l'autre de donner suite à leur projet, de soumettre leur accord à l'homologation du juge administratif ? Dans le cas de l'accord conciliatoire, il ne produira ses effets qu'avec l'homologation et les parties peuvent encore revenir sur leur décision et se désister de l'accord ; elles ne sont pas tenues de poursuivre la procédure.

D'autre part, le juge administratif ne peut modifier l'accord conciliatoire ; il ne peut qu'homologuer ou refuser d'homologuer sans pouvoir en modifier les termes. Le principe dispositif s'applique⁴⁶². Cette règle entraîne le refus d'homologation si le juge considère que l'accord est contraire à la Constitution et à la loi, s'il est lésionnaire du patrimoine public et s'il n'existe pas les preuves suffisantes pour fonder l'accord conciliatoire. En outre, elle justifie l'inexistence d'homologation partielle ou conditionnelle des accords conciliatoires en droit administratif, car son acceptation entraîne la modification de la commune intention des parties ; ainsi, en présence d'une clause qu'il estime contraire à l'ordre public ou à une disposition normative, le juge ne peut que refuser son homologation. Finalement, l'homologation purge-t-elle l'accord conciliatoire de tous les vices ? Il faut répondre que l'accord homologué est « [...] *une convention et une décision judiciaire ou plus*

⁴⁶¹ I. BELENSI, "L'homologation judiciaire des actes juridiques", RTD civ. 1978, p.61.

⁴⁶² Parodi, *l'esprit général et les innovations du nouveau code de procédure civile*, Rép. Defr. 1976, article 31120, n°29, Cité in : I. BELENSI, "l'homologation judiciaire des actes juridiques", RTD civ. 1978,p. 64.

exactement une convention plus une décision judiciaire [...] ⁴⁶³» ; ils sont liés et on pourrait affirmer que la critique de l'accord conciliatoire homologué ne peut opérer que s'il est vicié et qu'il ne peut être l'objet d'une action de nullité et de rétablissement du droit, au stade de l'acte d'homologation (*Auto*) que s'il est irrégulier. Cependant, en droit administratif colombien, ce cas de figure ne peut se présenter car il rentre dans la mission du juge de vérifier les conditions de validité de l'accord conciliatoire ; par conséquent, il ne pourra ensuite être attaqué par la voie d'une action de nullité et seule la décision d'homologation (*Auto*) pourra être critiquée par l'exercice des voies de recours. Cela signifie qu'en matière de conciliation en droit administratif colombien, l'homologation purge les vices de l'accord et que les actions de nullité contre l'accord homologué ne sont pas recevables. L'autorité de chose jugée y fait obstacle. Cela fait penser que l'accord conciliatoire se substitue à la décision d'homologation ; cependant cela ne se produit pas en Colombie. L'accord conciliatoire plus la décision d'homologation constituent un titre exécutif complexe et ils produisent des effets par la présence des deux actes, et la loi autorise les voies de recours contre la décision d'homologation qui est un acte de nature juridictionnelle⁴⁶⁴.

180. Le juge administratif a toujours été considéré comme le gardien de la légalité et sa compétence pour homologuer les conciliations en droit administratif n'est pas l'exception. L'administration est jugée par la juridiction administrative et l'activité de l'administration est limitée par le principe de légalité, ainsi que toutes ses décisions générales et particulières et ses contrats⁴⁶⁵. L'homologation se justifie en droit administratif colombien pour garantir la légalité de l'accord conciliatoire.

⁴⁶³ I. BELENSI, "l'homologation judiciaire des actes juridiques", RTD civ. 1978, p. 66.

⁴⁶⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Sentencia del 7 de febrero de 2002, *Radicación Número* : 05001-23-25-000-2000-2626-01(20869), M.P. : Ricardo Hoyos Duque.

⁴⁶⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Sentencia del 12 de Agosto de 2004, *Radicación Número* 76001-23-25-000-1999-1681-01(21823), M.P. : Ramiro Saavedra Becerra.

§ 2. L'homologation : une garantie de légalité.

181. La conciliation en droit administratif comporte toujours la participation des entités publiques ou des personnes morales de droit public auxquelles est reconnu un moindre pouvoir de disposition que pour les personnes privées ou les entités privées puisque lorsqu'elles utilisent la conciliation, elles disposent du patrimoine public⁴⁶⁶. En droit privé, le particulier peut toujours disposer de ses intérêts, en vertu de l'autonomie privée, avec plus de liberté. En droit administratif, les limites fixées aux entités publiques ou aux personnes publiques sont justifiées dans la prémisse selon laquelle « *Les personnes publiques ne peuvent être condamnées à payer une somme d'argent qu'elles ne doivent pas* »⁴⁶⁷ ; par conséquent, l'État ne peut reconnaître des libéralités à travers une conciliation.

L'article 73 de la Loi 640 de 2001 dispose que « [...] *L'autorité judiciaire n'approuvera pas l'accord conciliatoire lorsque les preuves présentées ne seront pas suffisantes, lorsqu'il sera lésionnaire du patrimoine public ou lorsqu'il violera la loi [...]* »⁴⁶⁸. Le Conseil d'État a établi d'autres exigences au-delà des exigences légales pour approuver un accord conciliatoire en droit administratif. Ainsi, il exige aussi que les entités publiques ou les personnes publiques et les personnes privées ou les entités ou associations privées qui concilient soient dûment représentées, que les représentants de ceux qui concilient aient la capacité pour disposer et qu'ils aient la faculté de concilier, que la caducité n'ait pas opéré, que l'accord porte sur des affaires de caractère particulier et de contenu économique⁴⁶⁹.

⁴⁶⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Auto del 10 de noviembre de 2000, Cité in: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Auto de septiembre 30 de 2004, *Radicación Número : 76001-23-31-000-2000-2627-01(26877)*, M.P: Ariel Hernández.

⁴⁶⁷ C.E 19 mars 1971, *Mergui*, Rec. Leb, p. 235.

⁴⁶⁸ Ley 446 del 7 de julio de 1998, "*Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y el Decreto 2219 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia*", artículo 73.

⁴⁶⁹ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera, Auto del 4 de noviembre del 2004, *Radicación Número : 68001-23-15-000-2002-0564-01(24225)*, C.P. :

182. L'un des aspects que doit étudier le juge administratif, en conformité avec la loi, au moment d'approuver un accord conciliatoire, consiste à s'assurer qu'il ne soit pas lésionnaire du patrimoine public, et que les preuves présentées permettent de déterminer une forte probabilité de condamnation contre l'entité publique⁴⁷⁰. L'existence des preuves nécessaires, qui déterminent l'existence de l'obligation reconnue par une entité publique, permet d'éviter que l'accord conciliatoire ne puisse être considéré lésionnaire du patrimoine public. Ce sont deux aspects qui sont absolument liés. Le conciliateur doit vérifier les preuves présentées et, en cas de besoin, il peut demander des preuves aux parties ; mais dans tous les cas, le juge doit vérifier au moment de réviser l'accord conciliatoire que les preuves présentées avec l'accord conciliatoire permettent de prouver l'existence des faits qui ont conduit à l'acceptation de la formule d'arrangement à laquelle sont parvenues les parties⁴⁷¹.

Ramiro Saavedra Becerra. Voir aussi: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 16 de marzo de 2005, *Radicación Número* : 25000-23-26-000-2002-01216-01(27921)A, C.P. : Ruth Stella Correa Palacio, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 18 de julio 2007, *Radicación Número* : 25000-23-26-000-2001-00072-01(31838), C.P. : Alier Eduardo Hernandez, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 7 de febrero de 2006, *Radicación Número* : 68001-23-15-000-2004-01606-01(32215), C.P. : Alier Eduardo Hernandez Enriquez, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 31 de agosto de 2005, *Radicación Número* : 15001-23-31-000-2004-01381-01(30143), C.P. : María Elena Giraldo Gómez, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Primera, Sentencia del 7 de octubre de 2010, *Radicación Número* : 110001 0324 000 2009 00419 00, C.P. : Rafael Ostau de Lafont Pianeta, parmi d'autres.

⁴⁷⁰ Ley 446 del 7 de julio de 1998, "Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y el Decreto 2219 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia", artículo 73.

⁴⁷¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 22 de mayo de 2008, *Radicación Número* : 25000-23-26-000-1999-01348-01(26427), M.P. : Ruth Stella Correa Palacio, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 28 de febrero de 2006, *Radicación Número* : 05001-23-31-000-1999-03328-01(26351), M.P. : Ruth Stella Correa Palacio, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 2 de 2005, *Radicación Número* : 19001-23-31-000-2000-03228-01(27034), M.P. : Ramiro Saavedra Becerra, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 10 de noviembre de 2000, *Radicación Número* : 18298, M.P. : Ricardo Hoyos Duque, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

183. La conciliation permet de résoudre les conflits de manière directe ; elle est construite à partir de la capacité de disposition des intervenants. Mais en droit administratif le patrimoine public est en jeu au moment d'utiliser une conciliation et pour cette raison la loi établit des exigences spéciales que le juge doit prendre en compte au moment d'approuver un accord conciliatoire, telles que le support probatoire de l'accord, la non affectation du patrimoine public de façon injustifiée et l'absence de violation de la loi⁴⁷². Mais il faut préciser que le Conseil d'État colombien considère que l'accord ne peut être ouvertement lésionnaire du patrimoine public⁴⁷³, ce qui fait penser que seul l'accord qui comporte un paiement exagéré de la part de l'État, contraire aux règles d'indemnisation et de réparation, ou l'accord par lequel l'entité publique est obligée de payer une somme qu'elle ne doit pas, ne sera pas approuvé par le juge⁴⁷⁴. Cependant, les choses ne sont pas si simples. Il est clair que si l'accord constitue une libéralité pour l'entité publique, le juge ne l'homologuera pas. Mais il considère aussi dans la plupart des cas qu'un accord conciliatoire est lésionnaire du patrimoine public s'il n'est pas fondé sur les preuves nécessaires. Cela signifie que l'absence de preuves ou l'insuffisance probatoire d'un accord conciliatoire fait penser au juge que l'accord peut être lésionnaire du patrimoine public. Dans ce cas, l'accord peut ne pas être ouvertement lésionnaire du patrimoine public, mais l'absence de preuves ou leur

30 de marzo de 2006, *Radicación Número* : 05001-23-31-000-1998-02967-01(31385), M.P. : Alier Eduardo Hernández Enríquez.

⁴⁷² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Auto del 30 de marzo de 2000, *Radicación Número* : 16116.

⁴⁷³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Auto del 13 de febrero de 2006, *Radicación Número* : 41001-23-31-000-2003-01282-01(27928), M.P. : Germán Rodríguez Villamizar, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Auto del 18 de julio de 2007, *Radicación Número* : 05001-23-31-000-2000-03773-01(30851), M.P. : Ruth Stella Correa, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Auto del 29 de enero de 2004, *Radicación Número* : 85001-23-31-000-2003-0091-01(25347), M.P. : Alier Eduardo Hernández.

⁴⁷⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 26 de marzo de 2009, *Radicación Número* : 50001-23-31-000-2007-00014-01(34233), M.P. : Ramiro Saavedra Becerra, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 30 de septiembre 2004, *Radicación Número* : 76001-23-31-000-2000-2627-01(26877), M.P. : Alier Eduardo Hernández Enríquez, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 3 de marzo de 2005, *Radicación Número* : 73001-23-31-000-2002-00961-01(23875), M.P. : Ramiro Saavedra Becerra.

insuffisance ne permet pas au juge de justifier l'accord auquel les parties sont parvenues, ce qui lui fait penser qu'il peut être lésionnaire du patrimoine public, et il ne l'approuvera pas. En outre, le juge doit approuver ou ne pas approuver l'accord, il ne peut le modifier pour donner son approbation⁴⁷⁵.

184. Mais, selon nous, si le juge trouve que le fait, ou les faits, qui servent de fondement à la conciliation existent mais que les preuves présentées, accompagnant l'accord ne sont pas suffisantes ou que les documents n'ont pas été présentés en conformité avec les exigences légales, il peut adopter deux positions avant de décider de ne pas approuver un accord. Il peut rendre la documentation de la conciliation au conciliateur (Ministère public) pour qu'il demande aux parties de fournir les preuves nécessaires ou les documents manquants ou l'information manquante ou il peut demander directement aux parties les documents. Dans les deux cas, il sera nécessaire de prévoir un délai raisonnable pour que les intéressés présentent l'information requise. Ce délai écoulé, le juge peut se prononcer sur l'approbation de l'accord. Cette compétence du juge n'est pas consacrée expressément dans la loi, mais elle trouve son fondement dans le but recherché dans l'utilisation de la conciliation extrajudiciaire, c'est-à-dire décongestionner les tribunaux et éviter le contentieux. Si le juge décide d'agir en choisissant l'une des deux possibilités présentées, il peut éviter un procès judiciaire et profiter de la possibilité de résoudre le conflit en approuvant l'accord s'il trouve que toutes les conditions sont satisfaites pour homologuer. Il est contraire à la finalité des mécanismes alternatifs de solution des conflits, à sa déontologie, que le juge administratif préfère ne pas approuver un accord conciliatoire pour absence de preuves suffisantes car il peut demander aux parties les documents, ou ne pas approuver parce que les documents ont été présentés en copie non certifiée conforme plutôt que de demander de les présenter ou de les compléter.

⁴⁷⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 23 de septiembre de 2004, *Radicación Número* : 47001-23-31-000-2002-0165-01(26558), M.P. : Nora Cecilia Gómez Molina.

185. Malgré cela, la plupart des juges préfèrent ne pas approuver l'accord. Ainsi, face à la défaillance probatoire, le juge considère normalement que l'accord peut être lésionnaire du patrimoine public et décide de ne pas l'homologuer⁴⁷⁶. Pour cette raison, une évolution normative ou même jurisprudentielle est nécessaire. Cela signifie qu'une disposition normative qui consacre la compétence du juge pour demander aux parties des preuves complémentaires, ou de les présenter avec les exigences normatives existantes, est souhaitable. Si la compétence du juge est expresse, cela contribue à l'efficacité de la conciliation extrajudiciaire en droit administratif mais à la condition que le juge comprenne son rôle. Finalement, le juge est vu comme un garant de la légalité de l'accord conciliatoire ; ainsi, s'il reçoit un accord conciliatoire bien préparé, fondé sur des faits certains mais avec des faiblesses probatoires, il doit simplement demander les documents manquants ; ce comportement non seulement garantit la légalité de l'accord mais évite un procès judiciaire et contribue à l'efficacité de la conciliation.

En tout cas, étant donné l'absence de normativité qui consacre cette compétence, le juge peut décider de demander les preuves qu'il considère nécessaires pour fonder l'accord puisque finalement son comportement n'entraîne pas une modification de la volonté des parties et que l'accord conciliatoire reste le même. Ce type de comportement des juges entraîne nécessairement une évolution dans les décisions d'approbation des accords conciliatoires (*Autos*), ce qui est véritablement nécessaire. En outre l'absence de disposition normative n'emporte pas une interdiction pour le juge de

⁴⁷⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Auto del 21 de octubre de 2004, *Radicación Número : 25000-23-26-000-2002-2507-01(25140)DM*, M.P. : Germán Rodríguez Villamizar, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Auto del 3 de marzo de 2005, *Radicación Número : 73001-23-31-000-2002-00961-01(23875)*, M.P. : Ramiro Saavedra, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Auto del 7 de febrero de 2007, *Radicación Número : 76001-23-31-000-1998-00510-01(30842)*, M.P. : Ramiro Saavedra, Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 7 de febrero de 2007, *Radicación Número : 76001-23-31-000-1998-00510-01(30842)*, M.P. : Alier Eduardo Hernández.

demander les documents probatoires manquants ou un complément des preuves, ou de demander leur présentation selon les formalités exigées car ce comportement contribue à garantir l'efficacité de la conciliation ; ce qu'il faut est donc un changement de mentalité des juges.

186. Le juge, au moment d'étudier la légalité de l'accord conciliatoire, vérifie en premier lieu les questions de forme et ensuite procède à l'étude de fond de l'accord et vérifie que les preuves présentées permettent de fonder la formule d'arrangement accordée⁴⁷⁷. Le juge administratif exige que les preuves existantes lui apportent la certitude absolue de l'identité des parties et de l'existence de l'obligation reconnue par les parties ; il considère sino comme on l'a expliqué, que l'accord est lésionnaire du patrimoine public. Cela signifie que le juge pour approuver une conciliation doit avoir la certitude qu'elle est conforme à l'ordonnement juridique ; l'existence des preuves doit être suffisante pour lui permettre d'arriver à cette certitude et déterminer l'existence d'une forte probabilité de condamnation contre l'entité publique en cas de procès⁴⁷⁸. Selon le Conseil d'État « [...] *La limite de la conciliation, pour qu'elle soit valide, impose que l'accord conciliatoire ne soit pas lésionnaire des intérêts patrimoniaux de l'État. Si les parties cherchent à parvenir à un accord sur une somme d'argent garantie par des titres valeurs, il faut que les originaux des titres soient présentés puisque le juge doit avoir la certitude que la somme qui prétend être exigée ou conciliée existe réellement* »⁴⁷⁹. C'est l'original des titres de valeurs qui doit être présenté mais pour les autres documents, il faut analyser une nouvelle disposition du Nouveau Code. L'article 215 de la Loi 1437 de 2001⁴⁸⁰, dispose qu' « il est présumé, sauf preuve

⁴⁷⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, 11 de febrero de 2009, *Radicación Número* : 54001-23-31-000-1995-08777-01(16337), M.P. : Myriam Guerrero de Escobar, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 3 de marzo de 2005, *Radicación Número* : 47001-23-31-000-2000-00785-01(26274), M.P. : María Elena Giraldo Gómez.

⁴⁷⁸ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso, Sección Tercera, Auto del 29 de junio de 2000, *Expediente Número* : 17909, C.P. : Alier Eduardo Hernández.

⁴⁷⁹ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso, Sección Tercera, Auto del 2 de febrero de 2005, *Expediente Número* : 27387

⁴⁸⁰ Disposition abrogé par le Nouveau code général du procès mais reproduit dans son article 244 : « *Les documents publics au privés en original au en copie élaborés, signés ou*

contraire, que les copies ont la même valeur que le document original, lorsqu'elles n'ont pas été rejetées comme fausses [...] »⁴⁸¹. L'article 215, aujourd'hui reproduit dans l'article 244 du Nouveau code générale du procès a des conséquences au niveau de la conciliation. Avec la demande de conciliation extrajudiciaire il fallait présenter les preuves respectives, original ou copie certifiée conforme, en application des articles 253 et 254 de l'ancien Code de procédure civile. Si les documents qui servaient de preuve n'étaient pas présentés selon cette exigence le juge administratif n'approuvait pas l'accord conciliatoire car ils n'avaient pas de valeur probatoire. Mais avec la nouvelle disposition il sera possible de présenter les preuves pendant un procès judiciaire en copie non certifiée conforme, et ils auront valeur probatoire sauf si la preuve est considérée comme fausse ; mais c'est une disposition qui s'applique dans le procès contentieux administratif. Est-il également possible de l'appliquer à la conciliation extrajudiciaire ? Existe-t-il une dérogation tacite à l'article 8° du Décret 1716 de 2009 qui exige que les documents probatoires soient présentés avec les exigences des articles 253 et 254 du Code de procédure civile ? La réponse est oui. Cela signifie qu'il a existé une dérogation tacite et partielle à l'article 8° et disparaît une exigence excessive et obligatoire en matière de conciliation de présenter les documents probatoires en original ou en copie certifiée. Cela contribue à l'efficacité de la conciliation car le manquement à cette exigence pour les parties, l'absence de son exigence de la part du conciliateur a entraîné l'échec de plusieurs conciliations car le juge administratif improuvait l'accord⁴⁸².

écrits par les parties ou les tiers [...] sont présumés authentiques, s'ils n'ont pas été rejetés comme fausses [...] »

⁴⁸¹ Ley 1437 del 14 de enero de 2011, Diario Oficial N° 47956 de enero 18 de 2011, «Por la cual se expide el Código de Procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, artículo 215.

⁴⁸² Voir par exemple : Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección tercera, Sentencia del 11 de febrero de 2009, *Radicación número : 54001-23-31-000-1995-08777-01(16337)*, M.P., Myriam Guerrero de Escobar, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección tercera, Sentencia del 3 de marzo de 2005, *Radicación número : Radicación número: 47001-23-31-000-2000-00785-01(26274)*, M.P., María Elena Giraldo Gómez.

187. Un autre aspect qui est analysé par le juge au moment de l'homologation est la représentation des parties. Cet aspect fait référence au fait qu'en matière administrative la procédure de conciliation doit se faire par l'intermédiaire d'un avocat. Pour garantir sa légitimité à l'agir, l'avocat d'une entité publique doit disposer d'un mandat spécial pour concilier, conféré par le représentant légal de l'entité, puisque c'est lui qui a la compétence et la faculté pour engager l'entité publique. Un fonctionnaire hiérarchiquement inférieur ne peut autoriser une conciliation ni accorder un pouvoir pour agir. En outre, l'article 1 paragraphe 3 de la Loi 640 de 2001 dispose que le représentant légal d'une personne morale doit conférer le mandat à l'avocat pour qu'il participe à l'audience de conciliation.

En droit administratif, la conciliation doit se faire par l'intermédiaire d'un avocat, et son mandat spécial pour concilier doit lui être conféré par le représentant légal de l'entité publique ou par le fonctionnaire le plus haut placé dans la hiérarchie ou par le représentant légal de la personne morale de droit privé, en conformité avec le certificat d'existence et représentation. Dans ce dernier cas, si la personne qui agit en représentation d'une société dans une conciliation est avocat et qu'elle a la faculté pour représenter la société judiciairement et extrajudiciairement, le mandat conféré par le représentant légal n'est pas nécessaire car elle peut représenter la société en vertu de son certificat d'existence et représentation. Dans le cas d'une personne physique, si celle-ci est considérée capable, elle peut conférer mandat pour concilier en droit administratif, et qui sera valide, mais si la personne physique est avocate, elle pourra agir directement sans nécessité de représentation judiciaire. Le juge vérifiera que les règles en matière de représentation sont respectées⁴⁸³.

188. Un autre aspect qui concerne le juge administratif au moment d'approuver un accord conciliatoire, lié au précédent, consiste en ce que les représentants des parties qui concilient aient capacité pour disposer du litige et qu'ils aient faculté expresse pour concilier. Dans le cas des personnes morales de droit privé et des personnes physiques, le mandat doit comporter la faculté de concilier dans

⁴⁸³ Voir *Supra* n°110 et ss, p.145 et ss.

l'affaire particulière, mais pour les personnes morales de droit public ou entités publiques les choses sont différentes⁴⁸⁴. Cette exigence va au-delà du mandat spécial conféré à leurs mandataires judiciaires pour concilier ; elle fait référence à la décision prise par les *Comités de defensa judicial y de conciliación* qui est consignée dans l'acte du Comité apportée par le mandataire judiciaire le jour de l'audience de conciliation. La décision du Comité oblige l'avocat ; il peut concilier mais avec les indications données par le Comité. Le juge, au moment d'approuver un accord, vérifie qu'il respecte la décision prise par le Comité de conciliation ou, si l'entité n'a pas de Comité de conciliation, il doit respecter la décision du représentant légal. Si le mandataire judiciaire ne respecte pas la décision du Comité, il existera un vice de compétence et un manquement de capacité de disposition, car le mandataire malgré le mandat qui lui a été conféré pour concilier a dépassé les limites établies par le Comité de conciliation au moment d'une conciliation ; il n'avait pas la faculté pour parvenir à un accord dans les termes où il l'a fait⁴⁸⁵. N'oublions pas que le Comité non seulement décide s'il accepte une conciliation mais propose la formule d'arrangement que présente l'avocat le jour de l'audience de conciliation.

189. Depuis la réforme introduite par la Loi 1285 de 2009 imposant le préalable obligatoire de conciliation, les différentes autorités ont voulu donner aux Comités de conciliation des orientations pour prendre plus facilement leur décision d'utiliser la conciliation ; ainsi la forte probabilité de condamnation de l'entité doit être analysée par les Comités de conciliation. En reprenant ce qui a été déjà expliqué,

⁴⁸⁴ *Idem.*

⁴⁸⁵ Manuel Maria Diez considère, au sujet du vice de l'incompétence, que : « l'incompétence relative peut comporter l'invalidité d'un acte [juridique], cela arrive lorsque l'acte est dicté ou réalisé par un organe différent à celui établi par la loi, ou lorsque le fonctionnaire qui agit n'a pas la faculté pour agir en représentation de l'organe ou de l' [entité] ou lorsqu'il manque aux manifestations faites toute formalité que la loi exige pour valider la capacité légale. La personne morale qui agit à travers ses organes ou [fonctionnaires] qui ont certaines fonctions, ne peut agir dans les matières réservées à une autre. Si l'organe ou le [fonctionnaire] agit en dehors de ses fonctions, il existe un vice de compétence. Ce vice de compétence peut être en raison de l'affaire, lorsque l'organe ou le fonctionnaire agit en dehors des affaires qui lui ont été attribuées [...] ». M. M DIEZ, *El acto administrativo*, Buenos Aires, Editorial TEA, 1993, p. 401. Cité in J.A PALACIO HINCAPIE, *La conciliación en materia contenciosa administrativa*, Bogotá Librería Ediciones del Profesional, Segunda Edición, 2006, p.88.

les Comités sont des instances qui doivent analyser, au moment de décider de l'utilisation de la conciliation, le précédent jurisprudentiel, la jurisprudence d'unification et concilier s'il existe identité de faits et identité juridique. Il faut toujours que les entités publiques, en particulier ces Comités, analysent les preuves, les faits dans chaque affaire pour déterminer les fortes probabilités de condamnation. Au moment d'approuver une conciliation, le juge a cette obligation en tête et doit vérifier la forte probabilité de condamnation et l'existence de l'obligation reconnue⁴⁸⁶. La Loi 1437 de 2011, Nouveau Code de procédure et contentieux administratif dans son article 10, consacre cette obligation pour les membres des Comités et pour le juge au moment d'approuver une conciliation en disposant que les autorités publiques, au moment de résoudre les affaires qui sont de leur compétence, doivent appliquer avec uniformité les normes constitutionnelles, légales et réglementaires aux situations qui reposent sur les mêmes faits et les mêmes normes. Ils doivent également prendre en compte des décisions judiciaires d'unification existantes. Cette obligation est liée à la compétence du Ministère public consacrée à l'article 303 d'utiliser le recours de reconsidération⁴⁸⁷. L'esprit du Nouveau Code est très utile en matière de conciliation car l'existence d'une jurisprudence unifiée ou de jurisprudence constante sur une affaire permet de prévoir une forte probabilité de condamnation et dans ce cas la conciliation extrajudiciaire doit être utilisée pour éviter un procès judiciaire qui finalement se terminera par une décision de condamnation de l'entité publique et dont le montant à payer sera plus élevé. Cela signifie que le juge administratif, au moment de décider de l'homologation d'une affaire, doit rechercher l'existence éventuelle d'une jurisprudence unifiée sur l'affaire, examiner les preuves présentées pour fonder l'accord et déterminer la forte probabilité de condamnation de l'entité publique.

190. Au moment d'homologuer un accord conciliatoire, il appartient aussi au juge de vérifier si l'affaire admet la conciliation. Ce point peut être examiné par le conciliateur mais cet aspect doit toujours être vérifié par le juge au moment de l'homologation. Si l'affaire n'est pas conciliable car il ne s'agit pas d'une affaire de

⁴⁸⁶ Procuraduría General de la República, Circular 005 del 3 de febrero de 2009, p. 10.

⁴⁸⁷ Voir *Supra* n° 99, p.125 et ss.

caractère particulier, de contenu économique, le conciliateur doit rejeter la demande de conciliation et remettre aux intéressés l'attestation d'affaire non conciliable. La conciliation et la transaction ont un contenu patrimonial et sont donc possibles face à des intérêts de même nature où il est possible d'utiliser le pouvoir de disposer⁴⁸⁸. Les deux doivent concerner des droits qui admettent la renonciation et qui existent⁴⁸⁹. Il n'est pas acceptable qu'une conciliation se réalise sur une affaire qui n'admet pas de conciliation et qu'ensuite le juge arrive à cette conclusion et ne l'homologue pas. Une telle situation représente une perte de temps et d'argent. Malgré cela, le juge vérifie toujours que l'objet de la conciliation porte sur une affaire qui admet la conciliation, situation qui devient nécessaire pour garantir la légalité de l'accord. Cet aspect est aussi lié à celui de la caducité mais il convient d'apporter quelques précisions.

191. Le sujet lié aux affaires qui admettent conciliation comporte nécessairement l'analyse de la caducité de la prétention car il est possible qu'une affaire soit en principe conciliable, mais qu'elle ne le soit pas car la caducité a opéré. Il est clair que si une personne ne peut aller auprès du juge pour discuter son droit, elle ne peut non plus utiliser un mécanisme alternatif de résolution des conflits pour résoudre son différend. Par conséquent, une affaire caduque n'est pas conciliable et dans ce cas si le conciliateur considère que face à l'action ou à la prétention la caducité a opéré, il doit remettre aux intéressés l'attestation correspondante d'une affaire n'admettant pas la conciliation, ou le juge doit imputer l'accord si le conciliateur ne s'est pas aperçu de la caducité de l'action ou de la prétention. Pour conclure, une affaire est conciliable si elle a un caractère patrimonial, permet d'utiliser le pouvoir de disposition et que la caducité n'a pas opéré. En tout cas, il est possible que le conciliateur considère que l'affaire est caduque et que la personne puisse aller devant le juge : l'attestation du conciliateur permet de considérer comme épuisé le préalable obligatoire de conciliation s'il était exigé et cela permet d'accéder à un procès contentieux. Dans ce cas, le juge doit déterminer s'il existe une caducité pour pouvoir décider sur le fond de la requête.

⁴⁸⁸ F. Hinestrosa, *Tratado de las Obligaciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, troisième édition, 2008, p. 744.

⁴⁸⁹ Código Civil, artículo 2475.

Mais il est aussi possible que les parties parviennent à un accord et que le juge, au moment de l'homologation, décide de ne pas approuver l'accord car la caducité a opéré.

192. Il existe un autre aspect qu'il faut analyser, celui relatif aux vices de nullité de l'accord conciliatoire. Si l'accord conciliatoire en droit administratif n'a d'effet que si le juge administratif l'approuve, cela signifie qu'il doit vérifier au-delà des aspects vus, que l'accord ne présente pas de vices de nullité. Ainsi, si le juge détermine qu'il existe un objet ou une cause illicite ou un manquement à une formalité particulière, il doit prononcer la nullité absolue de l'accord conciliatoire. Dans ce cas, il faut partir des textes du Code civil qui disposent d'une part, que « *sont considérés nuls les actes exécutés contre l'interdiction expresse de la loi* »⁴⁹⁰, et d'autre part, que « *Les accords des particuliers ne peuvent déroger aux lois qui relèvent de l'ordre public et des bonnes mœurs* »⁴⁹¹. Un accord conciliatoire contraire à une disposition normative, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs sera nul de nullité absolue ; il existera un objet illicite. Mais il faut préciser que même s'il est habituel de penser qu'il est interdit de renoncer à un droit qualifié d'ordre public, il est possible d'admettre ce renoncement à la condition qu'il s'agisse d'un droit acquis. Cela signifie qu'il est interdit de renoncer par avance aux règles de protection établies par une loi d'ordre public. En revanche, il est permis de renoncer aux effets acquis de telles règles⁴⁹². Ainsi par exemple, les époux ne peuvent valablement transiger sur leur droit futur à une prestation compensatoire s'il n'existe pas une procédure de divorce engagée⁴⁹³. Il en va de même pour une conciliation. En matière de droit du travail, il est clair que le juge doit vérifier qu'avec un accord conciliatoire un travailleur ne renonce pas à des droits certains, clairs et qui n'admettent pas de discussion. Cette interdiction trouve son fondement

⁴⁹⁰ Código Civil, article 6°, alinéa 2°.

⁴⁹¹ Código Civil, article 16. Cette disposition coïncide avec l'article 2046 du Code civil français.

⁴⁹² Civ.1er, 17 mars 1998, n° 96-13972, Bull. civ. I, n°120 ; JCP 1998. II.10148, note S. Piedelièvre. Citation faite in : W. Dross, « *Ordre public et transaction* » in coll : « *La transaction dans toutes ses dimensions* », Paris, Dalloz, 2006, p. 66.

⁴⁹³ Civ.2e, 21 mars 1988, n° 86-16598, Bull. civ. II, n°74 ; Gaz. pal.1989.1, p.38, note J. Massip.

dans l'article 53 de la Constitution⁴⁹⁴. Une conciliation sera nulle de nullité absolue s'il existe une cause illicite, un objet illicite ou un manquement à une formalité liée à sa validité⁴⁹⁵, la cause étant le motif de l'acte ou du contrat⁴⁹⁶. Si la cause n'existe pas ou si elle est fautive, l'acte est nul, car personne ne peut s'obliger sans cause réelle⁴⁹⁷. Mais le Code civil reste muet à propos de la cause fautive, elle n'est pas énumérée comme cause de nullité absolue dans l'article 1741 du Code civil⁴⁹⁸ ; mais la cause est illicite si elle est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Il est possible qu'il existe une illicéité de cause dans une conciliation puisque les parties peuvent avoir l'intention de concilier pour commettre une fraude vis-à-vis d'un tiers ; dans ce cas le juge administratif ne peut pas approuver l'accord conciliatoire en conformité avec les normes du Code Civil appliquées en matière administrative au vu de l'absence de norme spéciale en droit administratif à propos de ce sujet.

193. Les matières qui peuvent être conciliées sont mises en rapport avec l'objet-même de la conciliation. Le contenu de l'accord de volontés obtenu comme point de rencontre de la manifestation de volonté des parties est représenté dans l'objet de la conciliation, c'est-à-dire le contenu lui-même des prestations auxquelles les parties s'obligent, ce qu'elles poursuivent avec la conclusion de l'accord. Mais l'objet peut être compris comme synonyme de chose matérielle ou juridique ; dans ce cas, ce qui dirige le sentiment du sujet n'est pas l'intention qui le motive mais la chose elle-même⁴⁹⁹.

194. L'objet doit exister, être possible, être licite et déterminé ou déterminable. En accord avec l'article 1517 du Code civil « *toute déclaration de volonté doit avoir pour but une ou plusieurs choses, qu'il s'agit de donner, faire ou ne pas faire. La*

⁴⁹⁴ Voir *Supra* n° 30, p. 40.

⁴⁹⁵ Código Civil, artículo 1740.

⁴⁹⁶ Código Civil, artículo 1524.

⁴⁹⁷ *Idem*.

⁴⁹⁸ L'article 1741 du Code civil consacre comme causes de nullité absolue, l'objet et la cause illicite, le manquement aux formalités nécessaires pour que l'acte soit valide et la conclusion d'un acte ou contrat par une personne absolument incapable. Les autres causes sont considérées comme nullités relatives selon cet article.

⁴⁹⁹ J.R JUNCO VARGAS, *La Conciliación aspectos substanciales y procesales*, Bogota, Temis, Cuarta Edición, 2002, p. 124.

simple utilisation de la chose ou sa localisation peut faire l'objet d'une déclaration». L'article 1518 indique que : « *si l'objet est un fait, il est nécessaire qu'il soit physiquement et moralement possible* ». Est physiquement impossible celui qui est contraire à la nature, et moralement impossible celui qui est interdit par les lois ou contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. La possibilité physique implique qu'il existe, ou qu'on espère qu'il le soit dans un futur et être licite, qu'il ne peut attenter aux lois de la raison et de la justice, ni s'opposer à l'ordre juridique⁵⁰⁰.

195. En outre, il est considéré comme possible, d'un point de vue-juridique, quand est la prestation susceptible d'être accomplie, d'être exécutée. L'impossibilité physique ou naturelle dérive de causes physiques ou naturelles, l'impossibilité juridique au contraire comporte quelque chose d'illicite. Alors, l'illicéité de l'objet entraîne la nullité de l'activité réalisée c'est-à-dire la nullité de l'accord. L'impossibilité physique de l'objet empêche la naissance de l'obligation. Quand l'impossibilité sera survenue il faudra en étudier la cause, le moment où elle est apparue et la manière dont elle s'est produite ; en outre, elle libère rarement de l'obligation⁵⁰¹. L'impossibilité peut être partielle ou totale. Quand elle sera partielle l'obligation se limitera à la partie possible, pourvu que celle-ci continue d'être compatible avec l'intérêt du créancier parce que s'il n'en était pas ainsi, elle serait assimilée à une impossibilité totale. Cependant, en droit administratif l'impossibilité d'une partie de l'objet de l'accord conciliatoire comporte nécessairement l'improbation de l'accord conciliatoire car il n'existe pas d'homologations partielles.

196. En accord avec l'article 1518 du C.C. peuvent faire l'objet d'une déclaration de volonté les choses qui existent et celles dont on pense qu'elles pourraient exister. Le contrat dont l'objet est de donner ou livrer une chose qui n'existe pas au moment de sa conclusion, ou parce qu'elle n'est pas arrivée à exister ou parce qu'elle a été détruite, a toujours été considéré comme nul, situation applicable à la conciliation. Il y a objet illicite dans tout ce qui contrevient au droit public de la

⁵⁰⁰ *Idem*

⁵⁰¹ *Idem.*

nation (art. 1519 C.C.), les normes impératives d'ordre public, le *jus cogens*, ainsi que « dans l'aliénation des choses qui ne sont pas dans le commerce [...] » (art. 1521 C.C.), et dans le contrat conclu et qui est interdit par les lois⁵⁰². L'objet doit être conforme à l'ordre juridique et aux bonnes mœurs⁵⁰³, c'est-à-dire à la morale prédominante dans la société de l'époque⁵⁰⁴. Ce sont les prestations en jeu qui doivent être licites. Alors, il est possible qu'une conciliation ait un objet physiquement possible mais que, pour des raisons d'ordre public, il soit interdit de concilier sur ledit objet. La loi permet ou interdit plusieurs manifestations de volonté et pour cette raison toute manifestation de volonté qui s'oppose à des dispositions légales souffrira d'illégalité dans l'objet et le juge ne pourra pas homologuer l'accord. Une entité publique ne saurait renoncer à une créance qu'elle détient avec une transaction ou avec une conciliation. Il est interdit pour les personnes morales de droit public, pour les entités publiques de renoncer par contrat ou à travers *un negocio jurídico* à exercer toute action en responsabilité contre une personne physique ou morale qu'elles rémunèrent sous quelque forme que ce soit. Un accord conciliatoire signé dans ce sens ne sera pas homologué par le juge administratif⁵⁰⁵.

197. Enfin, l'objet d'une conciliation doit être déterminé ou déterminable. En réalité, c'est la prestation qui doit être déterminée ou déterminable, être claire et nécessaire, de telle sorte qu'on puisse facilement identifier en quoi elle consiste ou ce que comporte l'acte ou l'accord, quelle est la chose à laquelle s'oblige un sujet et celle qui peut être exigée par l'autre⁵⁰⁶. La détermination de l'objet peut aller de son identification pleine par rapport à ses caractéristiques jusqu'à sa détermination

⁵⁰² F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Tercera Edición, 2007, p. 272 et ss.

⁵⁰³ Les bonnes mœurs sont des règles morales dont le respect par la société l'emporte sur les volontés individuelles. J. BONNECASE. *La notion juridique de bonnes mœurs ; sa portée dans le droit français civil*, en *Études de droit, à la mémoire de Henri Capitant*, Paris, 1939, Réimpression. Anastatique, Paris, 1977, p. 91 et suiv. Cité in : F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Tercera Edición, 2007, p. 282.

⁵⁰⁴ F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Op.Cit., p. 283.

⁵⁰⁵ N. VINCI, *Guide de la transaction en droit administratif*, Op. Cit, p. 13.

⁵⁰⁶ J.R JUNCO VARGAS, *La Conciliación aspectos substanciales y procesales*, Op. cit., p. 13.

seulement générique. En tout cas, la détermination doit être suffisante. Les prétentions conciliées doivent être clairement identifiées et déterminées.

198. Il existe aussi des formalités qui sont aussi exigées dans une procédure de conciliation. Parfois la normativité en vigueur exige pour la formation de certains actes juridiques des formalités *ad probationem* et des formalités *ad substantiam actus* ou *ad solemnitatem*. Elles existent à l'encontre de l'autonomie de la volonté des parties. Cela signifie qu'il ne suffit pas que plusieurs volontés soient d'accord sur un objet mais qu'il faut l'accomplissement d'un certain rituel pour que l'acte existe et soit valide. Le manquement à ces formalités *ad solemnitatem* emporte l'inexistence de l'acte, en revanche le manquement à une formalité *ad probationem*, permet la naissance de l'acte, le problème étant simplement probatoire ; le manquement à cette formalité met à la personne en difficultés pour faire valoir les effets de l'acte⁵⁰⁷. Dans le cas des conciliations en droit administratif, l'homologation de l'accord conciliatoire est nécessaire et dans ce cas la volonté des intéressés et leur consentement existent ; l'accord existe mais il faut l'approbation du juge pour que cet accord soit valide et produise des effets juridiques. Dans ce cas, l'homologation peut être considérée comme une exigence *ad solemnitatem* pour valider l'accord des parties.

199. Rappelons que pour la conciliation, la procédure est régulée et l'accord conciliatoire doit être contenu dans un acte. Cela signifie qu'il faut dresser un acte qui contient l'accord des parties. Si l'acte n'existe pas, l'accord conciliatoire n'existe pas. Mais quelle est la conséquence juridique si l'acte dressé ne satisfait pas aux exigences légales? ⁵⁰⁸ Pour répondre à cette question, il faut d'abord préciser que la procédure de conciliation, comme on l'a vu, est réglée, que la sollicitude de conciliation doit reposer sur un document écrit qui doit satisfaire à certaines exigences mais son absence n'implique pas le rejet de la sollicitude et le conciliateur peut demander à ce qu'il soit complété ou corrigé. Si la personne ne corrige pas la sollicitude, le conciliateur la considérera comme jamais présentée ; une fois que la sollicitude est admise, le conciliateur doit fixer la date, le jour et

⁵⁰⁷ *Idem*

⁵⁰⁸ Voir *Supra* n°168 p. 218 et ss.

l'heure de la tenue de l'audience de conciliation⁵⁰⁹. Il faut que cette information repose dans un document écrit. Ensuite, il faut citer les parties par le moyen le plus idoine ; les défauts dans la citation peuvent entraîner l'invalidité de la procédure conciliatoire. La citation doit respecter quelques exigences dans sa forme et dans son contenu, à savoir une citation adressée en bonne et due forme aux parties, et l'on doit avoir la certitude que les intéressés ont reçu la citation, toute l'information à propos de la procédure de conciliation, être certain de leur connaissance quant au déroulement de l'audience de conciliation. La procédure dans ce cas est aussi réglée dans cette direction ; il faut que la citation respecte les exigences signalées dans l'article 20 de la Loi 640 de 2001, c'est-à-dire qu'elle doit indiquer l'objet et la portée de la procédure conciliatoire ainsi que les conséquences en cas de non assistance. En outre, il faut citer toutes les personnes que le conciliateur considère comme devant faire partie de la procédure conciliatoire ; il faut déterminer l'éventuelle existence d'un litisconsorts puisque dans ce cas, il faut la citation de tous. Enfin, si les parties parviennent à un accord, il faut dresser un acte qui contient l'accord conciliatoire, comme on l'a déjà dit, et cet acte doit respecter les exigences signalées par la loi⁵¹⁰. Ainsi, comme dans la transaction, la conciliation (accord conciliatoire) est « normalement conclue par écrit, et il en résulte qu'elle ne se présume pas »⁵¹¹. S'il manque l'une des exigences légales à l'acte qui est dressé, cette omission entraîne la nullité absolue de l'accord conciliatoire car les exigences signalées à l'article 1° de la Loi 640 de 2001 sont obligatoires ; elles sont propres à l'acte conciliatoire, la sanction sera la nullité absolue et dans le cas d'une conciliation en droit administratif le juge ne pourra approuver l'accord⁵¹². Dans cette matière, l'acte dressé qui contient

⁵⁰⁹ *Idem.*

⁵¹⁰ *Idem.*

⁵¹¹ CE (France) 30 mars 1938, Derue, Rec. CE, p.332.

⁵¹² Ley 640 del 5 de enero de 2001, « *Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones* », Diario Oficial N° 44.303 del 24 de enero de 2001, artículo 1°: « L'acte de l'accord conciliatoire doit contenir:

1. Le lieu, la date et l'heure de l'audience de conciliation.
2. L'identification du conciliateur.
3. Identification des personnes convoquées avec la distinction de ce ceux qui ont assisté.
4. Relation succincte des prétentions soumises à conciliation.
5. L'accord conciliatoire auquel il a été parvenu avec l'indication de la valeur économique accordée, la forme, le lieu et le moment d'accomplissement des obligations accordées. Traduction au français par Verónica Pelaez G. (*Texte en*

l'accord plus l'approbation judiciaire constitue un titre exécutive complexe⁵¹³. Les deux documents forment une unité, l'accord conciliatoire produit des effets juridiques avec l'homologation ; les deux documents forment un titre exécutive qui est complexe car il est formé par une unité composée de deux documents qui ont deux sources différentes : les parties et le juge administratif.

Pour conclure, si le juge administratif, au moment d'analyser un accord conciliatoire, détermine qu'il existe une illicéité dans l'objet ou de la cause de la conciliation ou qu'il manque une formalité qui détermine la validité de l'accord, il ne pourra approuver l'accord conciliatoire car il existera une nullité absolue de cet accord.

200. Sachant, que l'homologation exige en Colombie une analyse de la forme et du fond de l'accord conciliatoire, il faut analyser un de ses aspects importants : les vices du consentement et les accords lésionnaires du patrimoine de la personne privée.

Section 2. Les vices du consentement dans l'accord conciliatoire : une matière qui n'est pas contrôlée par le juge.

201. Etant données les causes de nullité absolue de l'accord conciliatoire, il faut analyser le sujet relatif aux vices du consentement, c'est-à-dire l'erreur, la violence

espagnol : "El acta del acuerdo conciliatorio deberá contener lo siguiente: 1. Lugar, fecha y hora de audiencia de conciliación, 2. Identificación del Conciliador, 3. Identificación de las personas citadas con señalamiento expreso de las que asisten a la audiencia, 4. Relación sucinta de las pretensiones motivo de la conciliación, 5. El acuerdo logrado por las partes con indicación de la cuantía, modo, tiempo y lugar de cumplimiento de las obligaciones pactadas").

⁵¹³ Un titre exécutive est un document qui contient une obligation claire, expresse et exigible. Ainsi le document considéré comme titre exécutive doit être certifié conforme, c'est-à-dire qu'il faut avoir une certitude sur son auteur ; il doit trouver son origine dans le débiteur ou dans une décision en justice qui comporte une condamnation ou dans une décision en justice exécutoire. L'obligation est expresse quand elle apparaît déclarée dans le document sans la nécessité d'interprétations, elle est claire lorsqu'elle apparaît déterminée dans le document et exigible lorsque son accomplissement peut être exigé car il n'existe ni délai ni condition. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección tercera, Sentencia del 29 de junio de 2000, Op. cit.

et le dol⁵¹⁴. La normativité en vigueur ne régle pas le sujet à propos de la conciliation (§ 1.). En outre, le régime juridique en vigueur empêche le juge administratif d'homologuer un accord lésionnaire du patrimoine public mais ne dit rien d'un accord conciliatoire lésionnaire du patrimoine d'un particulier (§ 2.).

§ 1. Une application du régime des vices du consentement de la transaction à la conciliation.

202. Le Code civil régle les vices du consentement mais par rapport à la transaction. Ainsi, le Code considère nulle la transaction obtenue avec des titres faux et non valides celle obtenue avec violence ou avec dol ou lorsqu'il existe une erreur dans l'objet de la transaction ou lorsque la transaction est réalisée après l'existence d'une décision judiciaire. L'erreur sur la personne admet la rescision de la transaction, car la transaction est considérée comme un acte *intuitus personae* et l'erreur de calcul admet la correction mais n'annule pas la transaction⁵¹⁵. Les dispositions du Code civil colombien coïncident avec l'article 2053 du Code civil français qui consacre aussi comme causes de rescision l'erreur sur l'objet de la contestation, la violence et le dol, ainsi qu'avec l'article 2058 du Code civil français qui admet la correction de l'erreur de calcul. Le Code civil colombien ne dit rien sur la lésion et l'erreur de droit dans une transaction. Par contre, le Code civil français exclut expressément ces deux aspects comme cause de nullité de la transaction⁵¹⁶. En Colombie, il existe, simplement, une application des vices du consentement admis dans la transaction, à la conciliation.

203. L'accord conciliatoire peut éventuellement être affecté par un vice du consentement. S'il existe un dol, il est normal qu'il soit sanctionné dans la transaction ou dans la conciliation, car il comporte un excès inadmissible. La conclusion d'un contrat ou d'un *negocio juridico* obtenue par suite de manœuvres déloyales doit pouvoir être remise en cause, ainsi que le cas de réticence dolosive, ce type de dol étant en lien étroit avec l'obligation d'information pesant

⁵¹⁴ Código Civil Colombiano, artículo 1508.

⁵¹⁵ Código Civil, artículos 2476, 2477, 2479, 2480, 2481.

⁵¹⁶ Code civil français, article 2053 al. 2.

sur les parties⁵¹⁷. Le dol sera plus facilement sanctionné lorsque la transaction ou l'accord conciliatoire sera réalisé entre deux parties dont l'une est dans une situation de faiblesse manifeste par rapport à l'autre⁵¹⁸. La violence, comme cause de nullité des transactions, repose sur le même fondement que le dol. Il s'agit d'une violence par contrainte morale plutôt que physique. Il faut souligner qu'en France une évolution s'est produite sur la question de la violence qui touche le droit commun des contrats. Un important arrêt de la Première chambre civile du 30 mai 2000 affirme que « *la transaction peut être attaquée dans tous les cas où il y a violence, et la contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion* »⁵¹⁹. Mais avant cet arrêt, la violence par contrainte économique avait déjà été admise⁵²⁰.

204. La violence comme contrainte économique peut être retenue lorsque l'abus par l'une des parties est caractérisé, profitant de la situation de faiblesse de l'autre, ce qui crée un déséquilibre contractuel illégitime au profit de l'une d'elles seulement. Pour la Cour de cassation, Première chambre civile, « [...] *Seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement [...]* »⁵²¹. Cette tendance jurisprudentielle est reprise par l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, remis au Garde des Sceaux en septembre 2005, prônant la création de l'article 1114-3 du Code civil en disposant : « Il y a également violence lorsqu'une partie s'engage sous l'empire d'un état de nécessité ou de dépendance, si l'autre partie exploite cette situation de faiblesse en retirant de la convention un avantage manifestement excessif [...] ». L'avant-

⁵¹⁷ B. MALLET-BRICOUT, « *Vices et transaction* », in coll. « *La transaction dans toutes les dimensions* », Paris, Dalloz, 2006, p. 43.

⁵¹⁸ *Ibid.*, pp. 44 et ss.

⁵¹⁹ Cour de Cassation, Première chambre civile, 30 mai 2000, arrêt n° 1005, Pourvoi n°98-15242

⁵²⁰ Com. 20 mai 1980, Bull. civ. IV, n° 12 (contrat de concession exclusive de vente), cité in : B. MALLET-BRICOUT, « *Vices et transaction* », in coll. « *La transaction dans toutes les dimensions* », Paris, Dalloz, 2006, p. 44.

⁵²¹ Cour de Cassation, Première chambre civile, 3 avril 2002, Pourvoi n° 00-12932.

projet consacre donc l'idée d'exploitation abusive d'une situation de faiblesse provoquée par un état de nécessité ou de dépendance.

205. L'utilisation des mécanismes alternatifs de résolution des conflits comme la conciliation permet de décongestionner les tribunaux mais aussi d'économiser de l'argent. Avec l'utilisation de la conciliation extrajudiciaire, on évite d'une part un procès judiciaire qui dure actuellement 10 ans ou plus avant une décision définitive⁵²², d'autre part de payer un avocat pendant toute la durée du procès ; c'est-à-dire que la conciliation permet d'économiser du temps et de l'argent. En outre, s'il existe une forte probabilité de condamnation de l'entité, si celle-ci utilise la conciliation elle doit déboursier nécessairement moins d'argent que si elle attend plus de 10 ans et qu'elle doit payer la condamnation plus l'indexation. Les avantages d'utiliser la conciliation sont variés. L'expérience montre que le but réel des entités publiques en utilisant la conciliation en Colombie est un souci d'économie, mais en proposant des formules d'arrangement qui ne correspondent pas à la réalité du préjudice. Cette situation est évidente dans le cas des prétentions liées à la réparation directe où l'on débat sur la responsabilité extracontractuelle de l'État.

206. La conciliation, son utilisation et son efficacité, doivent être analysée dans le contexte particulier de la situation sociale colombienne, connue dans le monde entier pour ses problèmes internes de violence et de corruption. Un très grand nombre de personnes meurt à cause du conflit armé interne du pays. Dans la plupart des cas, les victimes sont des paysans, des parents, épouses ou fils de soldats morts au combat, vivant dans une situation économique difficile, ce qui les place dans une situation de vulnérabilité et de faiblesse évidente. En Colombie, les victimes du conflit armé parviennent parfois à une conciliation avec l'État pour une somme très inférieure à la valeur initiale de leurs prétentions simplement pour des raisons de nécessité. Les sommes proposées par les entités publiques comme formules d'arrangement sont toujours inférieures aux prétentions de la

⁵²² The World Bank, Memorias del proyecto "Fortalecimiento institucional del sistema de gestión de demandas legales", Bogotá : Agosto de 2010, p.61.

victime puisque la finalité réelle est de payer moins d'argent qu'en cas de procès⁵²³. Sans oublier que le « *profond déséquilibre entre les parties à l'occasion de la transaction ou de l'accord conciliatoire compromet fortement le droit à indemnisation et paraît porter une atteinte réelle au principe de la réparation intégrale*⁵²⁴. D'autant plus que les moyens pour la victime de contester l'accord conciliatoire en droit administratif sont limités⁵²⁵.

L'idée de payer moins est correcte si l'on propose une formule juste, qui corresponde à la réalité de la victime, aux preuves et au préjudice subi mais cela n'est pas toujours le cas. Ainsi, une victime dans une situation économique difficile ou dans un état de vulnérabilité peut accepter une formule d'arrangement dérisoire pour ses intérêts personnels. Il est clair que la personne accepte l'accord et que l'autonomie de la volonté est présente mais c'est le même cas de figure que lorsque l'entité publique accepte un accord lésionnaire du patrimoine public, si ce n'est que le juge, dans ce dernier cas, n'homologue pas l'accord ; par contre, dans le cas de la personne privée qui accepte un accord qui comporte des concessions dérisoires, le juge l'accepte et la normativité n'impose aucune limite, car la personne a accepté l'accord. Le sujet est très important et aucun développement normatif n'existe finalement en Colombie. La contrainte économique et l'état de vulnérabilité et de faiblesse est évident dans la situation exposée et l'État profite de cette situation en proposant des formules injustes que la victime accepte finalement à cause de sa situation particulière. Mais existe-t-il des solutions à cette situation ?

⁵²³ Situation exposée par l'avocat des victimes du conflit armé en Colombie, M. Juan Carlos Peláez, qui a participé comme avocat à plusieurs audiences de conciliation en représentation des victimes, ayant comme autres parties au ministère de la Défense, à l'Armée colombienne, à la Police, au ministère de l'Intérieur, entre autres. M. Peláez peut être contacté au courriel électronique pelaezg@yahoo.fr

⁵²⁴ S.PORCHY-SIMON, Transaction et droit de l'indemnisation, in coll : *La Transaction dans toutes ses dimensions*, Paris : Dalloz, 2006, p.115.

⁵²⁵ *Idem*.

§ 2. L'impossibilité pour la partie privée de demander au juge la non homologation d'un accord conciliatoire en droit administratif lésionnaire de son patrimoine.

207. Un premier aspect qu'il faut analyser correspond à l'application des vices du consentement dans les accords conciliatoires en matière administrative car en droit privé, les conciliations produisent plein effet entre les intervenants et l'affaire résolue est chose jugée. Mais en tant qu'accord de volontés et en tant que *negocio jurídico* leur légalité peut être discutée et ils peuvent être déclarés nuls ; en tout cas, les vices du consentement peuvent être l'objet de discussion devant le juge du contrat. Mais en droit administratif les choses sont différentes. L'accord conciliatoire existe sans l'approbation du juge administratif mais ne produit aucun effet sans ladite homologation. Cela signifie que si le juge administratif n'a pas pris de décision sur l'approbation d'un accord, les parties peuvent se désister, la victime qui a accepté un accord dérisoire pourra en tout cas se désister avant l'approbation. Mais si elle ne le fait pas, le juge administratif pourra approuver l'accord car il ne s'agit pas d'une illégalité qui puisse être sanctionnée par le juge, celui-ci considère légal un accord qui est lésionnaire des intérêts d'un particulier. Cela signifie que l'application des vices du consentement à un accord conciliatoire en droit administratif s'avère difficile, les parties peuvent plutôt se désister de l'accord avant l'homologation.

En outre, l'article 1743 du Code civil colombien dispose que la nullité relative ne peut être retenue d'office par le juge mais seulement sur demande de la partie. Le Ministère public ne peut non plus l'invoquer pour garantir la légalité. La nullité relative ne peut être discutée que par les personnes qui pourraient en bénéficier. Elle peut être assainie par le temps ou par la ratification des parties. Les vices du consentement, dont la violence par contrainte économique ou en raison d'un état de dépendance ou de faiblesse, si l'on accepte son application en Colombie, emporte une nullité relative de l'accord qui doit être discutée par les parties. Dans une conciliation en droit administratif cela n'est pas possible, elles peuvent se désister de l'accord, mais on ne leur reconnaît pas la faculté de demander au juge la non

homologation de l'accord pour existence d'un vice du consentement tel que la violence par contrainte économique, dépendance ou existence d'un état de vulnérabilité, car elles ont finalement accepté l'accord et elles ont accepté les concessions reconnues dans l'accord. Le Ministère public ne peut non plus le faire car l'article 1743 du Code civil le lui interdit, puisque il n'est pas considéré comme partie dans une conciliation. Par conséquent, la possibilité de parler de la violence par contrainte économique ou en raison d'un état de dépendance ou de faiblesse des victimes pourrait être une solution en droit privé mais en droit administratif cela devient difficile car il existe l'homologation de l'accord. Ainsi, à défaut de l'application de ce vice du consentement, une évolution normative est nécessaire car un accord conciliatoire absolument déséquilibré pour la victime est contraire à son droit à une indemnisation et à une réparation intégrale, et le juge au moment de procéder au contrôle ne doit pas l'approuver⁵²⁶.

208. Un accord conciliatoire accepté par une personne physique (privée) en situation de nécessité ou en raison d'une contrainte économique ne doit pas être approuvé par le juge administratif. La normativité en vigueur impose comme limite pour approuver une conciliation que l'accord ne soit pas lésionnaire du patrimoine public ; le juge administratif doit aussi avoir la faculté de ne pas approuver un accord conciliatoire qui comporte des concessions dérisoires, ou un accord absolument déséquilibré pour la personne privée. La situation de violence que vit la Colombie exige une protection particulière pour la victime qui a droit à une réparation intégrale du préjudice subi et elle doit être considérée, dans le cas d'une victime du conflit armé, comme un sujet de protection spéciale en état de vulnérabilité et de faiblesse. Un accord conciliatoire signé par l'État et par une victime du conflit armé lésionnaire des intérêts de la victime doit faire présumer un abus de la position de l'État.

⁵²⁶ S.PORCHY-SIMON, Transaction et droit de l'indemnisation, in coll : *La Transaction dans toutes ses dimensions*, Op.Cit., p.116.

La situation particulière de la victime du conflit armé permet de présumer l'existence d'une contrainte économique et d'un état de faiblesse mais cela ne signifie pas que dans un autre cas comme en matière contractuelle, il ne puisse exister une telle situation car finalement une conciliation déséquilibrée est contraire au droit à l'indemnisation et à la réparation intégrale. Pour cette raison, il est convenable que la normativité en vigueur en matière de conciliation en droit administratif censure tout accord conciliatoire qui comporte un déséquilibre économique très important et qui entraîne des concessions dérisoires pour la partie privée ; la possibilité de ne pas approuver un accord conciliatoire dans ces conditions doit exister pour le juge, la justification n'est pas seulement le patrimoine public (pour les entités publiques) mais le principe de réparation des dommages anti juridiques consacré dans l'article 90 de la Constitution et le principe de réparation intégrale consacré dans l'article 16 de la Loi 446 de 1998, ainsi que l'équité et la justice. Dans ce cas, le juge doit avoir la faculté de ne pas approuver l'accord lorsqu'il comporte des concessions dérisoires qui affectent l'entité publique, la personne morale de droit privée ou la personne physique. Les intérêts patrimoniaux des particuliers doivent avoir la même protection que les intérêts patrimoniaux de l'État. Finalement, le Ministère public en tant que conciliateur et participant actif dans la procédure conciliatoire peut plus facilement déterminer l'existence d'un vice du consentement au moment de l'audience de conciliation. Dans ce cas, non seulement il peut, mais il doit, clairement expliquer aux parties la situation particulière qui se présente, et dans le cas où les parties arrivent à un accord déséquilibré pour la victime, il doit laisser dans l'acte qui contient l'accord sa position sur l'accord conclu, en expliquant les raisons juridiques pour lesquelles l'accord ne doit pas être approuvé. Le conciliateur a actuellement cette compétence mais il ne fait des observations que pour les accords qu'il considère lésionnaires du patrimoine public ; si l'accord est dérisoire pour la partie privée (victime d'un préjudice), il ne fait aucune observation car la norme en vigueur ne censure pas ces accords. Cependant, on le répète, ces accords sont contraires au principe de réparation intégrale ; ils sont également contraires au principe de responsabilité de l'État, à l'équité et au principe même de dignité humaine. C'est-à-dire que ce sont des accords contraires à la normativité en vigueur et

en conformité avec l'article 73 de la Loi 446 de 1998 un accord conciliatoire ne peut être contraire à la Constitution et à la Loi. Par conséquent, un accord qui comporte des concessions dérisoires pour la victime ne peut être approuvé et le conciliateur doit toujours laisser sa position expresse et contraire à un accord conclu en ce sens par les parties.

En outre, si le Ministère public agit comme intervenant dans un procès contentieux administratif, en tant que garant des droits fondamentaux et de l'intérêt général, il doit, dans le cas d'un accord conciliatoire judiciaire dérisoire, agir mais en faisant clairement état de sa position contre ce type d'accords et le juge ne doit pas non plus l'approuver pour les motifs expliqués plus haut.

209. Le juge administratif doit donc déterminer au moment d'approuver un accord conciliatoire s'il est conforme aux exigences légales (sollicitude opportune, capacité des parties, compétence, exigences formelles) mais il doit aussi vérifier que l'accord n'est pas lésionnaire du patrimoine public ; de plus, le juge administratif doit avoir la possibilité d'analyser et d'étudier les cas qui comportent des accords conciliatoires déséquilibrés pour la victime ou pour la personne privée car ce type d'accords peut être considéré comme contraire à l'équité, au droit (article 90 de la Constitution, principe de réparation intégrale) et au principe de la dignité humaine. Il faut éviter que la conciliation ne devienne un acte juridique assimilé « à *un contrat d'adhésion* »⁵²⁷. Cela signifie qu'il faut appliquer les postulats du droit international de la réparation, surtout dans les affaires évoquées, propres de la responsabilité extracontractuelle de l'État, qui comportent une violation aux droits humains. Ainsi, il faut distinguer deux contextes dans le droit à la réparation, d'une part, la réparation de dommages anti juridiques qui trouve son origine dans la violation des droits humains et d'autre part, la réparation de dommages qui trouvent son origine dans l'affectation de biens juridiques

⁵²⁷ S.PORCHY-SIMON, Transaction et droit de l'indemnisation, in coll : *La Transaction dans toutes ses dimensions*, Op. Cit., p.121.

qui ne comportent pas la violation de ces droits⁵²⁸. Par conséquent le juge administratif doit, dans le premier cas, agir d'une façon dynamique, c'est-à-dire qu'il doit veiller à ce qu'il s'agisse d'une réparation intégrale des préjudices des victimes en utilisant les facultés réparatrices offertes par le droit interne mais aussi par le droit international. En conclusion, face une situation de violation de droits humains le juge doit opter pour appliquer les postulats constitutionnels et le droit international à fin de garantir le rétablissement des droits violés et la réparation intégrale des préjudices⁵²⁹. En tout cas, on considère que les préjudices prouvés doivent dans tout contexte être réparés d'une manière intégrale, mais il est clair que face aux violations de droits humains les postulats du droit international doivent aussi être respectés par le juge. Il faut une application du droit à la réparation intégrale dans le procès contentieux administratif mais aussi dans les accords conciliatoires. Cela impose que le juge administratif ne puisse approuver un accord conciliatoire contraire à ce droit, car il deviendrait contraire à la Constitution, à la loi et au droit international⁵³⁰.

210. Finalement, un accord conciliatoire peut être total lorsque les parties parviennent à un accord sur tous les aspects du différend et il est partiel lorsque les parties parviennent à un accord sur un ou plusieurs aspects du différend. Mais l'homologation du juge administratif ne peut être partielle.

Section 3. L'inexistence d'homologations partielles mais l'acceptation des voies de recours contre la décision du juge.

211. Les parties, au moment de concilier sur une affaire et de parvenir à un accord, font des concessions ; la formule adoptée est composée d'une série de concessions, de renoncations réciproques qui permettent de parvenir à un accord

⁵²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Sentencia del 20 de febrero de 2008, *Radicación Número* : 76001-23-25-000-1996-04058-01(16996), M.P. : Enrique Gil Botero.

⁵²⁹ *Idem.*

⁵³⁰ *Idem.*

qui met fin au différend. Cela empêche l'existence d'une homologation partielle car si le juge approuve les seuls points de l'accord qui ont été prouvés et qui ne sont pas lésionnaires du patrimoine public, cela entraîne une imposition du juge aux parties car sa décision modifie l'accord, ce qui est contraire à un mécanisme comme la conciliation qui repose sur la volonté des parties ou qui résolvent elles mêmes leur différend⁵³¹.

Une possibilité, non consacrée actuellement par la normativité en vigueur mais qui serait une évolution importante, consisterait en ce que le juge puisse, avant de décider de refuser une conciliation, rendre les documents au conciliateur (Ministère public), s'il n'est pas le conciliateur, pour que le conciliateur cite les parties et leur expose les raisons pour lesquelles lui, en tant que juge, n'a pu approuver l'accord ; les parties pourraient alors reconsidérer volontairement cet accord et le présenter dans des termes qui permettraient qu'il soit approuvé par le juge. C'est une possibilité qui est déjà consacrée par les actions populaires en relation avec le *Pacto de cumplimiento* ; le juge peut modifier l'accord et, si les parties acceptent, il existera un *Pacto de cumplimiento*. Dans une conciliation, l'existence de cette possibilité pour le juge rendra la conciliation plus efficace pour mettre fin aux différends car il y aura moins de cas non homologués par le juge administratif, ce qui signifierait davantage d'accords approuvés et efficaces. Mais il est clair que cette possibilité peut être interprétée par quelques personnes comme contraire au principe dispositif ; cependant, le juge pourrait juste proposer une modification qu'il reviendrait aux parties d'accepter ou non ; sans acceptation des parties il n'y aurait pas de modification, ce qui permettrait d'affirmer que le principe dispositif est respecté.

⁵³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Auto del 13 de diciembre de 2001, *Expediente Número* : 19.700: "[...] La decisión d'approuver un accord conciliatoire doit rejaillir sur la totalité de l'accord, sinon le juge ne peut pas l'approuver [...]. Une approbation partielle signifie substituer la volonté des parties et le juge n'a pas cette compétence [...] ». Traduction au français par Verónica Peláez G. (*Texte en espagnol* : « [...] La decisión de aprobar un acuerdo conciliatorio debe recaer sobre la totalidad del mismo ; de no ser así éste deberá improbarse [...]. Una aprobación parcial, significaría sustituir la voluntad de las partes, potestad de la cual carece el juez administrativo en estos casos [...] »).

S'il existe une approbation d'un accord conciliatoire, la décision judiciaire d'approbation (*Auto*) et l'acte qui contient l'accord ont valeur de titre exécutoire. L'accord conciliatoire approuvé a effet de chose jugée. La décision d'homologation du juge ne peut être annulée ou modifiée en dehors des voies de recours. Cette situation est compatible avec la nécessaire stabilité des situations engendrées par les décisions d'homologation⁵³².

On applique la règle du dessaisissement du juge d'homologation. La décision approuvant une conciliation et la décision qui n'approuve pas une conciliation en droit administratif admettent le pourvoi. Elles admettent la révision et l'appel, ce dernier lorsqu'il existe une deuxième instance. La Loi 23 de 1991 ne consacrait aucun pourvoi contre la décision qui n'approuvait pas une conciliation pour être lésionnaire du patrimoine public ou pour présenter des vices qui impliquaient une nullité absolue. Mais le Conseil d'État a établi à l'époque, par jurisprudence et pour garantir un procès équitable, que l'approbation ou la non approbation d'un accord conciliatoire par *Auto* signé par la Section du Tribunal, si le procès était de double instance, admettant l'appel, ou l'approbation devait se faire par le magistrat (rapporteur), admettant le recours de *Súplica* si le procès était d'unique instance. La Loi 446 de 1998 modifie la Loi 23 de 1991 et introduit l'article 65A qui consacre des recours contre les décisions d'homologation d'une conciliation en droit administratif. Si la décision est prise par le Tribunal Administratif, il est possible de recourir contre la décision d'approbation ou de non approbation. La révision est admise si l'affaire est d'unique instance et l'appel si l'affaire est de double instance. Mais la norme disposait que si l'affaire était conciliée devant le juge administratif, la décision d'approbation ou de non approbation du juge administratif permettait l'appel par le Ministère public. Les parties ne pouvaient que recourir contre la décision du juge administratif qui n'approuvait pas l'accord conciliatoire⁵³³. Le fondement pour limiter la possibilité des parties de recourir

⁵³² I.BELENSI, "L'homologation judiciaire des actes juridiques", RTD civ. 1978, p.234.

⁵³³ Ley 23 de 1991, artículo 65^a " Le Ministère public pourra recourir contre la décision en appel auprès du Tribunal Administratif, contre la décision du juge administratif qui approuve ou qui n'approuve pas une conciliation. Les parties peuvent recourir en appel contre la décision qui n'approuve pas l'accord ». Traduction au français par Verónica Peláez G. (Texte en espagnol : « El Ministerio Público podrá interponer el recurso de apelación para ante el

contre la décision du juge qui approuve la conciliation est le fait que les parties ont accepté l'accord et qu'elles n'auront pas d'intérêt légitime pour recourir contre ce qu'elles ont voulu accorder, personne ne pouvant *venire contra factum proprium*⁵³⁴. En outre, elles pourront se désister avant que le juge ne prenne une décision sur son homologation. La compétence du Ministère public attribuée par la Loi 446 de 1998 met fin aux positions jurisprudentielles qui considéraient qu'il n'était pas compétent pour recourir contre une décision d'approbation ou de non approbation d'une conciliation. À l'époque (avant l'existence de la Loi 446 de 1998), le Conseil d'État considérait que l'article 277 de la Constitution permettait aux agents du Ministère public d'intervenir dans les procès judiciaires et auprès des autorités administratives et judiciaires pour défendre et protéger l'ordre juridique, le patrimoine public, les droits et les garanties fondamentales, mais en matière de conciliation pré-judiciaire leur compétence se limitait à participer comme tiers impartial. Un conciliateur ne peut qu'aider les parties pour qu'elles mêmes parviennent à un accord. Par conséquent, le Ministère public ne pouvait recourir contre la décision qui approuvait ou n'approuvait pas une conciliation car il n'y avait pas d'intérêt⁵³⁵. Avec la Loi 446 de 1998 disparaît la discussion.

En outre, la Cour constitutionnelle signale en 1999 que le Ministère public pourra toujours recourir contre les décisions prises par le juge administratif dans une procédure de conciliation judiciaire et extrajudiciaire ; cette compétence trouve son fondement dans l'article 277 de la Constitution⁵³⁶. La participation de l'agent du Ministère public dans une conciliation ne signifie pas qu'il est d'accord avec la conciliation à laquelle sont parvenues les parties. Il a l'obligation de recourir contre la décision pour que le juge puisse exercer son contrôle. La Cour accepte la compétence du Ministère public de demander l'homologation des conciliations réalisées auprès d'un Centre de conciliation s'il n'est pas d'accord avec la conciliation et il peut aussi recourir contre la décision du juge qui approuve ou

Tribunal, contra el auto que profiera el Juez Administrativo aprobando o improbando una conciliación. Las partes podrán apelarlos, solo si el auto imprueba el acuerdo.”

⁵³⁴ F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Op.Cit, p. 746.

⁵³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Auto del 15 de abril de 1996, C.P. : Daniel Suarez Hernández.

⁵³⁶ Constitución de 1991, artículo 277, numeral 7.

n'approuve pas un accord⁵³⁷. Cette compétence reste en vigueur avec le Nouveau Code de procédure et de contentieux administratif puisque l'article 243 numéro 4 dispose que le Ministère public pourra recourir en appel contre la décision du juge administratif qui approuve une conciliation extrajudiciaire et judiciaire⁵³⁸.

Finalement, l'article 65A de la Loi 23 de 1991 introduit par l'article 73 de la Loi 446 de 1998, reste aussi en vigueur ; la compétence pour recourir contre la décision qui approuve ou n'approuve pas une conciliation est du Ministère public, ce qui permet de garantir la légalité de l'accord et la protection du patrimoine public et des garanties fondamentales ; et la possibilité des parties de recourir contre la décision de ne pas approuver un accord conciliatoire trouve son fondement dans le respect du procès équitable, du droit de contradiction et du principe de la double instance. En outre, la possibilité de recourir contre la décision du juge en relation avec une conciliation s'applique aux conciliations extrajudiciaires et aux conciliations judiciaires.

212. Finalement, la première copie de l'acte qui contient l'accord et la décision définitive qui homologue l'accord ayant valeur de titre exécutoire ont l'effet de chose jugée. En outre, il est possible d'établir des délais dans les accords pour accomplir les obligations convenues ou pour payer le montant accordé. Par conséquent, les parties peuvent fixer des délais pour accomplir ce qui a été accordé.

Avec le Code antérieur, une fois les délais écoulés sans que l'entité publique n'ait effectué les paiements accordés, celle-ci pouvait faire l'objet d'un procès exécutif. Il n'était pas obligatoire d'attendre les 18 mois qui existaient pour pouvoir contraindre une entité publique qui n'avait pas payé une sentence de condamnation définitive lui imposant de payer une somme d'argent. Avec le Nouveau code, ce délai de 18 mois est réduit à 10 mois par l'article 299 ; ce délai est également appliqué aux accords conciliatoires. En outre, l'article 195 numéro

⁵³⁷ Corte Constitucional, *Sentencia C-111 del 24 de febrero de 1999*, C.P: Alfredo Beltrán Sierra.

⁵³⁸ Ley 1437 del 18 de enero de 2011, artículo 243, numeral 4.

4, dispose que les décisions judiciaires qui imposent une condamnation ou liquident une somme d'argent à payer et celles qui approuvent une conciliation produiront des intérêts moratoires au taux DTF à partir du moment où la décision sera définitive, ou des intérêts moratoires au taux commercial si l'entité n'a pas payé après 10 mois ou dans les 5 jours suivants la réception de l'argent pour le paiement⁵³⁹. Le Code antérieur établissait que les sommes liquides reconnues dans une conciliation approuvée produisaient des intérêts commerciaux à partir de l'existence d'une décision définitive d'approbation et des intérêts moratoires après échéance des délais fixés dans l'accord conciliatoire, pour effectuer le paiement. Le nouveau Code est plus protectionniste et les intérêts sont moratoires dès que la décision d'approbation de l'accord est définitive, ce qui varie étant le taux, DTF ou commercial.

213. À propos de l'autorité de chose jugée des conciliations homologuées, elle est liée à la nature juridictionnelle de la décision d'homologation et relative aux parties, aux requérants et à ce qui a été jugé. L'autorité de chose jugée est liée à la contestation qui a été tranchée ; elle couvre entièrement, et seulement, ce qui a fait l'objet de la vérification juridictionnelle, tout ce qu'il était de la mission du juge de vérifier et tout ce qui a fait l'objet de contestation. L'autorité de chose jugée se manifeste sous deux aspects distincts : un aspect négatif et un aspect positif. Le premier signifie qu'on ne peut recommencer entre les mêmes parties le même procès. Cet aspect empêche de revenir sur l'acte d'homologation d'un accord conciliatoire. S'agissant d'une décision de non homologation, il faut préciser qu'en Colombie on n'attribue pas l'autorité de chose jugée à cette décision. Les parties pourront tenter la conciliation une autre fois, mais dans les cas de conciliation extrajudiciaire il n'y aura pas suspension de la caducité de l'action car la norme dispose que la présentation d'une demande de conciliation suspend la caducité de l'action pour une seule fois. Dans le cas d'une

⁵³⁹ DTF : Dépôts à terme fixe. La DTF est la moyenne pondérée des différents taux d'intérêt utilisés par les banques pour calculer les intérêts reconnus sur les certificats de dépôt à terme fixe (CDT) avec une durée de 90 jours.

conciliation judiciaire, il y aura toujours la possibilité de tenter une conciliation si les parties s'accordent pour demander sa réalisation au cours du procès. Le second signifie que ce qui a fait l'objet de vérification juridictionnelle d'instance ne peut être remis en question qu'à l'occasion d'un autre procès entre les mêmes parties ayant un objet différent du premier⁵⁴⁰. Les parties ne peuvent en raison de l'autorité de chose jugée de la décision d'homologation remettre en question les résultats de la vérification juridictionnelle opérée par le juge. La normativité ne permet aux parties que de discuter par voies de recours de la décision de non homologation mais ne leur ouvre pas la possibilité de discuter la décision qui homologue un accord conciliatoire. Seul le Ministère public pourra discuter par voie de recours tant de la décision d'homologation que de la décision de non homologation par disposition normative mais surtout pour des raisons d'ordre public.

Garantir la légalité de l'accord en raison de la situation sociale et de la corruption qui existent en Colombie justifie l'existence d'une compétence générale du juge administratif pour homologuer toutes les conciliations en droit administratif ; cependant, cela s'avère excessif.

⁵⁴⁰ V. FOYER, *De l'autorité de la chose jugée en matière civile, essai d'une définition*, thèse Paris, 1954, p. 143 et ss.

Chapitre II

Une homologation non nécessaire

214. Un mécanisme alternatif comme la conciliation doit reposer sur la volonté des parties et qui doivent pouvoir mettre fin au conflit avec plein effet sans l'intervention du juge. L'existence d'une homologation généralisée des conciliations en droit administratif ne s'avère pas nécessaire (*Section 1.*), mais l'absence d'homologation exige l'existence d'une culture conciliatoire (*Section 2.*).

Section 1. La remise en cause du contrôle judiciaire.

215. L'existence d'un contrôle généralisé sur les accords conciliatoires en droit administratif n'est pas conforme à la finalité de la conciliation qui est d'éviter d'avoir recours au juge et de permettre, avec son utilisation, que les parties mettent fin à leur différend (§ 1.). Penser éliminer le contrôle judiciaire généralisé des accords conciliatoires en droit administratif, en prenant le modèle de français, il reste une alternative en Colombie (§ 2.).

§ 1. Un contrôle contraire au but de la conciliation.

216. L'efficacité de l'accord des parties dépend de la décision du juge qui, finalement, décide si l'accord est valide et met fin au conflit. Les parties en réalité n'ont pas la faculté de mettre fin au conflit par elles mêmes ; leur accord est efficace et valide si le juge l'homologue. La conciliation, en droit administratif, pour être valide exige l'acte qui contient l'accord des parties et la décision du juge qui approuve l'accord. Un mécanisme alternatif avec tant de formalités n'est pas bon ; cela ne contribue pas à son développement et à son efficacité. Un mécanisme alternatif comme la conciliation doit reposer plutôt sur l'informalité, la souplesse et la volonté des parties de mettre fin au conflit, mais cela ne signifie pas que des comportements arbitraires soient acceptés. La volonté de développer des mécanismes alternatifs de résolution des conflits comme la conciliation extrajudiciaire ou la transaction, qui font partie de la justice informelle, trouve son origine dans la possibilité de prévenir le contentieux et de permettre de faire l'économie d'une procédure juridictionnelle⁵⁴¹. Cela permet d'affirmer qu'il n'existe pas véritablement un intérêt suffisamment important qui justifie l'existence d'homologation des conciliations en droit administratif, d'autant plus si l'utilisation de la conciliation ou de la transaction cherche à éviter le juge⁵⁴². En outre, l'acte qui contient l'accord conciliatoire permet sans homologation son exécution ; c'est le cas en matière privée et ce serait le cas en droit administratif si l'homologation disparaissait. Cependant, si l'on pense à supprimer l'homologation judiciaire, des réformes juridiques et d'organisation en matière de conciliation en droit administratif sont nécessaires.

217. Pour la Cour Constitutionnelle colombienne « *La garantie constitutionnelle d'accéder aux tribunaux, aux juges ne signifie pas que tous les différends, tous les conflits, doivent être résolus par les juges, puisque l'article 116 de la Constitution permet et garantit l'existence de mécanismes alternatifs de résolution des conflits,*

⁵⁴¹ B. PLESSIX, « *Transaction et droit administratif* », in coll. « *La transaction dans toutes les dimensions* », Paris, Dalloz, 2006, p. 140.

⁵⁴² *Ibid.*

comme la conciliation et l'arbitrage et le législateur peut en établir d'autres [...] ».
« [...] Les Mécanismes alternatifs de résolution des conflits trouvent leur fondement constitutionnel non seulement dans l'article 116 de la Constitution mais aussi dans d'autres principes et valeurs constitutionnels. Leur existence et leur utilisation permettent de décongestionner les tribunaux, et cela permet de garantir l'efficacité, et la célérité de la justice [...] »⁵⁴³. En outre, un mécanisme alternatif comme la conciliation permet de développer la démocratie et le principe de participation puisque avec son utilisation les particuliers deviennent collaborateurs de la justice, car ils participent à la résolution de leurs conflits.

La seule façon d'accéder à la justice n'est pas la décision judiciaire ; un mécanisme alternatif comme la conciliation permet de mettre fin à un conflit par décision des parties. En Colombie, le contrôle judiciaire des accords conciliatoires existe, en principe, pour garantir la légalité des accords et protéger le patrimoine public comme si la conciliation pouvait représenter une menace pour le patrimoine public⁵⁴⁴. Le contrôle conféré au juge administratif constitue un moyen efficace pour garantir le principe de légalité de l'administration et inclut le contrôle du respect de la loi dans ses diverses actions. La décision prise par le juge trouve son fondement dans l'analyse de la conduite de l'administration ou de ses fonctionnaires ou représentants pour déterminer sa conformité à l'ordre juridique. Selon les propres termes de Marienhoff, l'administration agit *secundum legem* puisque l'activité étatique est une activité *sub-legal*. Cela a pleine application en Colombie⁵⁴⁵. L'exigence légale de l'homologation de l'accord conciliatoire se justifie puisque avec l'utilisation de la conciliation le patrimoine public et les intérêts de la collectivité sont engagés. Le contrôle confié au juge administratif

⁵⁴³ Corte Constitucional, *Sentencia C-163 del 7 de marzo 1999*, M.P. : Alejandro Martínez Caballero.

⁵⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Auto del 16 de Marzo de 2005, *Expediente Número: 25000-23-26-000-2002-01216-01(27921) A*, M.P : Ruth Stella Correa. « [...] Le juge administratif a toujours été considéré comme garant de la légalité administrative, le contrôle qui a été conféré à la juridiction de contentieux administratif en matière de conciliations n'est pas l'exception [...] ». Traduction au français par Verónica Peláez G. (Texte en espagnol : "[...] el juez administrativo ha sido desde siempre el guardián de la legalidad administrativa y el control asignado a la jurisdicción contencioso administrativa en materia de conciliaciones no podía ser la excepción[...]").

⁵⁴⁵ *Idem*.

opère pour favoriser l'administration. Le juge doit examiner complètement le contenu de l'accord pour déterminer sa légalité et l'existence de preuves suffisantes pour s'assurer de l'existence de l'obligation reconnue, ce qui permet de considérer une forte probabilité de condamnation contre l'État⁵⁴⁶. Les justifications de l'existence du contrôle judiciaire sont claires mais il n'est pas en conformité avec le but des mécanismes alternatifs de résolutions des conflits comme la transaction et la conciliation. Le problème en Colombie ne vient pas cependant des mécanismes alternatifs de résolution des conflits mais des facteurs externes au mécanisme comme la corruption, puisque la conciliation a été utilisée pour commettre des fraudes et léser le patrimoine public. La conciliation en droit administratif colombien a été affectée, et continue de l'être, par des facteurs externes à la procédure de conciliation et les particularités de la Colombie. Cela a créé une méfiance autour du mécanisme et de son utilisation et justifié l'existence d'un contrôle judiciaire des accords conciliatoires en droit administratif, mais il n'est pas vraiment nécessaire et s'avère plutôt excessif. C'est une exigence colombienne due aux particularités du pays. Mais un pays comme la France a fait des pas importants pour laisser de côté la compétence générale du juge administratif pour homologuer les transactions dans cette matière et la Colombie peut suivre ce modèle.

§ 2. *La réception du modèle français.*

218. En France, en 1971, le Conseil d'État s'est prononcé sur l'homologation des transactions réalisées au cours d'un procès judiciaire. La jurisprudence *Mergui* établit une règle en matière d'homologation. Le juge, conformément à cet arrêt, ne pourra donner acte à un accord qu'à la condition que ce dernier ne méconnaisse aucune règle d'ordre public. Cette décision pose le principe selon lequel une personne publique ne peut être condamnée à payer une somme qu'elle ne doit pas. Le juge peut refuser l'homologation, compte tenu de ce principe, lorsque la

⁵⁴⁶ Consejo de estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Sentencia del 18 de julio de 2002, *Expediente Número : 85001-23-31-000-2000-0266-01(19700)*, M.P : Ariel Eduardo Hernández.

disproportion dans la somme accordée est telle que la prétendue transaction devient une libéralité. Ce qui est en cause, c'est l'interdiction pour les personnes publiques de consentir des libéralités⁵⁴⁷. En France, la jurisprudence *Mergui*, parfois mal comprise et mal interprétée, laisse planer une ombre de suspicion sur les transactions de l'administration⁵⁴⁸. Ainsi, les cocontractants de l'administration ont pu être confrontés à des refus d'exécution des transactions, soit du fait de leur propre inertie, soit du fait de l'attitude des comptables publics qui, par peur, ne procédaient pas au paiement des indemnités accordées pour éviter de violer le principe établi par la jurisprudence *Mergui*⁵⁴⁹. Mais ces situations d'inexécution sont infondées en France depuis l'année 2000 car, avec la réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif par la loi du 30 juillet 2000, il est possible pour le transigeant d'exercer, soit le référé-suspension contre le refus de payer du comptable, assorti d'une injonction de payer⁵⁵⁰, soit le référé-provision⁵⁵¹.

⁵⁴⁷ Conseil d'État français, 19 mars 1971, *Mergui*, Rec. Leb, p. 235 « Si à l'occasion d'un litige, une collectivité publique a offert de verser une indemnité à la victime d'un dommage, si cette offre a été acceptée et si les parties concluent à ce que le juge administratif sanctionne l'accord ainsi réalisé, il n'appartient à la juridiction compétente de donner acte de cet accord qu'à condition que ce dernier ne méconnaisse aucune règle d'ordre public. Considérant que les personnes morales de droit public ne peuvent jamais être condamnées à payer une somme qu'elles ne doivent pas ; que cette interdiction est d'ordre public et doit être soulevée d'office par la juridiction à laquelle une telle condamnation est demandée ». A cette occasion, le commissaire du gouvernement Rougevin-Baville a précisé que « ce qui est d'ordre public, ce n'est pas l'exagération de l'indemnité convenue, car après tout une transaction peut être plus ou moins bonne et la collectivité peut se montrer relativement large sur un point afin d'obtenir satisfaction sur un autre ».

⁵⁴⁸ Y. GAUDEMET, « *La contractualisation de la justice en matière administrative* », en Réforme de la justice, réforme de l'État, Puf, septembre 2003, p. 218.

⁵⁴⁹ B. PLESSIX, « *Transaction et droit administratif* », in coll. « *La transaction dans toutes les dimensions* », Paris, Dalloz, 2006, p. 141.

⁵⁵⁰ T.A Paris 2 avril 2003, M. Lion, AJDA 2003.1286, note E. Spitz, CJEG 2003.568, note Y. Gaudemet. Cité in : B. PLESSIX, « *Transaction et droit administratif* », en coll. « *La transaction dans toutes les dimensions* », Paris, Dalloz, 2006, p. 141. Voir aussi l'article L.521-1 du Code de justice administrative cité in O. Gohin, « *Contentieux administratif* », Paris, Lexis Nexis Litec, 4^{ème} édition, 2005, p. 268 : « Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation », le référé-suspension peut être prononcé « lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision ».

⁵⁵¹ CAA Lyon 2 juin 1992, Passariello, Lebon Tab. p. 1217. Cité in B. PLESSIX, « *Transaction et droit administratif* », in coll. « *La transaction dans toutes les dimensions* », Paris, Dalloz, 2006, p. 141. Voir aussi : O. Gohin, « *Contentieux administratif* », Paris, Lexis Nexis Litec, 4^{ème} édition, 2005, p.282 : « Le référé-provision permet aux créanciers d'obtenir une avance sur les sommes qui leur sont dues, en attendant que le montant exact de leur créance soit déterminé [...] », le nouvel article R.541-1 dispose : « Le juge des référés peut,

Cela justifie l'avis du Conseil d'État, « *Syndicat interdépartemental de l'Häy-les-Roses* », dans lequel il a tout d'abord entendu rappeler un des effets déterminants d'une transaction et les conséquences qui en découlent, en précisant qu' « *En vertu de l'article 2052 du Code civil, le contrat de transaction par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître, a entre ces parties l'autorité de la chose jugée en dernier ressort. Il est exécutoire de plein droit sans qu'y fassent obstacle, notamment les règles de la comptabilité publique. Par suite, en dehors des cas où la contestation à laquelle il a mis fin a été précédemment portée devant le juge administratif, des conclusions tendant à ce que celui-ci homologue une transaction sont en principe dépourvues d'objet et par suite irrecevables* »⁵⁵².

En rappelant cet article, le Conseil d'État a voulu mettre fin à une autre difficulté dérivée du régime de la transaction qui trouvait son origine dans l'attitude de certains comptables publics. Ces derniers refusaient, le plus souvent, de payer les sommes prévues dans les transactions en l'absence d'homologation de celle-ci par le juge⁵⁵³.

Le Conseil d'État confirme que les exigences de certains comptables et préfets étaient non fondées et que l'exécution effective d'une transaction n'a pas à être subordonnée à une quelconque homologation judiciaire. La Haute Juridiction a ainsi clairement refusé de reconnaître au juge administratif un pouvoir général d'homologation des transactions. Dans ce contexte, le Conseil d'État a posé le principe d'irrecevabilité des conclusions à fin d'homologation présentées en dehors de tout litige contentieux. Ne sont donc recevables, que les conclusions à fin d'homologation d'une transaction intervenue entre les parties en cours d'instance, comme cela a été posé dans la jurisprudence *Mergui* en 1971. Cependant, le Conseil d'État a consacré deux exceptions en permettant la recevabilité de la demande d'homologation

même en l'absence d'une demande au fond, accorder une provision au créancier qui l'a saisi lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable. Il peut même d'office, subordonner le versement à la constitution d'une garantie».

⁵⁵² C.E 6 décembre 2002, *Syndicat interdépartemental des établissements du second degré de l'Häy-les-Roses*, *Dr. Adm.* 2003, n°20.

⁵⁵³ Le 2 avril 2003 une ordonnance en référé du Tribunal administratif de Paris rappelle qu' « aucun texte ou principe de droit » ne subordonne la validité des contrats de transaction à une quelconque obligation d'homologation.

en l'absence de tout contentieux lorsque, dans l'intérêt général, la conclusion de la transaction tend à remédier à une situation telle que celle créée par une annulation ou la constatation d'une illégalité qui ne peut être régularisée ; ou bien lorsque l'exécution de la transaction se heurte à des difficultés particulières. Par conséquent, en contentieux administratif français, l'homologation, en principe, n'a pas lieu d'être.

Enfin, le Conseil d'État précise les points sur lesquels le juge porte son contrôle afin de parvenir à l'homologation. Le Conseil d'État ne procède en l'espèce à aucune innovation et reprend les conditions incontournables, que doit respecter toute transaction, à savoir : le consentement effectif des parties, la licéité de l'objet de la transaction, l'interdiction de méconnaître les règles d'ordre public, parmi celles-ci la prohibition de toute libéralité. Quant à cette dernière, le Conseil d'État a reformulé les arguments de la jurisprudence *Mergui*. Dans ce contexte, il a repris l'argument selon lequel les personnes publiques ne peuvent consentir des libéralités mais il a ajouté qu'elles peuvent, au moment de l'accord transactionnel, éventuellement augmenter la somme à payer pour la réparation du préjudice subi.

219. En partant du cas français, il est possible de penser à la suppression de l'homologation obligatoire et généralisée des conciliations en droit administratif colombien, au moins par rapport aux accords conciliatoires extrajudiciaires et même si l'origine de l'existence de l'homologation répond à des causes différentes dans les deux pays. La suppression de l'homologation contribue à la décongestion des tribunaux et cela permettrait que les parties mettent fin à leur conflit avec plein effet juridique. Ainsi, il n'est possible de laisser la compétence pour homologuer que pour les conciliations judiciaires et dans ce cas, le juge agit comme conciliateur et c'est lui-même qui doit déterminer la finalisation du procès, si l'accord est légal.

220. Le cas colombien est particulier, à cause de la corruption, comme on l'a montré, ce qui a exigé une protection spéciale pour les deniers publics. Pour cette raison, on considère, qu'il doit exister la possibilité de demander l'homologation des conciliations extrajudiciaires qui comportent la reconnaissance d'une somme d'argent importante. Dans ce cas, le législateur doit établir le montant à partir duquel l'homologation sera possible, il faudrait une disposition normative dans ce sens. En tout cas, si l'homologation n'est pas demandée ou si le montant ne permet pas de

demander l'homologation, il est clair que dans le cas d'une illégalité ou d'un accord contraire à l'ordre public ou qui présente des vices du consentement, il est possible d'utiliser la sanction de la nullité relative ou de la nullité absolue, d'autant plus si l'on arrive en Colombie à donner à l'accord conciliatoire la valeur d'une transaction. Cela signifie, que la conciliation sera affectée par les mêmes difficultés et les mêmes limites qui existent pour la transaction⁵⁵⁴. Cependant, il est clair qu'en Colombie l'accord conciliatoire contenu dans l'acte de conciliation n'est pas un contrat comme la transaction. Le Conseil d'État a clairement signalé que : « [...] *La transaction est un contrat qui comporte des concessions réciproques tandis que la conciliation n'est pas un contrat et elle n'exige pas pour sa validité que les parties fassent des concessions [...]* »⁵⁵⁵. Par conséquent, il n'est pas possible d'affirmer que l'acte de conciliation contient un accord de volontés qui fait naître un contrat. Néanmoins, donner à l'accord conciliatoire la portée d'une transaction serait convenable mais sinon, ce sera toujours un accord de volontés qui peut même être considéré comme un contrat innommé ; il constitue en tout cas un *negocio juridico*.

221. En prenant le régime de la transaction et en faisant une assimilation de l'accord conciliatoire à une transaction, même si en Colombie on ne lui donne pas cette portée, la transaction comme tout contrat de l'administration est commandée par une série d'actes détachables, préparatoires de celui-ci, et dont la légalité peut être contestée par tout intéressé. La transaction est exposée, indirectement, à la critique de ceux auxquels le droit reconnaît un intérêt à agir. Par conséquent, la conciliation réussie ou la transaction réussie sans l'existence d'homologation reste soumise à un aléa propre à la matière administrative. Relayée par l'accord des parties, la conciliation peut être remise en cause par le contentieux formé par des tiers contre la décision de conclure cet accord pris par la partie publique. Cette situation s'est présentée

⁵⁵⁴ Le droit administratif applique à la transaction les principes du droit privé, tels qu'ils sont inscrits aux articles 2044 et du Code civil. La transaction est définie, comme « un contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître ». La transaction doit être un contrat écrit, elle a en principe l'autorité de chose jugée entre les parties. Elle n'est possible que sur les droits sur lesquels on peut transiger.

⁵⁵⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, M.P. : Ramiro Saavedra Becerra, 3 de marzo de 2005.

par exemple, en France, dans le cas de la conciliation menée par le président du tribunal administratif de Paris à propos de certains marchés de la région d'Île-de-France. La conciliation, en l'espèce, a réussi mais a été remise en cause par le déféré formé par le préfet contre la délibération du Conseil régional qui a décidé de conclure l'accord transactionnel⁵⁵⁶. Il est clair que sans homologation de l'accord conciliatoire, celui-ci aura l'effet de chose jugée mais contractuelle et sera exposé à la possibilité d'être contesté auprès du juge compétent pour être contraire à la Constitution ou à la loi, pour être vicié de nullité absolue ou relative, ainsi que pour être lésionnaire du patrimoine public ou des intérêts collectifs⁵⁵⁷.

222. L'absence d'homologation ne signifie pas qu'un accord conciliatoire contraire à l'ordre juridique ne pourra être contesté. L'homologation existe pour garantir la légalité des accords conciliatoires mais sa suppression ne signifie pas que la normativité en vigueur ne permette pas de remettre en cause un accord conciliatoire illégal ou contraire à l'ordre public ou à la normativité en vigueur.

Nous sommes tentés d'inclure un autre cas où l'homologation s'avère nécessaire, correspondant à celui établi par le Conseil d'État français, qui permet l'homologation dans les cas où l'exécution de la transaction se heurte à des difficultés particulières. Dans ce cas, nous croyons qu'il relèvera de la compétence du juge administratif d'établir s'il existe ou non des difficultés pour l'exécution d'un accord conciliatoire et déterminer lui-même sa compétence pour homologuer l'accord. Ce serait une décision discrétionnaire du juge administratif, mais en Colombie on ne voit pas vraiment la nécessité de son existence car l'accord conciliatoire a des effets de chose jugée et l'acte qui contient l'accord conciliatoire a valeur de titre exécutoire, au moins en droit privé, et cela permet un procès exécutif en cas de non exécution de

⁵⁵⁶ Yves Gaudemet, « *La contractualisation de la justice en matière administrative* », in Réforme de la justice, réforme de l'État, Puf, septembre 2003, p. 216.

⁵⁵⁷ Un accord conciliatoire lésionnaire du patrimoine public viole le droit collectif de Défense du patrimoine public et cela permet d'utiliser l'action populaire et, dans ce cas, le juge est nécessaire pour protéger le droit collectif violé ou menacé,

l'accord⁵⁵⁸. En droit administratif, avec l'existence de l'homologation obligatoire, l'acte de conciliation par lui-même n'est pas un titre exécutoire ; il doit être accompagné d'une décision définitive du juge qui homologue la conciliation et les deux constituent un titre exécutif complexe.⁵⁵⁹ Cela signifie que si l'on pense à la suppression de l'homologation, l'acte de conciliation sera considéré comme titre exécutoire, comme c'est le cas actuellement en droit privé, et s'il existe des problèmes pour l'exécution de l'accord conciliatoire la personne pourra se rendre auprès du juge pour obliger la partie qui n'a pas accompli l'accord à exécuter la décision. Si l'acte qui contient l'accord est un titre exécutif, il ne sera pas nécessaire, en Colombie, d'exiger l'homologation dans les cas où il existe des difficultés pour exécuter une conciliation car il existera dans ce cas le procès exécutif pour la personne qui souhaiterait faire accomplir l'accord conciliatoire⁵⁶⁰.

223. Un autre aspect qui permet de penser à la suppression des homologations des accords conciliatoires extrajudiciaires, est l'existence d'une sentence d'unification et d'une jurisprudence réitérée et condamnatrice. Dans ce cas, si un Comité de conciliation doit étudier une affaire qui repose sur des faits et des fondements juridiques similaires à un sentence

⁵⁵⁸ Ley 446 del 7 de julio de 1998, Op. cit., Artículo 66.

⁵⁵⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Auto del 29 de junio de 2000, *Radicación Número : 17356*, M.P. : María Helena Giraldo Gómez, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 7 de febrero de 2002, *Radicación Número : 05001-23-25-000-2000-2626-01(20869)*, M.P. : Ricardo Hoyos Duque,

⁵⁶⁰ En conformité avec l'article 488 du Code de procédure civile, le titre exécutif est défini comme un document qui contient une obligation claire, expresse et exigible. Le document doit être certifié conforme, il doit provenir du débiteur, d'un arrêt de condamnation d'un juge ou d'un tribunal ou d'une autre décision judiciaire avec caractère exécutoire. Une obligation est expresse, si de la lecture du document il est possible de détecter l'existence de l'obligation, sans la nécessité d'aucune interprétation. L'obligation est claire si elle est de facile compréhension. L'obligation est exigible s'il est possible de demander son exécution puisqu'il n'existe pas un délai ou une condition pour accomplir. Dans un procès exécutif le juge doit déterminer que le document est véritablement un titre exécutoire, s'il détermine que le document ne l'est pas, il n'ordonnera pas le paiement de l'obligation. Le juge dans un procès exécutif peut : ordonner le paiement, s'il existe un titre exécutoire, ne pas ordonner le paiement par absence de titre exécutoire, ordonner la reconnaissance du titre exécutoire ou la mise en demeure de s'exécuter ou la notification de la cession du crédit ou des titres exécutoires aux héritiers. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Auto del 29 de junio de 2000, *Radicación Número : 17356*, M.P. : María Helena Giraldo Gómez.

d'unification ou s'il existe des sentences condamnatoires réitérées, la jurisprudence a clairement déterminé d'une part, les paramètres d'indemnisation et l'existence d'un dommage anti juridique et, d'autre part, a déjà déterminé la responsabilité de l'État dans cette sorte de cas, et il existe, dans les cas de sentences condamnatoires réitérées une haute probabilité de condamnation de l'entité. La conciliation réalisée dans ce cas est justifiée et trouve son fondement dans des décisions du juge administratif où il a déjà fixé le préjudice et fondé sa décision juridiquement, le Comité se contente simplement de justifier sa conciliation par une décision préalable du juge. Dans ce cas, l'existence d'une homologation n'est pas justifiée.

En outre, l'existence d'une sentence d'unification et d'une jurisprudence condamnatoire réitérée permet la réalisation de conciliations massives et d'éviter un procès où on connaît préalablement le sens de la décision, plusieurs demandes pouvant se terminer extrajudiciairement. Par exemple, la Loi 1395 de 2010 avait consacré le précédent jurisprudentiel en droit du travail et pour les personnes privées de leur liberté ; cinq décisions dans le même sens sont considérées comme un précédent ; c'est le cas aussi avec les sentences d'unification. La conciliation extrajudiciaire est alors nécessaire pour les conflits futurs, et, on insiste, l'homologation ne s'avère pas nécessaire.

224. Un autre aspect qui justifie la suppression de l'homologation généralisée des conciliations extrajudiciaires en droit administratif, est le statut constitutionnel de la conciliation. Le conciliateur rend transitoirement la justice et la Constitution, dans son article 116, est le fondement supérieur de son rôle. Par conséquent, on ne comprend pas au niveau juridique la justification de l'existence généralisée de l'homologation. Si le conciliateur rend la justice de façon transitoire, pour quoi l'accord conciliatoire signé par lui et les parties en droit administratif n'a pas de plein effet ? En droit privé les accords conciliatoires ont plein effet et ils ont l'effet de chose jugée. Il doit en aller de même en droit administratif ; le rôle du conciliateur est constitutionnel et la Constitution ne fait aucune différence parmi les conciliateurs, le patrimoine public n'étant pas ailleurs pris en compte par elle.

En outre, on le répète, l'absence d'homologation n'empêche pas de contester la légalité d'un accord.

225. Finalement, deux aspects permettent également de motiver l'idée de suppression de l'homologation de l'accord conciliatoire extrajudiciaire en droit administratif. D'une part, il existe actuellement l'intervention du Ministère public comme conciliateur et du juge en tant qu'autorité compétente pour homologuer l'accord conciliatoire, plus les parties. Le juge considère qu'au moment d'homologuer les preuves existantes doivent créer chez lui une certitude absolue de l'existence de l'obligation économique reconnue par une entité publique. La certitude absolue est un concept subjectif. Ce qui signifie que, les preuves existantes peuvent faire naître chez le Ministère créer pour lui une certitude absolue de l'existence de l'obligation et chez le juge. Cela montre qu'il existe une probabilité pour les parties de voir échouer leur accord. La participation de deux autorités différentes dans les conciliations extrajudiciaires en droit administratif ne contribue pas à son efficacité ; la souplesse favorise les mécanismes alternatifs de solution des conflits. L'absence d'homologation et une instance conciliatoire idoine sont souhaitables ; le Ministère public peut continuer à remplir ce rôle mais en le comprenant beaucoup mieux.

Par ailleurs, l'homologation du juge administratif des conciliations comme garantie de la légalité de l'accord conciliatoire est actuellement remise en cause en Colombie suite à une nouvelle affaire de corruption. Il s'agit de la conciliation *Conigravas* considérée comme un nouveau *Dragacol*, ce qui confirme que le problème en Colombie n'est pas la conciliation mais l'absence d'une culture pour la bonne utilisation de la conciliation, la corruption, les vides juridiques et la méconnaissance du mécanisme⁵⁶¹. Cette situation particulière à la société colombienne ne se résoudra pas avec l'existence d'une homologation des accords conciliatoires.

⁵⁶¹ Contraloría General de la República, procès de Responsabilité fiscale N° CD-6-004-10, Auto de Imputación, 30 mars 2012.

Le 3 juillet 1983, le Ministère d'ouvrages publics et une association privée (*consorcio*) ont passé un contrat public pour construire 22 kilomètres de la route Medellín-Turbo. Le contrat fut prorogé plusieurs fois, la liquidation unilatérale ayant été faite en 1992. Cependant, le contrat a entraîné un procès de responsabilité contractuelle auprès du Tribunal Administratif d'Antioquia qui s'est terminé par un accord conciliatoire où l'entité publique a finalement reconnu payer une somme équivalente à 25.000 millions de pesos. Somme qui a été reconnue et payée dans sa totalité par l'entité publique à travers la Résolution N° 07012 de 1998. Par la suite, le cocontractant (*Conigravas*) a demandé la première copie certifiée conforme d'approbation de l'accord conciliatoire déjà payé. L'entité publique a rejeté la demande. Cependant, le 2 juin 2000, *Conigravas* a porté plainte contre l'*INVIAS*, et initié un procès en exécution, puisque l'exécution de la conciliation et le paiement effectué n'avait pas respecté les formules convenues et approuvées par le tribunal. Le procès finalement arrive à la même salle de tribunal qui avait approuvé la première conciliation en 1998. Le 21 novembre 2005, ce tribunal ordonne la saisine des comptes bancaires de l'*INVIAS*⁵⁶². Une première réunion des membres du Comité de conciliation de l'*INVIAS* a donc eu lieu, le 5 août 2005, où ils ont décidé de ne pas concilier pour considérer que l'obligation était éteinte. Mais, lors de la deuxième réunion, le 12 octobre 2006, ils ont décidé de concilier pour 74 milliards de pesos. En outre, l'institut anti-corruption de l'Université du Rosario a également considéré que les calculs de 1998 n'avaient pas été bien faits et que l'*INVIAS* devait payer une somme équivalente à 148 milliards de pesos, raison pour laquelle l'*INVIAS* devait concilier, selon l'Université du Rosario, pour les 50 % de la somme déterminée. L'*INVIAS* a accepté les conclusions de l'université et les membres du Comité décident concilier pour la somme annoncée. Aujourd'hui, cette affaire est devenue une affaire de corruption⁵⁶³. La *Contraloría General de la República* a découvert la possibilité d'une possible fraude contre l'État car le document qui fonde le paiement que doit réaliser l'*INVIAS*, peut ne pas être authentique ; les cachets du document ne correspondent pas à ceux du Tribunal administratif d'Antioquia, ce qui

⁵⁶² *Idem.*

⁵⁶³ *Idem.*

s'appuie sur un rapport d'août 2010, présenté par le CTI de la *Fiscalia*⁵⁶⁴. De plus, la première copie de l'acte de conciliation était conservée par l'entité publique car les cocontractants l'avaient remise au moment du premier paiement. Ainsi, si ce document était aux mains de l'entité publique, comment les cocontractants ont-ils pu l'utiliser pour obtenir le paiement de sommes très élevées sans en avoir le droit et sans que le juge ne s'en soit aperçu ? L'affaire *Conigravas* pose plusieurs questions.

Comment le Tribunal Administratif peut-il certifier un document qu'il n'a pas émis ? Comment les membres du Comité de conciliation ont-ils accepté de concilier sans étudier à fond l'affaire ? Surtout s'il existait déjà une première conciliation homologuée et payée sur la même avec l'effet de chose jugée. Il peut exister une étude de l'Université du Rosario, mais cela ne dispense pas les membres du Comité de faire une étude du cas et de déterminer la possibilité de concilier dans une affaire. Il n'est pas possible qu'une entité publique accepte de concilier pour une somme d'argent sans vérifier si le montant établi est réel.

La conciliation *Conigravas* montre encore une fois qu'en Colombie, il existe un problème de corruption qui touche tous les niveaux sociaux et qui a affecté le développement des mécanismes alternatifs de résolution des conflits. Il est nécessaire de garantir la légalité des accords conciliatoires, justification de l'homologation en droit administratif Colombien, mais l'affaire *Conigravas* montre que l'existence d'approbation judiciaire des accords ne garantit pas leur légalité. Il existe même un problème pour laisser sans effet un accord conciliatoire approuvé par le juge mais qui constitue une fraude à l'État, car même si l'action populaire est restée comme un instrument juridique très utile pour protéger le patrimoine public et la moralité administrative en tant que droits collectifs, [quant à face une conciliation exécutée et lésionnaire du patrimoine public comme la conciliation *Dragaco*⁵⁶⁵ et qu'il est possible

⁵⁶⁴ CTI : Corps technique de recherche de la *Fiscalia*. La *Fiscalia General de la Nación* est chargée de la faculté de faire la recherche et l'accusation pour la violation de la loi pénale.

⁵⁶⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia del

d'utiliser cette action même avec l'existence d'un procès fiscal en cours ou d'une décision de condamnation en cette matière ou en matière contractuelle⁵⁶⁶, cela n'est pas possible dans la conciliation *Conigravas*. À l'époque de la conciliation *Dragacol*, la jurisprudence a considéré que si avec une conciliation signée un droit collectif était violé, l'action populaire pouvait être utilisée. En conformité avec l'article 209 de la Constitution, la fonction administrative sert l'intérêt général. Elle doit s'exercer en conformité avec les principes d'égalité, de moralité, d'efficacité, d'économie, de célérité, d'impartialité et de publicité. En utilisant l'action populaire, il est possible de contrôler l'abus dans l'exercice de la fonction administrative, et de récupérer de l'argent public perdu en raison de la corruption administrative en matière contractuelle. Dans la conciliation *Dragacol*, les représentants du ministère du Transport, de la société *Dragacol* et le Ministère public ont méconnu le

31 de mayo de 2002, *Radicación Número : 25000-23-24-000-1999-9001-01* Acumulado con el numero 25000 23 24 000 1999 0537 01 (AP - 300), M.P. : Ligia López Díaz. Le Conseil d'État a considéré à plusieurs reprises la moralité administrative comme une norme ouverte qui doit être interprétée par le juge et appliquée selon le cas, en conformité avec la saine critique. La moralité administrative comme principe constitutionnel concerne le bon exercice de l'activité administrative avec transparence et diligence. Le fonctionnaire public doit exercer ses fonctions en favorisant l'intérêt général, le respect de la loi et l'amélioration du service. En cas contraire, il existerait une conduite immorale qui est du ressort du juge administratif en utilisant l'action populaire. Le patrimoine public comporte la totalité des biens, des droits et obligations qui sont propriété de l'État. Sa protection cherche à ce que les deniers publics soient administrés de façon efficace et responsable, en conformité avec les normes budgétaires. La bonne utilisation des deniers publics, la bonne foi et le droit collectif de la défense du patrimoine public sont à la base du principe de la moralité administrative.

⁵⁶⁶ Les actions populaires et les actions de groupe ont valeur constitutionnelle, l'article 88 de la Constitution signale que : « La loi réglera les actions populaires pour la protection des droits et des intérêts collectifs, liés au patrimoine public, à l'espace public, la sécurité, la salubrité publique, la moralité administrative, l'environnement, la libre concurrence économique et ainsi que d'autres de nature similaire que la loi détermine. Elle réglera aussi les actions qui trouvent leur origine dans les dommages causés à plusieurs personnes et définira les cas de responsabilité objective pour le dommage causé aux droits et intérêts collectifs. Traduction au français par Verónica Peláez G. (Texte en espagnol : "*La Ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella*" "*También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones populares.*" "*Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos*").

principe de moralité administrative et violé le droit collectif de défense du patrimoine public, les sommes d'argent conciliées ont dépassé la juste valeur⁵⁶⁷. Par conséquent, le Conseil d'État laisse sans effet l'acte de conciliation signé, c'est-à-dire, l'accord conciliatoire, a ordonner d'arrêter les paiements restants et a ordonné aussi à la société *Dragacol* la restitution du trop perçu en raison de l'accord conciliatoire signé⁵⁶⁸. L'action populaire a été le seul mécanisme permettant de laisser sans effet un accord conciliatoire qui violant les droits collectifs à la moralité administrative et au patrimoine public⁵⁶⁹. Mais il faut préciser que l'accord conciliatoire n'avait pas été l'objet d'une homologation et qu'il n'existait pas de décision judiciaire approuvant la conciliation, ce qui a permis l'utilisation de l'action populaire pour laisser sans effet l'accord conciliatoire. La conciliation *Conigravas* impose cependant une autre analyse ; en outre, le Conseil d'État a déjà considéré que l'action populaire n'était pas possible face à des décisions judiciaires ; cela signifie qu'un accord conciliatoire homologué comme la conciliation *Conigravas*, qui constitue une fraude à l'État, ne pourra pas être remis en cause car il aura l'effet de chose jugée une fois qu'il sera définitif, sauf si un droit fondamental a été violé et qu'une *Tutela* soit possible pour considérer la décision prise comme une voie de fait. Les actions pénales, disciplinaires et fiscales sont envisageables mais ces actions ne laissent pas sans effet l'accord conciliatoire homologué⁵⁷⁰.

226. En conclusion, pour supprimer l'homologation et pouvoir la solliciter dans certains cas il faut d'une part, l'existence d'une normativité claire sur la matière qui contient les exigences pour qu'il soit possible de solliciter

⁵⁶⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia del 31 de mayo de 2002, *Radicación Número : 25000-23-24-000-1999-9001-01 Acumulado con el numero 25000 23 24 000 1999 0537 01 (AP - 300)*, M.P. : Ligia López Díaz.

⁵⁶⁸ *Idem*.

⁵⁶⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, *Radicación Número : 25000-23-24-000-1999-9001-01 acumulado con el numero 25000 23 24 000 1999 0537 01 (ap - 300)*, M.P. : Ligia López Díaz, 31 de mayo de 2002.

⁵⁷⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, 27 de mayo de 2010, *Radicación Número : 05001-23-31-000-2005-03516-01(ap)*, M.P. : Marco Antonio Velilla Moreno.

l'homologation ; d'autre part, il faudrait une culture conciliatoire qui n'existe pas actuellement en Colombie.

Pour que la conciliation soit efficace, en tant que mécanisme alternatif de résolution des conflits et pour qu'elle soit conforme avec sa philosophie de base et son but, il faut, d'une part, un changement de mentalité de tous les intervenants dans une procédure conciliatoire, de l'entité publique, de la personne privée et du conciliateur pour créer une culture conciliatoire qui permette que la conciliation soit un mécanisme efficace en Colombie et un mécanisme bien utilisé. Il faut d'autre part, que les intervenants connaissent le droit, le régime des mécanismes alternatifs de résolution des conflits et, en particulier, le régime de la conciliation et sa normativité. Ce sont les éléments minimaux nécessaires pour supprimer l'homologation généralisée des accords conciliatoires en Colombie et pour garantir l'efficacité de la conciliation.

Section 2. La nécessité d'une culture conciliatoire.

227. L'absence d'homologation des conciliations extrajudiciaires suppose l'existence d'une culture conciliatoire. Cela implique un changement de mentalité des intervenants et l'existence de politiques publiques qui permettent un développement de la conciliation et son efficacité. Une culture conciliatoire exige d'une part, pour le fonctionnaire public, qu'il laisse la croyance selon laquelle il vaut mieux attendre une décision judiciaire qu'engager le patrimoine public avec une conciliation pour éviter que sa responsabilité ne soit pas remise en cause. Pour un fonctionnaire public, le coût de ne pas concilier plutôt que de concilier est mineur. En Colombie, comme on l'a déjà montré, la conciliation n'est pas vue avec confiance car elle a été utilisée pour commettre des fraudes à l'encontre du patrimoine public. Un doute est né sur la conciliation et l'homologation par le juge apparaît comme la seule voie pour éviter la lésion du patrimoine public.

228. Les dernières réformes en matière de conciliation extrajudiciaire en droit administratif cherchent à développer la conciliation comme mécanisme pour

décongestionner les tribunaux. Le Ministère public en tant que conciliateur et les membres des Comités de conciliation jouent actuellement un rôle très important pour garantir l'efficacité de la conciliation et pour éviter des accords conciliatoires qui comportent une lésion du patrimoine public. Ainsi, les Comités de conciliation doivent réaliser une étude juridique profonde sur chaque affaire ; ils doivent vérifier l'existence de jurisprudences réitérées sur l'affaire ou d'une jurisprudence d'unification et si elles existent, ils doivent concilier puisque cela leur permet d'établir une forte probabilité de condamnation de l'entité ; ce qui justifiera l'utilisation de la conciliation. Mais cette étude juridique ne doit pas seulement reposer sur la forte probabilité de condamnation contre l'entité mais il faut une détermination du préjudice causé pour proposer de formules d'arrangement justes, reposant sur des preuves, à fin d'éviter la lésion du patrimoine public ou la conclusion d'accords comportant des concessions dérisoires. Cela garantit que l'accord ne soit pas remis en cause par la suite. Il ne suffit pas d'utiliser la conciliation, il convient de le faire de manière adéquate et cela comporte une exigence : connaître la normativité en matière de conciliation et avoir l'expertise pour taxer correctement le préjudice et en conséquence proposer la formule d'arrangement. Son utilisation exige que les entités publiques (Comités de conciliation), fassent l'analyse des coûts-bénéfices et de convenance au moment de décider de l'utilisation de la conciliation et procèdent à une évaluation adéquate du préjudice causé pour garantir des accords conciliatoires légaux et justes.

229. D'autre part, une culture conciliatoire comporte un changement de mentalité du conciliateur, ce qui permettrait plus facilement de supprimer un contrôle judiciaire sur les accords conciliatoires extrajudiciaires. La participation de l'agent du Ministère public en tant que conciliateur permet de garantir la légalité de l'accord et la protection des intérêts particuliers et collectifs. Mais la suppression du contrôle judiciaire exige une instance conciliatoire indépendante, impartiale, avec des connaissances juridiques notables en matière de mécanismes alternatifs de résolution des conflits. Un conciliateur doit toujours guider les parties, connaître le conflit et proposer des formules justes d'arrangement, faire connaître aux parties les illégalités ou les défaillances qui pourraient exister dans l'accord conciliatoire. Son rôle actif implique d'écouter les parties, de leur expliquer le fonctionnement de la conciliation, en cas de besoin, d'utiliser un langage adapté

au niveau culturel des parties ; il doit avoir une expérience non seulement dans la résolution des conflits, mais aussi dans les relations sociales ; il doit être sensible aux problèmes sociaux. S'il n'existe pas d'homologation, les accords conciliatoires doivent être fondés sur les preuves nécessaires ; et le conciliateur doit analyser plus en détail l'aspect lié à la caducité de la prétention. Ce sont des compétences que le conciliateur possède déjà actuellement mais qu'il faut renforcer, car il existe encore des cas où le juge administratif n'homologue pas un accord conciliatoire parce qu'avait opéré la caducité de l'action ou parce que les preuves existantes ne sont pas suffisantes pour créer la certitude auprès du juge de l'existence de l'obligation reconnue par l'entité publique. Cela ne peut arriver si l'homologation est supprimée. Ce qui signifie que le Ministère public devient vraiment le garant de la légalité des accords conciliatoires, car il n'existera pas de juge pour déterminer la légalité de l'accord, toute la responsabilité revenant au conciliateur. Il doit éviter que les accords conciliatoires ne soient ultérieurement remis en cause et, pour l'éviter, il doit aider et collaborer avec les parties dans la construction des accords conciliatoires légaux.

Pour conclure, le Ministère public doit beaucoup plus comprendre son rôle en l'absence de contrôle sur les accords conciliatoires extrajudiciaires et en tout cas, tous les intervenants doivent comprendre que la conciliation ne peut devenir un mécanisme pour exercer des fraudes contre l'État ; c'est une responsabilité des entités publiques, des personnes morales privées, des personnes privées qui participent à une conciliation et du conciliateur.

230. Finalement, un aspect exige une réflexion en matière de conciliations en droit administratif. Il s'agit du concept d'accord lésionnaire du patrimoine public. Ce sujet est très important car actuellement ce qui est considéré lésionnaire du patrimoine public n'est pas clairement défini. Il faut d'abord préciser qu'un accord conciliatoire doit être considéré comme ayant valeur de transaction et que, par conséquent, il comporte nécessairement des concessions réciproques, ou plutôt mutuelles, même si la normativité en vigueur et la jurisprudence n'en disposent

pas quant à la conciliation⁵⁷¹. Les parties, dans une transaction ou dans une conciliation font part de leurs positions, renoncent à certaines prétentions en faisant des concessions mutuelles⁵⁷². Les parties, dans une transaction ou dans un accord conciliatoire, disposent de la relation substantielle qui constitue la base du conflit ou du différend. Elles le font en distribuant l'objet parmi elles, en proportion des calculs de probabilités de succès ; ainsi par exemple il est possible d'accorder la réduction du crédit et chaque partie peut rester avec une part de l'objet controversé ou abandonner une prétention en même temps qu'elle reçoive de l'autre partie. L'existence de concessions n'exige pas d'équivalence mais la coïncidence de renonciations, il n'est pas possible de parler de juste prix ou d'un équilibre économique des prestations ou des concessions⁵⁷³. Par conséquent, il n'est pas possible d'exiger dans une conciliation une équivalence économique entre les concessions faites par les parties. Cela signifie qu'un accord conciliatoire peut être plus au moins favorable pour l'entité publique mais cela ne doit pas entraîner la lésion du patrimoine public. Une entité publique peut éventuellement augmenter la somme à payer dans un accord conciliatoire ; ce qui est interdit, ce sont les libéralités. Cela signifie que seul l'accord conciliatoire qui comporte une libéralité, la reconnaissance d'une indemnité ou d'une somme d'argent absolument disproportionnée doit être considéré comme lésionnaire du patrimoine public. Cela veut dire qu'un accord conciliatoire ne peut être ouvertement lésionnaire du patrimoine public.

231. En conclusion, avec ou sans homologation, ce qui est interdit pour une entité publique est de parvenir à un accord conciliatoire ouvertement lésionnaire du patrimoine public. L'absence ou l'insuffisance de preuves ne justifie pas qu'un accord conciliatoire soit toujours considéré comme lésionnaire du patrimoine

⁵⁷¹ B. FAGES, « *Equilibre et transaction : l'exigence de concessions réciproques* », en coll. « *La transaction dans toutes les dimensions* », Paris, Dalloz, 2006, p. 57 « L'expression « concessions réciproques » est plus large que celle employée par la cour de Cassation dans son arrêt du 3 janvier 1883 qui exige « un abandon réciproque ». Le mot « concession » peut recouvrir « l'abandon », c'est-à-dire la renonciation par l'un et/ou l'autre des intéressés à une partie de ses prétentions [...] »

⁵⁷² F. HINESTROSA, *Tratado de obligaciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Tercera Edición, Marzo de 2007, p.740.

⁵⁷³ *Idem*.

public. Il n'existe pas de relation nécessaire entre défaillances de preuves d'un accord conciliatoire et lésion du patrimoine public. Les problèmes probatoires exigent que le conciliateur demande les preuves et que la suspension de la caducité continue pour des raisons probatoires. En outre, un accord conciliatoire doit avoir valeur de transaction ; il doit être considéré comme comportant des concessions mutuelles et cela n'exige pas d'équivalence dans les concessions ; cela permettrait que les Comités de conciliation laissent de côté leurs formules d'arrangement inflexibles qui ne permettent pas d'une discussion mais entraîne une imposition de l'entité publique car il n'y aura d'accord que si l'autre partie accepte la formule de l'entité publique. La conciliation exige un rapprochement des parties, une discussion, une abdication des prétentions pour arriver à la solution juste d'un différend ; les formules inflexibles et l'imposition ne peuvent être acceptées.

En Colombie, il existe actuellement un engouement pour la conciliation ; les réformes faites montrent que les autorités publiques cherchent à ce que la conciliation devienne un mécanisme très utilisé en droit administratif pour résoudre les conflits dans cette matière. Cependant, les réformes normatives et l'exigence du préalable obligatoire de conciliation extrajudiciaire ne sont pas suffisantes pour développer la conciliation. La corruption, ainsi que l'inexistence d'une culture conciliatoire, reportent à plusieurs années tout développement possible de la conciliation comme mécanisme pour résoudre de conflits en masse et pour envisager un mécanisme plus souple qui comporte l'absence d'homologation généralisée. Cependant, la conciliation est un mécanisme important pour obtenir des solutions rapides aux conflits et pour éviter un paiement plus onéreux de la part de l'État, mais sa bonne utilisation exige l'engagement de tous les intervenants, entités publiques (Comités de conciliation), particuliers, Agent du Ministère public et juge. Sans culture conciliatoire, la conciliation extrajudiciaire n'est qu'une étape de plus, obligatoire qui prolonge l'obtention d'une décision définitive à propos d'un conflit. Le développement d'une culture pour l'utilisation de la conciliation est nécessaire et impose un travail de tous les acteurs de la société colombienne.

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

232. Les relations entre l'administration publique et les particuliers se sont toujours caractérisées par l'inégalité des moyens et des opportunités, par la supériorité de l'administration, ce qui ne contribue pas au développement de la conciliation en droit administratif. Parfois, les arrangements proposés par les entités publiques ne sont pas justes mais sont acceptés par les particuliers en raison de leur situation économique et sociale. La supériorité de l'administration ne devrait pas être présente dans l'utilisation d'un mécanisme comme la conciliation car cette inégalité des parties la rend plutôt favorable aux intérêts de la partie publique, surtout dans un pays comme la Colombie où la réalité sociale est si particulière⁵⁷⁴.

En outre, les mécanismes alternatifs de résolution des conflits comme la conciliation, la transaction ou la médiation reposent sur la volonté des parties de résoudre leurs différends plus rapidement que ne le ferait la justice formelle ou étatique, ce qui légitime la justice dans un pays. Mais l'excès de formalités dans la procédure de conciliation en droit administratif, l'existence du préalable obligatoire de conciliation, les vides juridiques existant par rapport à la conciliation, (bien que de nombreuses normes la régulent en droit administratif colombien, cela ne signifie pas qu'elles soient bien écrites), l'incertitude par rapport à la suspension de la caducité de l'action, car le juge administratif compte ce délai de diverses manières, sont générateurs d'incertitude juridique ; le manque d'esprit conciliatoire des intervenants et l'utilisation de la conciliation dans des affaires de corruption ainsi que l'existence d'une homologation généralisée des conciliations en droit

⁵⁷⁴ STREET, H. "Accès à la justice et État-providence moderne (Rapport pour l'Europe), in Capelleti Mauro. *Económica- Institut Universitaire Européen*, Paris 184, pp. 300-301. Cité in : GOMEZ, JG, "*Justicia Informal reflexiones sobre la conciliación en la jurisdicción contencioso administrativa*", *Pensamiento jurídico*, revista de teoría del Derecho y análisis jurídico, Bogotá, Universidad Nacional, Número 4, 1995, p. 143.

administratif montrent que la conciliation en droit administratif colombien est soumise à des formalités qui ne sont pas propres à un mécanisme alternatif de résolution des conflits ; le mécanisme manque de souplesse. La conciliation en Colombie ne remplit pas son rôle qui consiste à décongestionner les tribunaux et à permettre la résolution des conflits par des accords justes, fondés plutôt sur l'équité et la convenance que sur le droit, car la réalité sociale colombienne impose une conciliation à la colombienne éloignée de cette conception.

Le manque d'efficacité de la normativité en matière de conciliation en droit administratif est actuellement inquiétant. Les textes montrent un développement de la conciliation en Colombie et un désir du gouvernement et du législateur d'en faire un mécanisme de solution des conflits réellement efficace ; toutefois, sans l'existence d'une véritable culture conciliatoire, les développements normatifs réalisés jusqu'à présent restent lettre morte. S'il n'existe pas d'esprit conciliatoire, si les organismes publics ou les entités publiques ne sont pas conscients de l'importance de la conciliation et de l'importance d'éviter un procès, non seulement pour économiser de l'argent mais aussi du temps, avec la possibilité d'obtenir une solution rapide et l'obtention d'une résolution juste, la conciliation par exemple, comme préalable obligatoire en droit administratif, sera simplement une étape de plus qu'il sera nécessaire d'épuiser et que les parties n'utiliseront que parce que la norme leur en impose l'obligation. Ce qui précède comporte la disparition de la raison d'être de l'utilisation de la conciliation, puisque son utilisation se transforme simplement en la nécessité de remplir une condition qu'impose la loi.

Les mécanismes alternatifs de solution de conflits fonctionnent mieux sans autant de formalisme et en tout cas leur utilisation doit reposer sur la volonté des parties de résoudre leur conflit en utilisant un mécanisme alternatif comme la conciliation. Imposer comme obligatoire son utilisation ne garantira pas son efficacité et d'autant moins lorsque les conditions nécessaires pour son bon développement n'existent pas dans la pratique.

Il est clair que la conciliation qui doit être développée et être utilisée à une grande échelle est la conciliation extrajudiciaire ; puisqu'elle permet effectivement de

décongestionner les tribunaux parce qu'en étant utilisée, en arrivant à un accord et dès qu'il existe une approbation du juge, on évite l'utilisation de l'appareil judiciaire. Mais il faut réaffirmer que n'existe pas actuellement la culture requise pour que la conciliation extrajudiciaire en droit administratif se transforme en un mécanisme alternatif utilisé pour résoudre des conflits en masse sans oublier les problèmes budgétaires si l'on utilise la conciliation pour résoudre des conflits en masse.

CONCLUSION GÉNÉRALE

La justice est en crise depuis longtemps ; l'une des solutions apportées a consisté à réformer certaines procédures légales pour rendre beaucoup plus efficace le fonctionnement des juges et des tribunaux. Des mécanismes ont donc été introduits pour une résolution plus rapide des différends avec la participation directe des parties et, en principe, sans les exigences d'un procès judiciaire. Des réformes normatives ont été tentées. Ainsi, la proposition d'une réforme constitutionnelle récente plaidant pour une réforme de l'article 116 de la Constitution. Le texte de la réforme cherchait à établir la possibilité pour le législateur d'attribuer, à titre exceptionnel, des compétences juridictionnelles aux notaires, centres d'arbitrage et de conciliation⁵⁷⁵. La réforme ouvrait, encore une fois et cette fois avec l'autorisation Constitutionnelle, la possibilité pour les Centres de conciliation et les notaires d'agir, exceptionnellement, comme instances conciliatoires en droit administratif si le législateur réglait cette possibilité⁵⁷⁶.

Cependant, la réforme n'a pas abouti, mais elle démontre que la conciliation continue d'être une priorité pour le gouvernement. En Colombie a existé, et existe, tout un mouvement qui vise à faire de la conciliation un mécanisme autonome et efficace pour résoudre les conflits. La congestion, due à des mécanismes parfois inadéquats et au grand nombre d'affaires à résoudre, est telle qu'actuellement il faut attendre 13 ans pour résoudre un conflit en matière administrative et obtenir une décision définitive.

⁵⁷⁵ Texte approuvé le 10 mai 2012 pour la plénière du Sénat de la République, Projet d'acte législatif N°07 de 2011-143 de 2011, complété par les projets d'acte législatif N° 9, 11, 12, 13 de 2011 du Sénat de la République, article 2°. (Référence en espagnol : *Texto aprobado el 10 de mayo de 2012 por la plenaria del senado de la Republica, Proyacto de acto legislativo N°07 de 2011-143 de 2011, acumulado con los proyectos de acto legislativo N° 9, 11, 12, 13 de 2011 del Senado de la República, artículo 2°*).

⁵⁷⁶ *Idem*.

En Colombie, les nombreuses normes qui règlent la conciliation ne permettent pas toujours que l'administration abandonne sa rigidité coutumière pour une plus grande souplesse, contrairement à l'objectif initial. En outre, la culture conciliatoire requise est en construction et cela exige aussi des accords qui permettent de parler de réparation intégrale car jusqu'à présent la conciliation était limitée et on ne pouvait véritablement parler de justice dans certains accords en droit administratif. Les accords conciliatoires se limitent à des accords patrimoniaux ; c'est-à-dire qu'ils ne sont pas rédigés en reconnaissant expressément la responsabilité de l'État en cas de violation des droits de l'homme dans le cadre de prétentions de réparation directe. Cela fait une différence entre les accords conciliatoires pour des prétentions propres de réparation directe, qui reposent sur la responsabilité de l'État pour ses actions et ses omissions et les dommages causés, et les décisions de justice du juge administratif, des tribunaux administratifs et du Conseil d'État dans cette matière.

Par exemple, dans les cas de faute de service des agents de l'État, les arrêts incluent un reproche à l'action illégale d'assassiner, de torturer ou de faire disparaître quelqu'un. Si la décision du juge reproche ce type d'action, elle joue le rôle d'une réparation symbolique, tout aussi importante que l'indemnisation économique reconnue. S'il existe une violation de droits humains par un agent de l'État, la réparation intégrale de la victime doit toujours comporter cette dimension de réparation symbolique. Or les accords conciliatoires se limitent à déterminer le montant de l'indemnité que l'État doit reconnaître pour les dommages causés et tendent à banaliser la douleur et la peine de la victime.

La manière dont a été jugé le massacre de Trujillo⁵⁷⁷, -exécution de personnes et disparitions forcées commises contre la population du village de Trujillo en mars et avril 1990 par des membres des forces armées

⁵⁷⁷ Trujillo est un petit village du département du *Valle del Cauca*, dans le sud-ouest de la Colombie.

colombiennes- en est un clair exemple. En janvier 1995, une commission d'enquête spéciale a été créée, après que le cas ait été porté auprès de la Commission interaméricaine des droits de l'homme qui a retenu la responsabilité de l'État colombien ; à la suite de ce rapport, le Président de la République a admis publiquement cette responsabilité⁵⁷⁸. L'État colombien a ensuite été condamné par le Tribunal administratif du département du Valle, mais un pourvoi contre cette décision a été accepté par le Conseil d'État et s'est conclu par une conciliation judiciaire. Le ministère de la Défense a accepté de payer 95 % du montant de l'indemnisation proposée par le Tribunal Administratif du Valle mais l'accord conciliatoire n'a pas consacré une réparation symbolique aux victimes. Cette situation qui reste une réalité en Colombie ne contribue pas à la légitimation de la conciliation en droit administratif comme mécanisme pour garantir des accords justes. Cette situation montre aussi que les décisions judiciaires et les conciliations ne répondent qu'à des cas concrets. La réparation est reconnue à des individus ou des groupes ; les conciliations qui existent pour des conflits pour violation de droits humains ne permettent pas de modifier les pratiques illégales par exemple, des membres des forces armées de Colombie, et la réparation symbolique n'existe pas alors qu'elle fait partie de la réparation intégrale due à la victime. Ce sujet mérite une réflexion plus profonde et a besoin d'une culture conciliatoire qui garantisse aussi la légitimation de la conciliation comme mécanisme permettant la justice sociale, l'équité et la disparition du conflit.

Les contraintes politiques, institutionnelles et culturelles ont limité la portée de la conciliation en droit administratif, ce qui ne signifie pas qu'elle ne puisse être un mécanisme adéquat pour résoudre les conflits en la matière face à l'incapacité de la justice formelle à le faire dans des délais raisonnables. Mais une évolution est encore nécessaire. En outre, l'application du droit doit être plus flexible, sans tomber dans l'informalité absolue. La conciliation ne constitue pas la règle pour résoudre les conflits et n'est qu'une alternative qui

⁵⁷⁸ Voir *Supra*, n° 46 et ss, p 57 et ss.

permet de mettre fin aux différends, mais elle doit être fondée sur la volonté des parties de l'utiliser.⁵⁷⁹ Elle permet de diminuer la rigueur du droit, des normes, en assurant l'équité, et cela permet vraiment de faire disparaître le conflit. La procédure de conciliation doit être plus souple et aller de pair avec un esprit conciliatoire et des politiques d'État qui contribuent au développement de la conciliation et en tout cas d'un mécanisme qui permette de garantir de mettre fin au conflit et de le faire disparaître plutôt que de se limiter à indemniser les dommages causés. La conciliation doit respecter le principe de réparation intégrale.

Finalement, une nouvelle étape commence pour la Colombie en matière de défense juridique et de mécanismes alternatifs de résolution des conflits. La Loi 1444 du 4 mai 2011 a créé l'Agence de Défense de l'État⁵⁸⁰. Cette loi a été développée par le Décret 4085 de 2011⁵⁸¹. Cette agence a pour finalité, d'une part, l'établissement de stratégies pour accomplir les politiques de défense de l'État, d'autre part, la promotion de ces politiques, la prévention du dommage anti juridique et la contribution à la diminution de la responsabilité patrimoniale de l'État et des litiges. La défense de l'État comprend aussi la promotion et l'utilisation d'autres mécanismes comme des alternatives efficaces. L'agence doit être informée des demandes de conciliation et elle pourra intervenir dans les Comités de conciliation avec pleines facultés.

Ainsi, une première tentative de conciliation de masse dans l'histoire de la Colombie est en cours. Le ministère de la Défense, la CASUR et la CREMIL

⁵⁷⁹ STREET, H. "Accès à la justice et État-providence moderne (Rapport pour l'Europe), in Capelleti Mauro. *Económica- Institut Universitaire Européen*, Paris 184, pp. 300-301. Cité in : GOMEZ, JG, "*Justicia Informal reflexiones sobre la conciliación en la jurisdicción contencioso administrativa*", Pensamiento jurídico, revista de teoría del Derecho y análisis jurídico, Op.Cit., p 264.

⁵⁸⁰ Ley 1444 del 4 de mayo de 2011, "*Por medio de la cual se escinden unos ministerios, se otorgan precisas facultades extraordinarias al presidente de la república para modificar la estructura de la administración pública y la planta de personal de la fiscalía general de la nación y se dictan otras disposiciones*", artículo 5°.

⁵⁸¹ Decreto 4085 del 1° de noviembre de 2011, Diario Oficial No. 48.240 de 1 de noviembre de 2011, "*Por el cual se establecen los objetivos y la estructura de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado*".

avec la coordination de l'Agence de Défense juridique se proposent de signer 70.000 conciliations extrajudiciaires qui concernent les militaires et les policiers⁵⁸². Ce serait un grand triomphe pour la Conciliation et cela permettrait de montrer des statistiques plus favorables à l'efficacité de la conciliation, car actuellement les chiffres continuent à montrer un nombre d'accords assez réduit en droit administratif⁵⁸³. Il faudra laisser passer le temps pour savoir si la création d'une entité publique différente et spéciale en matière de défense de l'État était la solution pour garantir finalement l'efficacité de la conciliation en droit administratif et la bonne défense de l'État.

⁵⁸² Voir Table 1, p. 326.

⁵⁸³ Voir Table 3, p. 328.

Bibliographie

I. TABLE NORMATIVE

CONSTITUTIONS COLOMBIENNES

Constitución Política de Colombia de 1886.

Constitución Política de Colombia de 1991.

PROJETS DES LOIS ET EXPOSÉS DE MOTIFS - COLOMBIE

Gaceta del Congreso de la República, Proyecto de ley Número 127 Cámara de Representantes.” *Por medio del cual se crean mecanismos para descongestionar los despachos judiciales”.*

Gaceta del Congreso de la República, articulado Proyecto de ley número 148 de 1999 Senado. “*Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación al servicio popular y se dictan otras disposiciones”.*

Gaceta del Congreso de la República, Senado, Proyecto de Ley N° 023 de 2006.

Gaceta del Congreso de la República, Cámara de representantes, Proyecto de Ley n° 286 de 2007.

Ministro de la Justicia, Exposición de motivos, Ley 640 de 2001, Bogotá, 27 de enero de 1999.

Senado de la República, Proyecto de acto legislativo N°07 de 2011

Senado de la República, Proyecto de Acto Legislativo N° 143 de 2011.

Senado de la República, Proyecto de Acto Legislativo N° 9 de 2011.

Senado de la República, Proyecto de Acto Legislativo N° 11 de 2011.

Senado de la República, Proyecto de Acto Legislativo N° 12 de 2011

Senado de la República, Proyecto de Acto Legislaivo N° 13 de 2011.

LOIS - COLOMBIE

Ley 153 del 15 de agosto de 1887, *“Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887”*, Diarios oficiales Nos. 7151 y 7152 del 28 de agosto de 1887.

Ley 23 de 1991, *“Por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los Despachos Judiciales, y se dictan otras disposiciones”*, Diario Oficial N° 39752, 21 de marzo de 1991.

Ley 80 del 28 de octubre de 1993, *“Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación Pública”*, Diario Oficial N° 41094 del 28 de octubre de 1993.

Ley 270 del 7 de marzo de 1996, *“Estatutaria de la Administración de Justicia”*, Diario Oficial No. 42.745, de 15 de marzo de 1996.

Ley 288 del 5 de julio de 1996, Diario Oficial N° 42.826, del 9 de julio de 1996, *« Por medio de la cual se establecen instrumentos para la indemnización de perjuicio a las víctimas de violaciones de derechos humanos en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales de Derechos Humanos »*.

Ley 446 de 1998, *“Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código*

de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia”, Diario Oficial N° 43335, 8 de julio de 1998.

Ley 472 del 5 de agosto de 1998, *“Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones”, Diario Oficial N° 43357 del 6 de agosto de 1998.*

Ley 489 del 29 de diciembre 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 numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”, Diario Oficial No. 43.464, del 30 de diciembre de 1998.*

Ley 640 del 5 de enero de 2001, *“Por la cual se modifican las normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones”, Diario Oficial N°44303 del 24 de enero de 2001.*

Ley 678 del 3 de agosto de 2001, *“Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición”, Diario Oficial N° 44509 del 4 de agosto de 2001.*

Ley 1150 del 16 de julio de 2007, *“Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”, Diario Oficial No. 46.691 del 16 de julio de 2007.*

Ley 1285 del 22 de enero de 2009, *“Por medio de la cual se reforma la ley 270 de 1996”, Diario Oficial N° 47240 del 22 de enero de 2009.*

Ley 1367 del 21 de diciembre de 2009, *“Por la cual se adicionan unas funciones al Procurador General de la Nación, sus Delegados y se dictan otras disposiciones”*, Diario Oficial No. 47.570 del 21 de diciembre de 2009.

Ley 1395 del 12 de julio de 2010, *“Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión”* Diario oficial N° 47795 del 12 de julio de 2010.

Ley 1437 del 18 de enero de 2011, *“Por la cual se expide el Código de procedimiento y contencioso administrativo”*, Diario Oficial 47.956 del 18 de enero de 2011.

Ley 1444 del 4 de mayo de 2011, *“Por medio de la cual se escinden unos ministerios, se otorgan precisas facultades extraordinarias al presidente de la república para modificar la estructura de la administración pública y la planta de personal de la fiscalía general de la nación y se dictan otras disposiciones”*.

Ley 1563 del 12 de julio de 2012, *“Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”*.

Ley 1564 del 12 de julio de 2012, *“Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”*.

CODES

Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984.

Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, Ley 1437 de 2011.

Coódigo Civil.

Código de procedimiento civil.

Código general del proceso, Ley 1564 de 2012.

Code civil français.

DÉCRETS - COLOMBIE

Decreto 1122 de 1999, *“Por el cual se dictan normas para suprimir trámites, facilitar la actividad de los ciudadanos, contribuir a la eficiencia y eficacia de la Administración Pública y fortalecer el principio de la buena fe”*. Diario Oficial N°43622 del 29 de junio de 1999.

Decreto 1818 del 7 de septiembre de 1998, *“Por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos”*, Diario Oficial N°43380.

Decreto 2511 de 1998, *“Por el cual se reglamenta la conciliación extrajudicial contencioso administrativa y en materia laboral previstas en la Parte III, Título I, capítulos 1, 2 y 3, Secciones 1, 2 y 3 de la Ley 446 de 1998, y en los artículos 19, 21 y 22 del Código Procesal del Trabajo”*, Diario Oficial No. 43.451, del 15 de diciembre de 1998.

Decreto 1214 del 29 de junio de 2000, *“ Por el cual se establecen funciones para los Comités de Conciliación de que trata el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y se dictan otras disposiciones”*.

Decreto 1716 del 14 de mayo de 2009, *“Por el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y el capítulo V de la Ley 640 de 2001”*.

Decreto 4085 del 1° de noviembre de 2011, *“Por el cual se establecen los objetivos y la estructura de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado”*, Diario Oficial No. 48.240 de 1 de noviembre de 2011.

RÉSOLUTIONS

Procuraduría General de la República, Resolución N° 20 de 2002.

Procuraduría General de la Nación, Resolución 440 del 16 de octubre de 2008, Diario Oficial N° 47.149 del 21 de Octubre de 2008.

Procuraduría General de la Nación, Resolución 48 del 25 de febrero de 2009, Diario Oficial No. 47.282 del 5 de marzo de 2009.

CIRCULAIRES

Procuraduría General de la República, Circular N° 005 del 3 de febrero de 2009.

II. OUVRAGES, THESES, MEMOIRES ET RAPPORTS

BASTIDAS DE RAMIREZ Raquel, *La Cultura de la Conciliación*, Bogotá: Ediciones jurídicas Gustavo Ibañez, 2002, 329 p.

BEJARANO GUZMÁN Ramiro, *Código General del Proceso y Código de procedimiento civil, cuadro comparativo*, Bogotá : Universidad Externado de colombia, agosto de 2012, 788 p.

BENAVIDES RUSSI José Luis y SANTOFIMIO GAMBOA Jaime Orlando, *X Jornadas de Derecho Administrativo- Incertidumbre en la Contratación Estatal*, Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2010, 529 p.

BONNECASE Julien. *La notion juridique de bonnes mœurs ; sa portée dans le droit français civil*, in *Études de droit , à la mémoire de Henri Capitant*, Paris : 1939, Reimpr. Anastatique, 1977, 917 p.

BOULISSET Philippe et **COUCHET** Christian, *Guide de la conciliation*, Paris : Edilax, 2011, 309 p.

BROYELLE Camille, *Contentieux administratif*, LGDJ, coll. Manuel, 2011, 480 p.

ENGEL-CRÉACH Alice, *Les contrats judiciairement formés*, Paris : Economica, 2002, 343 p.

CHAPUS René, *Droit Administratif Général*, Paris : Montchrestien, Tome I, 15^{ème} édition, 2001, 1427 p.

CHEVALIER Jacques, *L'État post-moderne*, Paris : L GDJ, 2003, 225 p.

CHEVALIER Pierre, **DESDEVISES** Yvon, **MILBURN** Philip (dir), *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice, Perspectives sur la Justice*, Paris : La documentation française, 06/2003.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de Gobierno, *Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código, una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011*, Bogotá, 2012, 447 p.

CONSEIL D'ÉTAT FRANÇAIS, *Régler autrement les conflits : Conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, Paris : La Documentation française, 1993, 163 p.

DIEZ – PICASO, Luis y **DE LA CAMARA**, Manuel, *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Madrid : Ediciones Civitas, 1988, 208 p.

DIEZ Manuel María, *El acto administrativo*, Buenos Aires, Editorial TEA, 1961.

DROMÍ José Roberto, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires-Argentina: Ediciones Ciudad, 3^a. Edición. 1994, 910 p.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO-EMBAJADA REAL DE LOS PAÍSES BAJOS, *Los Derechos Colectivos y su Defensa a través de las Acciones Populares y de Grupo*, Bogotá : 2004, 186 p.

ESCOLA Héctor Jorge, *Tratado General de Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires-Argentina: Segunda edición, editorial Delpalma, 1996, 750 p.

FOYER V, *De l'autorité de la chose jugée en matière civile, essai d'une définition*, thèse Paris, 1954.

GARCÍA RODRÍGUEZ Franklin, *La conciliación en derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, 2004, Bogotá, 171p.

GARCÍA RODRIGUEZ Franklin, *La conciliación administrativa. Concepto, clases, tratamiento, vigencia legal, jurisprudencial y doctrinaria*, Bogotá, Grupo Editorial Ibañez, 2008, 322 p.

GARRIDO FALLA Fernando, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid : Tecnos Volumen 2, 2005, 592 p.

GAUDEMET Yves, *Traité de Droit Administratif*, Paris : LGDJ, Tome I, 16^{ème} édition, 2001, 918 p.

GOHIN Oliver, « *Contentieux administratif* », Paris, Lexis Nexis Litec, 4^{ème} édition, 2005, 479 p.

HENAO PEREZ Juan Carlos, *La conciliación en derecho administrativo*, Bogotá : Ministerio de Justicia y del derecho, 1996, 165 p.

HERRERA MERCADO Hernando y MANTILLA ESPINOSA Fabricio, *Temas estructurales en torno al arbitraje, la conciliación y la negociación*, Bogotá : Universidad del Rosario, 2007, 373 p.

HINESTROSA Fernando, *Tratado de las obligaciones*, Bogotá : Universidad Externado de Colombia, Tercera Edición, 2007, Bogotá, 1005 p.

JUNCO VARGAS José Roberto, *La conciliación aspectos sustanciales y procesales*, Bogotá : Temis, Cuarta Edición, 2007, 521 p.

JOLY-HURARD Julie, *Conciliation et médiations judiciaires* ; Thèse sous la direction de Serge Guinchard, Paris : Université Paris II, 2002, 532 p.

MALLET-BRICOUT Blandine et **NOURISSAT** Cyril, *La Transaction dans toutes ses dimensions*, Paris : Dalloz, 2006, 214 p.

MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA, *La conciliación en derecho administrativo*, Bogotá : Segunda Edición, 1998, 152 p.

MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA, *Programa Nacional de Conciliación y Universidad Nacional de Colombia, Conciliación y Arbitraje, Normatividad, Jurisprudencia y Conceptos*, Bogotá : Segunda Edición, 448 p.

MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA DE COLOMBIA, *Marco para la implementación de la conciliación en equidad en Colombia*, Bogotá : 2009, 236 p.

MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA, *Informe sobre la actividad conciliatoria de las entidades estatales-Segundo Semestre de 2009, Una aproximación a la eficacia e impacto de la conciliación como requisito de procedibilidad en lo administrativo*, Bogotá, Enero de 2011, 139 p.

MINISTRE DE LA JUSTICE, RAPPORT AU GARDE DES SCEAUX, *La réforme de l'accès au droit et a la justice*, Paris : La documentation Française, 2001, 231 p.

PALACIO HINCAPIE Juan Ángel, *La conciliación en materia contenciosa administrativa*, Bogotá : Librería Ediciones del Profesional, Segunda Edición, 2006, 230 p.

PALACIO HINCAPIE Juan Ángel, *La conciliación en materia contenciosa administrativa*, Bogotá : Librería Jurídica Sánchez, Primera edición, 2001, 220 p.

PALACIO HINCAPIE Juan Ángel, *Derecho Procesal Administrativo*, Bogotá : Librería Jurídica Sánchez, Séptima Edición, 2010, 840 p.

PELÁEZ GUTIÉRREZ Veronica, *La Conciliation par le juge Administratif*, Mémoire pour le DEA en Droit Public Interne, Paris : 2004, 48 p.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, *Las Funciones de Intervención y Conciliación de la Procuraduría General de la Nación*, Bogotá : 2005, 739 p.

ROMERO DIAZ Hector, *La conciliación Judicial y Extrajudicial: Su aplicación en Derecho Colombiano*, Bogotá : Primera edición, Legis, 2006, 328 p.

SANTOFIMIO GAMBOA Jaime Orlando., *Tratado de Derecho Administrativo*, Bogotá : Universidad Externado de Colombia, Tercera edición, Tomo I, 2004, 473 p.

SANTOFIMIO GAMBOA Jaime Orlando, *Tratado de Derecho Administrativo-Contencioso Administrativo*, Bogotá : Universidad Externado de Colombia, Tercera Edición, Tomo III, 2004, 861 p.

THE WORLD BANK, *Memorias del proyecto Fortalecimiento institucional del sistema de gestión de demandas legales*, Bogotá : Agosto de 2010, 153 p.

UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, *El calendoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá : Tomo I, 2000, 1222 p.

VALDÉS SÁNCHEZ Roberto, *La transacción-Solución Alternativa de Conflictos*, Bogotá : Legis 1997, 255 p.

VINCI Nathalie, *Guide de la Transaction en droit Administratif*, Paris : Territorial éditions, 2007, 56 p.

YOUNES MORENO Diego, *Colección Reformas en la Rama Judicial*, Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbbH, Tomo V, Vía Gubernativa-Conciliación, Arbitramento: Una compilación temática y jurídica para la descongestión en lo Contencioso administrativo, Bogotá : 2008, 214 p.

III. DICTIONNAIRES

CORNU Gérard, *Vocabulaire Juridique-Association Henri Capitant*, Paris : 7^{ème} édition, PUF, 2005. 969 p.

WALCH Olivier, *Dictionnaire juridique, français/espagnol, espagnol/français*, Paris : 4^{ème} édition, 1150 p.

IV. ARTICLES

BELENSI Ivan, “L’homologation judiciaire des actes juridiques”, *RTD civ.* 1978, p. 42-79 et p. 233-253.

BANDIERA Oriana, Prat Andrea and Valletti Tommaso (2009), “Active and Passive Waste in Government Spending: Evidence from a Policy Experiment”, *The American Economic Review*, Vol. 99, No. 4 (Sep., 2009).

CAEN Arnaud Lyon, « Les modes alternatifs de règlements des litiges en droit administratif », *revue internationale de droit comparé*, 1997, volume 49, Numéro 2, p 421-425.

CAEN Arnaud Lyon, « La Transaction en Droit Administratif », *AJDA*, N° 1 Paris : Janvier 1997, p. 48- 53.

CLAY Thomas, « Transaction et autres contrats relatifs aux litiges », in coll. « La transaction dans toutes ses dimensions », Paris : *Dalloz*, 2006, p.13-23.

DROSS William, « Ordre public et transaction » in coll : *La transaction dans toutes ses dimensions*, Paris : *Dalloz*, 2006, p. 63-85.

DUPUY Roger-Christian, « Rappel des principes de la conciliation. Une nouvelle forme de règlement des conflits » *R.F.D.A*, mai-juin 1999. p. 611-614.

EL-HAKIM Jacques, « Les modes alternatifs de règlement des conflits dans le droit des contrats », *Revue internationale de droit comparé*, Année 1997, Volume 49, Numéro 2, p. 347 – 357.

FAGES Bertrand, « *Equilibre et transaction : l'exigence de concessions réciproques* », in coll. *La transaction dans toutes les dimensions*, Paris : *Dalloz*, 2006, p. 53-61.

GAUDEMET Yves, « *Le précontentieux : le règlement non juridictionnel des conflits* », *A.J.D.A*, Paris : 1994.

GAUDEMET Yves, « La contractualisation de la justice en matière administrative », in coll *Réforme de la justice, réforme de l'État*, Paris : Puf, septembre 2003, p. 212-219.

GAUDEMET Yves, « La prévention du contentieux administratif par les avis du conseil d'État », *RDA*, Numéro spécial 1, 1999, p. 95-104.

GOMEZ Juan Gabriel, “Justicia Informal: reflexiones sobre la conciliación en la jurisdicción contencioso administrativa”, *Pensamiento jurídico, Revista de teoría del Derecho y análisis jurídico*, Bogotá : Universidad Nacional, Número 4, 1994, p. 141-155.

GRIMALDI Cyril, « L'analyse structurale de la règle de droit au service du juge », Paris : *Dalloz*, 2007, p. 1448.

GUIHAL André, « La Conciliation et la médiation administrative », *Gazette du Palais*, 22 Août 1996, p.954-960.

HEERS Mireille, « La conciliation par le Tribunal Administratif », *A.J.D.A.*, Paris, 2001.

JARROSSON Charles, « La contractualisation de la justice : Jusqu'où aller ? », in coll. Réforme de la justice, réforme de l'État, Paris : *Puf*, 2003, p. 186-191.

JARROSSON Charles, « Les modes alternatifs de règlement des conflits. Présentation générale ». In : *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 49 N°2, Avril-juin 1997. p. 325-345.

KENFACK Hugues, « *Vent de faveur sur la transaction* », *A.J.D.A.*, 9 février 2004, p. 242-245.

LEVY Michel, « La conciliation par le Tribunal administratif et le rôle du juge dans l'instruction des litiges », Paris : *A.J.D.A.*, 20 septembre 1987.

MALLET-BRICOUT Blandine, “ Vices et transaction”, in coll. *La transaction dans toutes les dimensions*, Paris : *Dalloz*, 2006, p. 35-51.

MONTES DE ECHEVERRI Susana, Transacción y conciliación en el Derecho Administrativo, Bogotá : *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia* N° 296-297, Enero-Julio 1992, p. 65-98.

PATIÑO MARIACA Daniel Mauricio, “Conciliador-Juez, Un rol del conciliador para la descongestión de los despachos judiciales desde la Constitución”, Bogotá: Universidad de Antioquia, p. 16-41.

PELÁEZ GUTIÉRREZ Veronica, “*La Conciliación como requisito de procedibilidad en Materia administrativa y aspectos puntuales en materia contractual*”, in Coll. X Jornadas de Derecho Administrativo- Incertidumbre en la Contratación Estatal, Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 493-529.

PLESSIX Benoît, “ Transaction et droit administratif”, in coll. « La transaction dans toutes les dimensions », Paris : *Dalloz*, 2006, p. 133-146.

RICHER Laurent, « Les Modes Alternatifs de règlements de litiges et le droit administratif », Paris : *A.J.D.A*, 20 janvier 1997, p. 3-9.

SABIANI François, *Transaction administrative : Les trois ambiguïtés de l’homologation*, Paris : *Chroniques*, Mai 2003, p. 7-9.

SHLEIFER Andrei (1998), “State versus Private Ownership”, *The Journal of Economic Perspectives*, Vol.12 no 4. (Autumn).

UPRIMNY YEPES Rodrigo, “Las Transformaciones de la justicia en Colombia”, in coll. El calendoscopio de las justicias en Colombia, Bogotá : Universidad Nacional, Tomo I, 2000, p 261-308.

VIENNOIS Jean-Pierre, « Transaction et droit de la concurrence et droit de la distribution », in coll. *La transaction dans toutes ses dimensions*, Paris : *Dalloz*, 2006, p. 123-131.

YOUNES MORENO Diego, “*La conciliación en Derecho Administrativo in Colección Reformas en la Rama Judicial*”, Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH, Tomo V, *Vía Gubernativa-Conciliación, Arbitramento: Una compilación temática y jurídica para la descongestión en lo Contencioso administrativo*, Bogotá : 2008, p. 41-151.

V. JURISPRUDENCE COLOMBIENNE

CORTE CONSTITUCIONAL

Corte Constitucional, *Sentencia C-165 del 29 de abril de 1993*, M.P. : Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional, *Sentencia T-231 de 1994*, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz

Corte Constitucional, *Sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996*, M.P. : Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional, *Sentencia C-489 del 26 septiembre 1996*, C.P. : Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional, *Sentencia C-617 del 13 de noviembre de 1996*, M.P. : José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional, *Sentencia C-111 del 24 de febrero de 1999*, C.P. : Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional, *Sentencia C-160 del 17 de marzo de 1999*, M.P. : Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional, Sentencia C-163 del 7 de marzo 1999, M.P. : Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, Sentencia C-161 del 17 de marzo de 1999, M.P. : Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional, *Sentencia C-702 del 20 de septiembre de 1999*, M.P. : Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional, *Sentencia C-923 del 18 noviembre de 1999*; M.P. : Alvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, *Sentencia C-215 del 14 de abril de 1999*, M.P. : Martha Victoria SÁCHICA.

Corte Constitucional, Sala Plena, *Sentencia C-1436 del 25 de octubre de 2000*, Expediente Número D-2952, M.P. : Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional, *Sentencia SU-1184 de 2001*, M.P. : Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional, sentencia C-619 del 14 de junio de 2001, M.P. : Marco Gerardo Moroy Cabra.

Corte Constitucional, *Sentencia C-831 del 8 de agosto de 2001*, Expediente Número D-3388, M.P. : Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, Sala Plena, *Sentencia C-1195 del 15 noviembre de 2001*, M.P. : Manuel José Cepeda y Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional, Sala Plena, *Sentencia C-893 del 22 de agosto de 2001*, Expediente Número D-3399, M.P. : Clara Inés Vargas.

Corte Constitucional, *Sentencia T-446 del 4 de mayo de 2001*, M.P. : Alvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, *Sentencia C-285 de 23 de abril de 2002*, M.P. : Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, *Sentencia SU-159 de 2002*, M.P. : Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional, *Sentencia T-774 de 2004*, M.P. : Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional, *Sentencia C-033 de enero de 2005*, M.P. : Alvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, *Sentencia T-068 del 28 de enero de 2005*, M.P. : Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, *Sentencia T-613 del 16 de junio de 2005*, M.P. : Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional, *Sentencia T-481 del 8 de abril de 2005*, M.P. : Jaime Araujo Rentería.

Corte Constitucional, *Sentencia C-1189 del 22 de noviembre de 2005*, M.P. : Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional, *Sentencia C-338 del 6 de mayo de 2006*, M.P. : Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional, *Sentencia C-116 del 13 de febrero de 2008*; M.P. : Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, Sala Plena, *Sentencia C-713 de 2008*, M.P. : Clara Inés Vargas.

Corte Constitucional, *Sentencia T-715 del 10 de octubre de 2009*, M.P. : Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

CONSEJO DE ESTADO

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 17 de mayo de 1984, *Expediente Número 2796*, M.P. : José Alejandro Bonivento Fernández.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 5 de febrero de 1993, Radicación Número : 7633, M.P. : Carlos Batancur Jaramillo.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, sentencia del 10 de octubre de 1994, *Radicación Número : 8565*, M.P. : Carlos Betancur Jaramillo.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección tercera, Sentencia del 16 de febrero de 1996, *Expediente Número : 7033*.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Auto del 15 de abril de 1996, C.P. : Daniel Suarez Hernández.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 5 de marzo de 1998, *Radicación Número 13842*, C.P.: Luis Fernando Olarte Olarte.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Sentencia del 25 de septiembre de 1997, *Expediente Número : 11514*.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Sentencia del 6 de noviembre de 1997, *Expediente Número : 11167*.

Consejo de Estado, Auto del 1º de julio de 1999, *Expediente Número : 15.721*, C.P. : Dr. Ricardo Hoyos D.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Sentencia del 6 de agosto de 1999, *Expediente Número : 12901*.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Auto del 9 de marzo de 2000, *Expediente Número : 16758*.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Auto del 30 de marzo de 2000, *Expediente Número : 16116*.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 10 de noviembre de 2000, *Radicación Número : 18298*, M.P : Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Auto del 29 de junio de 2000, *Expediente Número : 16116*.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Sentencia del 29 de Junio de 2000, *Radicación Número : 17356*, M.P : María Helena Giraldo Gómez.

Consejo de Estado, Sala de lo contencioso, Sección Tercera, Auto del 29 de junio de 2000, *Expediente N° 17909*, C.P. : Ariel Hernández.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Auto del 29 de junio de 2000, *Radicación Número : 17356*, M.P. : María Helena Giraldo Gómez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Auto del 10 de agosto de 2000, *Expediente Número : 17219*.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 5 de octubre de 2000, rad.17441, C.P. : Jesús María Carrillo.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de Noviembre 24 de 2000, *Expediente Número : 76001-23-25*.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Sentencia del 23 de agosto de 2001, *Expediente Número : 19.090*.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, sentencia del 12 de julio de 2001, *Expediente Número : 85001-23-31-000-2000-0400-01(19736)*, M.P. : Ariel Eduardo Hernández.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Auto del 13 de diciembre de 2001, *Expediente Número : 19.700*.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 7 febrero 2002, *Expediente Número : 18331*.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 7 de febrero de 2002, *Radicación Número : 25000-23-26-000-1999-2801-01(19073)*, C.P. : Jesús María Carrillo.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Sentencia del 7 de febrero de 2002, *Radicación Número : 05001-23-25-000-2000-2626-01(20869)*, M.P. : Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia del 31 de mayo de 2002, *Radicación Número : 25000-23-24-000-1999-9001-01* Acumulado con el numero 25000 23 24 000 1999 0537 01 (AP - 300), M.P. : Ligia López Díaz.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Sentencia del 4 de julio de 2002, *Expediente Número* : 19.333.

Consejo de estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Sentencia del 18 de julio de 2002, *Expediente Número* : 85001-23-31-000-2000-0266-01(19700), M.P: Ariel Eduardo Hernández.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Auto del 22 de enero de 2003, *Expediente Número* : 22232..

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, sentencias del 9 de octubre de 2003, *Expediente Número* : 16.718.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Auto del 29 de enero de 2004, *Radicación Número* : 85001-23-31-000-2003-0091-01(25347), M.P. : Alier Eduardo Hernández.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Sentencia del 11 de marzo de 2004, *Expediente Número* : 25.021.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 1 de abril de dos 2004, *Radicación Número* : 25000-23-26-000-2001-02935-01(25853), M.P. : María Elena Giraldo Gómez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Sentencia del 12 de Agosto de 2004, *Radicación Número* : 76001-23-25-000-1999-1681-01(21823), M.P : Ramiro Saavedra Becerra.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 23 de septiembre de 2004, *Radicación Número* : 47001-23-31-000-2002-0165-01(26558), M.P. : Nora Cecilia Gómez Molina.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Auto de septiembre 30 de 2004, *Radicación Número* : 76001-23-31-000-2000-2627-01(26877), M.P. : Ariel Hernández.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Auto del 21 de octubre de 2004, *Radicación Número* : 25000-23-26-000-2002-2507-01(25140)DM, M.P. : Germán Rodríguez Villamizar,

Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera, Auto del 4 de noviembre del 2004, *Radicación Número* : 68001-23-15-000-2002-0564-01(24225), C.P. : Ramiro Saavedra Becerra.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 9 de diciembre de 2004. *Expediente Número* : 2792.

Consejo de Estado, Sala de lo contencioso, Sección Tercera, Auto del 2 de febrero de 2005, *Expediente Número* : 27387.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 2 marzo de 2005, *Radicación Número* : 19001-23-31-000-2000-03228-01(27034), M.P. : Ramiro Saavedra Becerra.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Auto del 3 de marzo de 2005, *Radicación número* : 73001-23-31-000-2002-00961-01(23875), M.P. : Ramiro Saavedra.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, , 3 de marzo de 2005, *Radicación Número* : 47001-23-31-000-2000-00785-01(26274), M.P. : María Elena Giraldo Gómez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Sentencia del 10 de marzo de 2005, *Expediente Número : 27.946*.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Sentencia del 10 de marzo de 2005, *Expediente Número : 66001-23-31-000-1996-03272-01(14245)*, M.P. : Ruth Stella Correa.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 16 de marzo de 2005, *Radicación Número : 25000-23-26-000-2002-01216-01(27921)A*, C.P. : Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 9 de junio de 2005, *Radicación Número: 76001-23-31-000-2004-04584-01(AG)*, M.P. : Alier Eduardo Hernandez Enriquez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 31 de agosto de 2005, *Radicación Número : 15001-23-31-000-2004-01381-01(30143)*, C.P. : María Elena Giraldo Gómez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del diciembre 5 de 2005, *Radicación Número: 05001-23-31-000-1997-01371-01(26001)*, M.P. : Ramiro Saavedra Becerra,

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Sentencia del 7 de febrero de 2006, *Radicación Número : 68001-23-15-000-2004-01606-01(32215)*, M.P. : Ariel Hernández.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 28 de febrero de 2006, *Radicación Número : 05001-23-31-000-1999-03328-01(26351)*, M.P. : Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Auto del 30 de febrero de 2006, *Radicación Número : 41001-23-31-000-2003-01282-01(27928)*, M.P. : Germán Rodríguez Villamizar,

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 16 de marzo de 2006, *Radicación Número* : 05001-23-31-000-2001-01680-01(29094), M.P. : Ramiro Saavedra Becerra.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Sentencia del 30 de marzo de 2006, *Radicación Número* : 25662, C.P. : Ramiro Saavedra Becerra.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 30 de marzo de 2006, *Radicación Número*: 05001-23-31-000-1998-02967-01(31385), M.P. : Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 11 de octubre de 2006, *Radicación Número* : 66001-23-31-000-2002-00810-01(30094), M.P. : Alier Eduardo Hernandez Enriquez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 12 de octubre de 2006, *Radicación Número* : 25000-23-25-000-2004-00475-01(AG), M.P. : Ramiro Saavedra Becerra.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 25 de enero de 2007, *Radicación Número* : 25000-23-26-000-2000-00947-01(26889). M.P. : Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Auto del 7 de febrero de 2007, *Radicación Número* : 76001-23-31-000-1998-00510-01(30842), M.P. : Ramiro Saavedra.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Auto del 28 de marzo de 2007, *Radicación Número* : 270012331000200501007 01, C.P. : Mauricio Fajardo G.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 2 de mayo de 2007, *Radicación Número : 25000-23-26-000-1995-01123-01 (16211)*, C.P. : Ruth Stella Correa.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Auto del 18 de julio de 2007, *Radicación Número : 25000-23-26-000-2001-00072-01(31838)*, M.P.: Ruth Stella Correa.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 28 de marzo de 2007, *Radicación Número : 08001-23-31-000-1992-07216-01(23960)*, M.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 19 de julio de 2007, *Radicación Número : 15001-23-31-000-1995-05734-01(17639)*, M.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 16 de mayo de 2007, *Radicación Número : 05001-23-31-000-1998-02290-01(29273)*, C.P. : Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, en sentencia del 7 de junio de 2007, *Radicación Número : 52001-23-31-000-1995-07018-01(14669)*, M.P. : Ramiro Saavedra.

Consejo de Estado, Sala de lo contencioso, Sección Tercera, 18 de julio de 2007, *Radicación Número : 25000-23-26-000-2001-00072-01(31838)*, C.P.: Ruth Stella Correa.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Auto del 18 de julio de 2007, *Radicación Número : 05001-23-31-000-2000-03773-01(30851)*, M.P. : Ruth Stella Correa.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 18 de julio 2007, *Radicación Número : 25000-23-26-000-2001-00072-01(31838)*, C.P. : Alier Eduardo Hernández.

Consejo de Estado, Sala de lo contencioso, Sección Tercera, Sentencia del 20 de septiembre de 2007, *Radicación Número : 68001-23-15-000-1995-01233-01(16370)*, C.P. : Ruth Stella Correa.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Sentencia agosto 29 de 2007, *Expediente Número : 15.469*.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, *Sentencia del 30 de Agosto de 2007, Radicación Número : 200708001-23-31-000-2000-01446-01(15542)*.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Sentencia del 19 de septiembre de 2007, *Radicación Número : 11001-03-26-000-2004-00004-01(26649)*, M.P. : Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 13 de diciembre de 2007, *Radicación Número : 31.294*.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 30 de enero de 2008, *Radicación Número : 76001-23-31-000-1997-03681-01(18291)*, M.P. : Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, , Auto del 31 de enero de dos mil ocho (2008), *Radicación Número : 50001-23-31-000-1998-00076-02(29107)*, M.P. : Myriam Guerrero de Escobar.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Sentencia del 20 de febrero de 2008, *Radicación Número : 76001-23-25-000-1996-04058-01(16996)*, M.P. : Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Sentencia del 27 de marzo de 2008, *Expediente Número : 36644*.

Consejo de Estado, Sala de lo contencioso, veintidós (22) de mayo de dos mil ocho (2008), *Radicación Número : 25000-23-26-000-1999-01348-01(26427)*, M.P. : Ruth Stella Herrera.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 30 de julio de dos mil ocho 2008, *Radicación Número : 07001-23-31-000-1996-00511-01(15079)*, M.P. : Ramiro Saavedra Becerra.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de septiembre de 2008. *Radicación Número : 13001-23-31-000-2006-1524-01*, M.P. : Ramiro Saavedra Becerra.

Consejo de Estado, *Sala de lo Contencioso, Sección Segunda*, Subsección B, Auto del 2 de octubre de dos mil ocho (2008), *Radicación Número : 52001-23-31-000-2004-01027-01(4545-04)*, M.P. : Bertha Lucía Ramírez de Paez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Sentencia del 15 de octubre de 2008, *Expediente Número : 35.483*.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Sentencia del 3 de diciembre de 2008, *Expediente Número : 34.302*.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, 11 de febrero de 2009, *Radicación Número : 54001-23-31-000-1995-08777-01(16337)*, M.P. : Myriam Guerrero de Escobar.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 26 de marzo de 2009, *Radicación Número: 50001-23-31-000-2007-00014-01(34233)*, M.P. : Ramiro Saavedra Becerra.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Sentencia del

10 de junio de 2009, *Expediente Número* : 11001-03-26-000-2009-00001-00(36252), M.P. : Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 22 de julio de 2009, *Radicación Número* : 85001-23-31-000-2003-00035-01 (35026), C.P.: Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Sentencia del 10 de junio de 2009, *Expediente Número* : 11001-03-26-000-2009-00001-00(36252), M.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Sentencia del 3 de marzo de 2010, *Radicación Número* : 25000-23-26-000-2002-00789-01(26675), M.P. : Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Auto 3 de marzo de 2010, *Radicación Número* : 27001-23-31-000-2009-00198-01(37765), M.P. : Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 17 de marzo de 2010, *Radicación Número* : 63001-23-31-000-1998-00164-01(16452), M.P. : Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia del 11 de marzo de 2010, *Radicación Número* : 25000-23-25-000-2009-00130-01(1563-09), M.P. : Gerardo Arenas Monsalve.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Primera, Auto del 25 de marzo de 2010, *Radicación Número* 2009-00241, M.P. : Marco Antonio Velilla.

Consejo de Estado, *Sala de lo Contencioso, Sección Segunda, Subsección B*, Auto del 6 de mayo de 2010, *Radicación Número* : 17001-23-31-000-2009-00187-01(01973 09), M.P. : Bertha Lucía Ramírez de Paez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, 27 de mayo de 2010, *Radicación Número*: 05001-23-31-000-2005-03516-01(ap), M.P.: Marco Antonio Velilla Moreno.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Primera, Sentencia del 7 de octubre de 2010, *Radicación Número* : 110001 0324 000 2009 00419 00, C.P. : Rafael Ostau de Lafont Pianeta.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Segunda, Subsección B, Auto del 20 de enero de 2011, *Radicación Número* : 13001-23-31-000-2009-00254-01(1823-09), M.P. : Gerardo Arenas Monsalve.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Sección Tercera, Sala Plena, Sentencia del 19 de noviembre de 2012, *Radicación Número* : 73001-23-31-000-2000-03075-01 (24.897), M.P. : Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, Sentencia del 6 de septiembre de 1935, G. J. No. 1901 y 1902 Tomo XLII, p. 587-606.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 19 de septiembre de 1936, G. J. No. 1914 y 1915 Tomo XLIV, p. 431-437, M. P. : Ricardo Hinestrosa Daza.

Corte Suprema de justicia, Sentencia del 19 de noviembre de 1936, G. J. No. p. 471-476, M. P. : Juna Francisco Mujica.

Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 14 de abril de 1937, G. J. No. 1923 Tomo XLV, p. 25-32, M. P. : Liborio Escallón.

VI. JURISPRUDENCE FRANCAISE

CONSEIL D'ÉTAT

Conseil d'État, 30 mars 1938, Derue, *Rec. CE*, p.332.

Conseil d'État, Ass., 19 novembre 1955, Sieur Andréani, *Rec. CE* p. 551

Conseil d'État, 14 novembre 1958, Ponard, *Rec. CE*, p. 554.

Conseil d'État, 19 mars 1971, Mergui, *Rec. Leb*, p. 235.

Conseil d'État, 2 février 1996, Sté Établissement Crocquet, req. n° 152406, *Rec. CE*, p.26.

Conseil d'État, 6 décembre 2002, *Syndicat interdépartemental des établissements du second degré de l'Häy-les-Roses*, *Dr. Adm.* 2003, n° 20.

TRIBUNAL ADMINISTRATIF

T.A Paris 2 avril 2003, M. Lion, *AJDA* 2003.1286, note E. Spitz, *CJEG* 2003.568, note Y. Gaudemet.

COUR ADMINISTRATIVE D'APPEL

CAA Bodeaux, 18 janvier 2005, commune de Coussac-Bonneval, req. N°00BX002269, *Contrats et Marchés publics*, n°118.

COUR DE CASSATION

Cour de Cassation, Première chambre civile, 30 mai 2000, arrêt n° 1005, *Pourvoi n° 98-15242*.

Cour de Cassation, Première chambre civile, 3 avril 2002, *Pourvoi n° 00-12932*.

Cour de Cassation, Première chambre Civil, 17 mars 1998, n° 96-13972, *Bull. civ. I, n° 120 ; JCP 1998. II.10148*, note S. Piedelièvre.

Cour de Cassation, Deuxième Chambre Civil, 21 mars 1988, n° 86-16598, *Bull. civ. II, n° 74 ; Gaz. pal.1989.1*, p. 38, note J. Massip.

VII. AUTRES

DÉCISIONS DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA-COLOMBIE.

Contraloría General de la República, Fallo proceso Fiscal del 13 de noviembre de 2003, caso Dargacol N° 0005, Expediente Número DJFJC-000009-2000.

Contraloría General de la República, procès de Responsabilité fiscale N° CD-6-004-10, Auto de Imputación, 30 mars 2012.

PUBLICATIONS-CD

AVANCE JURÍDICO, CD sobre Mecanismos alternativos de solución de conflictos.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

PROCURADURÍA DELEGADA PARA LA CONCILIACIÓN ADMINISTRATIVA, *Informe Conciliaciones Extrajudiciales de carácter Administrativo 1 de mayo de 2009 a 31 de marzo de 2010*, Oficio N°PDCA del 26 de mayo de 2010.

SITES D' INTERNET

www.consejosuperiordelajudicatura.gov.com, link estadísticas judiciales

www.consejodeestado.gov.co.

www.ramajudicial.gov.co

www.corteconstitucional.gov.co, link relatoría.

www.persse.fr

www.semana.com

Table des annexes

Annexe 1 326

Annexe 2 329

Annexe 1

TABLE N°1
PROBLEMATIQUE IPC CASUR ET CREMIL

Entité	Procès Perdus à 30 juin 2012	Procès en cours à 30 juin 2012	Budget pour la défense juridique Année 2012	Possibles Conciliations extrajudiciaires à 30 juin 2012
CREMIL	7227	5. 221	639.390.758	35.220
CASUR	12.541	29.639	707.449.656	32.395

Information donnée pour le Chef juridique de CREMIL le 1^{er} août 2012 et pour le Directeur de prestations sociales de CASUR le 31 juillet 2012.

TABLE N°2
RAPPORT DE CONCILIATION EXTRAJUDICIAIRE 1^{ER} MAI 2009 - 31 MARS
2010

Activité conciliation extrajudiciaire Droit administratif	Nullité et rétablissement du droit	Réparation Directe	Contractuelle	Récursoire
Nombre de demandes de conciliation	44.747	9.834	2819	210
Nombre	484	743	1019	4

**d'audiences de
conciliation
avec accord**

Nombre d'accords conciliatoires approuvés	255	496	610	3
--	-----	-----	-----	---

**Nombre
d'audiences
avec
participation
des membres
des Comités de
Conciliation**

Durée de la procédure de conciliation dès le dépôt de la demande de conciliation jusqu'à l'acte avec décision ou l'existence d'attestation. Délai en jours. On ne compte pas le délai d'homologation	39	42	42	30
---	----	----	----	----

Information donnée pour le *Procurador Delegado*, Isnardo Jaimes Jaimes au Directeur de Défense Juridique du ministère de l'Intérieur le 26 mai 2010.

TABLE N°3
RAPPORT DE CONCILIATION EXTRAJUDICIAIRE EN DROIT
ADMINISTRATIF - ANNÉE 2011

Nombre total de demandes de conciliation	50.349
Audiences convoquées	53.718
Audiences sans accord	39.248
Audiences avec accord	4.606

Information prise du Rapport de Gestion du *Procurador General de la Nación* de l'année 2011

Annexe 2

CD DE JURISPRUDENCE COLOMBIENNE EN MATIÈRE DE CONCILIATION

INDEX ALPHABETHIQUE DES MATIÈRES

-A-

Accord conciliatoire, 4, 343.

Acte de conciliation, 4, 12, 21, 24, 25, 77, 121, 133, 152, 200, 203, 211, 212, 219, 222, 227, 271, 272, 276, 278, 339, 343.

Action, 4, 5, 18, 20, 26, 27, 28, 40, 42, 43, 44, 46, 47, 49, 50, 51, 53, 54, 56, 59, 60, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 75, 76, 79, 80, 81, 89, 95, 96, 98, 99, 103, 105, 106, 108, 109, 112, 120, 121, 124, 129, 132, 134, 139, 150, 152, 156, 160, 165, 174, 176, 178, 181, 189, 192, 193, 194, 195, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 205, 207, 209, 210, 216, 230, 241, 245, 262, 272, 277, 281, 285, 289, 333, 334, 337, 338, 343, 344

Action contractuelle, 4, 20, 47, 81, 82, 109

Action de groupe, 4, 343

Action de réparation directe, 4, 20, 47, 53, 109, 205, 343

Action populaire, 4, 43, 278, 343

Action récursoire, 4, 49, 65, 66, 67, 68, 70, 71, 72, 129, 343

Agent du Ministère public, 4, 343

Audience de conciliation, 4, 8, 22, 26, 32, 44, 46, 59, 77, 114, 115, 116, 120, 122, 125, 130, 132, 133, 138, 146, 147, 150, 154, 156, 162, 163, 166, 169, 170, 180, 187, 189, 194, 197, 200, 204, 211, 212, 213, 214, 216, 219, 220, 221, 227, 238, 239, 247, 255, 334, 339, 343

-C-

Centre de conciliation, 4, 21, 133, 343

Comité de conciliation, 4, 216, 218, 239

Concessions réciproques, 4, 70, 271, 282, 304, 343

Conciliateur, 4, 12, 24, 76, 117, 118, 121, 131, 133, 258, 281, 343

Conciliation en droit administratif, 4, 19, 22, 35, 76, 113, 146, 150, 154, 156, 184, 285, 290, 343

Conciliation en droit, 4, 19, 343

Conciliation en équité, 4, 343

Conciliation extrajudiciaire, 4, 40, 76, 123, 147, 149, 184, 189, 195, 211, 214, 227, 234, 251, 343

Conciliation judiciaire, 4, 22, 119, 211, 213, 214, 221, 223, 227, 263, 343

Conciliation pré-judiciaire, 4, 20, 21, 22, 199, 260, 343

Conciliation volontaire, 4, 22, 343

Conciliation, 4, 5, 15, 17, 23, 24, 28, 29, 30, 32, 34, 35, 39, 46, 47, 49, 59, 62, 65, 73, 75, 88, 93, 99, 103, 107, 108, 112, 117, 120, 122, 125, 128, 130, 133, 134, 136, 144, 146, 147, 150, 152, 156, 159, 161, 162, 165, 166, 167, 170, 172, 180, 186, 188, 189, 190, 193, 195, 197, 200, 202, 203, 205, 209, 211, 212, 214, 215, 218, 219, 221, 222, 227, 231, 236, 239, 241, 243, 246, 249, 251, 258, 264, 271, 275, 279, 281, 285, 286, 292, 299, 343, 344

-D_

Demande de conciliation, 4, 59, 121, 122, 123, 147, 159, 172, 181, 187, 188, 189, 190, 192, 193, 194, 195, 196, 198, 200, 204, 205, 206, 209, 210, 211, 214, 215, 222, 237, 241, 262, 327, 334, 338, 343

-H-

Homologation, 4, 228, 242, 262, 267, 269, 270, 272, 281, 283, 306, 343

-L-

Lésionnaire du patrimoine public, 4, 30, 46, 64, 124, 131, 134, 140, 160, 225, 226, 227, 229, 231, 232, 233, 235, 236, 249, 252, 254, 256, 259, 272, 277, 282, 283, 343

-M-

Mécanisme alternatif de résolution des conflits, 4, 343

-P-

Patrimoine public, 4, 132, 222, 234, 258, 260, 278, 343

Préalable obligatoire, 4, 19, 52, 178, 189, 201, 221, 343

Prétention, 4, 29, 37, 41, 47, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 65, 68, 70, 73, 79, 80, 81, 82, 83, 99, 100, 101, 104, 105, 107, 108, 109, 112, 113, 122, 129, 153, 175, 188, 189, 192, 193, 194, 195, 198, 199, 200, 203, 204, 205, 210, 216, 218, 228, 241, 281, 283, 333, 334, 337, 338, 343

Prétention contractuelle, 4, 37, 47, 80, 113

Prétention de nullité et rétablissement du droit, 4, 188

Prétention de réparation directe, 4, 37, 47, 52, 53, 54, 73, 101

Prétention récursoire, 4, 218

Preuves, 4, 22, 34, 45, 46, 58, 64, 86, 120, 121, 123, 124, 134, 135, 157, 161, 168, 169, 187, 189, 193, 197, 213, 214, 216, 218, 222, 225, 229, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 240, 252, 266, 274, 281, 283, 343

Procédure de conciliation, 4, 21, 32, 57, 59, 60, 74, 76, 114, 116, 117, 120, 121, 133, 147, 149, 150, 153, 170, 173, 200, 206, 212, 213, 214, 215, 238, 246, 260, 267, 285, 291, 327, 343

-S-

Suspension de la caducité, 4, 120, 122, 195, 198, 199, 200, 201, 202, 205, 206, 207, 208, 210, 262, 283, 285, 343

-T-

Transaction, 4, 5, 42, 93, 224, 249, 270, 343, 344

TABLE DES MATIÈRES

Thèse de Doctorat / février 2013	1
INTRODUCTION.....	10
PREMIÈRE PARTIE.....	35
LE STATUT DE LA CONCILIATION.....	35
TITRE I.....	36
UN OBJET DÉLIMITÉ: UNE REGLE EXPRESSE, UNE APPLICATION PARFOIS DIFFICILE	36
Chapitre I.....	37
Une régulation légale	37
<i>Section 1. L'existence d'une règle générale.</i>	<i>37</i>
<i>Section 2. Une permission liée à l'action et à la prétention invoquée.....</i>	<i>47</i>
Chapitre II.....	79
Une application pratique problématique	79
<i>Section 1. Des matières qui s'adaptent mal à la conciliation.</i>	<i>79</i>
§ 1. La conciliation sur les effets économiques des actes administratifs particuliers.	79
§ 2. La conciliation comme mécanisme pour régulariser les hechos cumplidos.....	95
<i>Section 2. Des matières qui échappent à la permission légale.</i>	<i>105</i>
§ 1. La prétention de nullité absolue du contrat.	105
§ 2. L'impossibilité de remettre en cause la liquidation bilatérale d'un contrat.....	109
TITRE II.....	114
LES INTERVENANTS DANS UNE CONCILIATION : DES RÔLES DIFFÉRENTS PARFOIS MÉCONNUS.....	114
Chapitre I.....	115
Le rôle du conciliateur	115
<i>Section 1. Le rôle actif exigé du Ministère public et du juge: des difficultés dans l'application des textes.....</i>	<i>115</i>
<i>Section 2. L'interdiction des centres de conciliation: une conséquence de l'absence du Ministère public comme garant de la légalité.....</i>	<i>127</i>

Chapitre II.....	145
Les spécificités par rapport aux parties	145
<i>Section 1. Des aspects généraux: la capacité des parties et leur faculté de disposer.</i>	145
<i>Section 2. Les Comités de defensa judicial y de conciliación: des instances inopérantes.</i>	155
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE	171
DEUXIÈME PARTIE.....	173
LE RÉGIME DE LA CONCILIATION.....	173
TITRE I.....	174
UNE PROCÉDURE LOURDE	174
Chapitre I.....	175
L'exigence du préalable obligatoire de conciliation	175
<i>Section 1. La conformité à la Constitution du préalable obligatoire de conciliation.</i>	175
<i>Section 2. La remise en cause de la conformité à la Constitution du préalable obligatoire de conciliation.</i>	181
Chapitre II.....	193
Les conséquences processuelles de l'utilisation de la conciliation.	193
<i>Section 1. Une demande de conciliation très formaliste.</i>	193
<i>Section 2. La suspension du délai de la caducité de l'action ou de la prétention : une garantie processuelle applicable.</i>	198
§ 1. L'existence d'une règle spéciale en droit administratif.....	199
§ 2. L'inexistence d'un critère jurisprudentiel unique de comptabilisation des jours de suspension.....	203
Chapitre III.....	211
L'exigence de l'audience de conciliation	211
<i>Section 1. L'audience de conciliation : une procédure réglementée.</i>	211
§ 1. Une audience dirigée par le conciliateur.	212
§ 2. La réglementation d'une nouvelle audience de conciliation judiciaire dans la procédure d'appel.....	217
<i>Section 2. L'obligation de dresser un acte de conciliation.</i>	219
TITRE II.....	224
UNE HOMOLOGATION JUDICIAIRE GÉNÉRALISÉE	224
Chapitre I.....	226
Une homologation justifiée	226

Section 1. Les règles de l'homologation : une analyse de fond et de forme de l'accord conciliatoire..... 226

 § 1. L'homologation : une activité juridictionnelle 227

 § 2. L'homologation : une garantie de légalité. 231

Section 2. Les vices du consentement dans l'accord conciliatoire : une matière qui n'est pas contrôlée par le juge..... 248

 § 1. Une application du régime des vices du consentement de la transaction à la conciliation. 249

 § 2. L'impossibilité pour la partie privée de demander au juge la non homologation d'un accord conciliatoire en droit administratif lésionnaire de son patrimoine. 253

Section 3. L'inexistence d'homologations partielles mais l'acceptation des voies de recours contre la décision du juge..... 257

Chapitre II..... 264

Une homologation non nécessaire 264

Section 1. La remise en cause du contrôle judiciaire. 264

 § 1. Un contrôle contraire au but de la conciliation. 265

 § 2. La réception du modèle français..... 267

Section 2. La nécessité d'une culture conciliatoire..... 280

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE285

CONCLUSION GÉNÉRALE288

BIBLIOGRAPHIE.....293

TABLE DES ANNEXES325

INDEX ALPHABETHIQUE DES MATIÈRES330

TABLE DES MATIÈRES333

Résumé de la thèse

LA CONCILIATION EN DROIT ADMINISTRATIF COLOMBIEN

La Colombie a connu une période de transformation au cours des deux dernières décennies. L'adoption de la Constitution de 1991 a entraîné des réformes normatives et institutionnelles ; en particulier, elle a conféré un statut constitutionnel aux mécanismes alternatifs de résolution des conflits, consacré la tutelle comme mécanisme constitutionnel de protection et un catalogue de droits fondamentaux. Le développement du mécanisme de la conciliation en droit administratif colombien commence dans ce contexte et la volonté du gouvernement s'est clairement exprimée dans les différentes réformes normatives faites depuis 1991 pour la promouvoir. Bien que celle-ci ait été organisée par la normativité en vigueur, son efficacité n'est pas garantie, certains facteurs étrangers aux prescriptions normatives empêchant qu'il en soit ainsi. Elle continue d'être un mécanisme qui n'est pas bien compris par les parties et par le conciliateur. En outre, en droit administratif la conciliation est soumise, d'une part, à des formalités particulières, et d'autre part, à des situations propres à la société colombienne comme la violence, l'inégalité sociale et la corruption qui ont des conséquences directes sur son bon fonctionnement, et qui ont justifié les formalités auxquelles elle est soumise pour protéger le patrimoine public. La normativité en vigueur et les dernières réformes en matière de conciliation cherchent à ce que la conciliation soit véritablement un mécanisme efficace et qui permette de résoudre un nombre important de conflits. Mais cela exige un changement de mentalité des intervenants car, en Colombie, la conciliation en droit administratif requiert non seulement un système juridique qui la développe mais aussi une culture conciliatoire qui n'existe pas encore et est en train de se construire.

Descripteurs : Accord conciliatoire, acte de conciliation, action contractuelle, action de groupe, action de nullité et rétablissement du droit, action de réparation directe, action populaire, action récursoire, Agent du Ministère public, audience de conciliation, Centre de conciliation, Comité de conciliation concessions réciproques, conciliateur, conciliation, conciliation en droit, conciliation en droit administratif, conciliation en équité, conciliation extrajudiciaire, conciliation judiciaire, conciliation pré-judiciaire, conciliation volontaire, demande de conciliation, homologation, juge administratif, lésionnaire du patrimoine public, Mécanisme alternatif de résolution des conflits, patrimoine public, préalable obligatoire, prétention, preuves, procédure de conciliation, suspension de la caducité, transaction.

Abstract

CONCILIATION UNDER COLOMBIAN ADMINISTRATIVE LAW

Colombia has experienced a period of transformation in the last two decades. Adoption of the 1991 Constitution resulted in normative and institutional reforms. Among them, the Constitution gives lawful status to alternative conflict resolution and establishes “la tutela” as a constitutional protective mechanism and a catalog of fundamental rights. The development of conciliation under Colombian administrative law begins in this context, and the will of the government is expressed clearly in several legal reforms enacted since 1991 to promote this mechanism.

Conciliation is characterized as an instrument organized and regulated by rules. However, this does not guarantee its effectiveness. External factors influence its functioning. Conciliation under Colombian administrative law continues to be a concept that is inadequately understood by the parties and the conciliator. Moreover, this kind of conciliation is subject first to special formalities and secondly, to specific situations in Colombian society such as violence, social inequality and corruption. These circumstances have direct consequences on the proper functioning of conciliation and justified the formalities imposed on it to protect public property.

The latest legal reforms on conciliation under Colombian administrative law are intended to make it an effective mechanism and one that can be used to resolve conflicts on a large scale. However, this requires a change of mind on the part of everyone, because conciliation under Colombian public law imposes not only a legal system for its implementation, but also a conciliatory culture that does not exist in Colombia and is in the process of being constructed.

Key words: conciliation agreement, record of the conciliation, action on contract, group action, action to declare null and void and to restore a right, direct action seeking compensatory damages, people’s action, prosecutor, conciliation hearing, conciliation center, conciliation committee, reciprocal concessions, conciliator, conciliation, conciliation in accordance with the law, conciliation under administrative law, conciliation based on fairness, extra-judicial conciliation, judicial conciliation, prejudicial conciliation, voluntary conciliation, conciliation request, official recognition, injurious to public property, alternative methods for conflict resolution, public property, mandatory prerequisites, claim, claim on contract, claim to declare null and void and to restore a right, direct claim seeking compensatory damages, evidence, conciliation procedure, suspension of expiration, transaction.

Nota : cette page, dernière de couverture, sera retournée avant reliure.