



esencial precisamente, la instauración de un sistema de heterocomposición de las controversias, siendo su principal manifestación el proceso, entendido como un mecanismo técnico jurídico, por medio del cual se satisfacen las necesidades de la solución de las controversias, estando a cargo y bajo la dirección de un tercero imparcial en la conducción del mismo y en el pronunciamiento de una decisión definitiva que por provenir de funcionario investido de funciones jurisdiccionales, adquiere la calidad de inmutable y definitiva y comporta el efecto de la denominada cosa juzgada formal y material, fundamento de la autoridad de dicha decisión y a la vez razón de ser de que la misma esté llamada a cumplirse en un determinado contexto jurisdiccional, logrando así el fin último para el cual está diseñada, que es naturalmente de tutela jurisdiccional.

Sin embargo de lo anterior y muy a sabiendas de que la función de la justicia, por intermedio de la rama jurisdiccional es la encargada de hacer efectivos los derechos, las obligaciones, las garantías y las libertades consagradas en la Constitución y la ley, por lo cual en la Carta Política se encuentran consagradas esas funciones para todos los integrantes de la organización jurisdiccional, no lo es menos que, también con rango constitucional, “los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de 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”, tal cual lo prevé expresa e inequívocamente el art. 116 de la Constitución Política de Colombia, con lo cual se observa que la fuente consagratória de la asignación de funciones jurisdiccionales a particulares se encuentra en la Constitución y que su desarrollo corresponde a la ley, sin que por ello pueda sostenerse que dichas formas alternativas de solución de conflictos se encuentran al margen, de las obligaciones y de los deberes que atañen a todas las personas que administran justicia.

Con fundamento en lo anterior es por lo cual pudiera sostenerse, que la instauración dentro de los sistemas jurídico procesales de medios alternativos de solución de conflictos no implica *per se* plantear el dilema, a manera de contradicción, entre la pervivencia de la jurisdicción estatal o la alternativa de métodos diferentes de solución de conflictos a que hace referencia la presente conferencia, toda vez que, ambas formas de administrar justicia, se encuentran consagradas constitucionalmente y por lo mismo de lo que se trata es de posibilitar la convivencia en un mismo sistema jurisdiccional, de los dos esquemas siempre con la mira puesta en la solución de los conflictos surgidos entre los particulares, objeto y razón de ser de la ciencia procesal y muy principalmente con la idea de satisfacer y hacer una realidad concreta el imperio del Estado Social de Derecho, que tiene como núcleo esencial el respeto, reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales de todas las personas y las diversas relaciones jurídicas de todos los miembros de la colectividad.

Se hace la anterior afirmación, en atención a que recientemente dentro de los desarrollos temáticos de que se han ocupado los congresos tanto internacionales como nacionales de derecho procesal, se han venido planteando numerosas reflexiones en torno de la función que está llamada a cumplir la jurisdicción estatal, al punto que, algunos han planteado el debate de si la jurisdicción es una "opción residual o alternativa posible"<sup>2</sup>, todo lo cual, por el auge entre otras muchas razones, de que se ha hecho mención anteriormente, de la utilización cada vez más generalizada de los denominados mecanismos alternativos de solución de conflictos, y sin que sea éste el lugar oportuno para hacer un análisis a fondo de esta cuestión, no lo es menos que al margen de la postura que se asuma en la búsqueda de soluciones satisfactorias, los denominados medios alternativos de solución de conflictos, ordinariamente se caracterizan por ser técnicas eficaces de naturaleza no jurisdiccional en algunos países y en otros, como es el caso nuestro, algunos de ellos, se encuentran debidamente disciplinados por medio de la ley y en esa medida las garantías básicas y esenciales han de suponerse adecuadamente protegidas y los efectos de la decisión final, gozan de ordinario de la fuerza vinculante, por así disponerlo la disciplina particular.

Tema íntimamente ligado con la aparición y el realce de los métodos alternativos es desde luego una nueva tendencia mundial impulsada por la doctrina más autorizada<sup>3</sup> hacia lo que se ha denominado el acceso efectivo a la justicia, entendido como un movimiento que busca proponer un tratamiento integral del tema de la justicia y del acceso a ella, comenzando por procurar eliminar los múltiples obstáculos que el sistema tradicional de jurisdicción plantea al usuario y consumidor del servicio jurisdiccional.

A este propósito se suele destacar por ejemplo que el costo del litigio es una constante en la mayoría de las sociedades modernas, lo cual indudablemente constituye una barrera importante al acceso de la justicia; el factor tiempo resulta esencial en la búsqueda de la satisfacción y adecuada protección jurisdiccional, como que las consecuencias de los retrasos se

<sup>2</sup> El conocido dilema ha sido planteado por el profesor TARUFFO, Michelle y ha dado lugar a que con base en él se hayan desarrollado varias ponencias internacionales y nacionales sobre el tema, en los últimos congresos de derecho procesal (Cfr. Las Memorias de la XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, donde uno de los capítulos desarrollados dentro del Congreso fue precisamente el del futuro del proceso civil y también las memorias del XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, donde ocupó la atención de los participantes el interrogante de si la justicia civil es residual).

<sup>3</sup> Cfr. GARTH, Bryant y CAPPELLETTI, Mauro, en el trabajo titulado *El acceso a la justicia*, donde se hace un extraordinario diagnóstico de lo que debe ser el espíritu reformador que propenda por el verdadero acceso a la justicia, Fondo de Cultura Económica, Méjico, 1996, primera edición en español.

traducen en incrementos excesivos en el costo de los litigios y comportan la más de las veces una presión que la parte involucrada en el litigio –normalmente la débil– no puede soportar optando muchas veces por abandonar su reclamación o teniendo que acceder a aceptar “arreglos”, por cantidades mucho menores a las que tendría derecho; a lo que se suman las naturales y variadas diferencias entre los litigantes que desde luego se traducen en ventajas y desventajas para las partes en el proceso, como por ejemplo la situación económica de uno de los involucrados, que puede comportar una situación de holgura para quien se puede dar el lujo de litigar sin importarle los retrasos del litigio.

Es dentro de este contexto que los sistemas procesales han considerado dentro de las múltiples reformas que exige la idea del acceso a la justicia, la consideración del establecimiento de mecanismos privados o informales para resolver las disputas.

Sobre el particular se ha sostenido que:

*“Los siguientes enfoques tienden a aceptar las limitaciones de una reforma al tribunal regular, y en consecuencia, entrañan la creación de alternativas que utilicen procedimientos más sencillos y/o decisiones menos formales. Los reformadores utilizan, cada vez más, arbitrajes, conciliaciones e incentivos económicos para lograr acuerdos fuera del tribunal. Debe subrayarse que estas técnicas se pueden volver obligatorias para algunas o todas las reclamaciones, o pueden hacerse accesibles por opción de las partes”<sup>4</sup>.*

Desde luego que un sector muy autorizado de la doctrina a propósito del dilema en el cual se encuentra la jurisdicción ordinaria, particularmente la civil, advierte sobre los riesgos cuando no los peligros, que podrían sobrevenir y que de hecho sobrevienen, para el respeto de los derechos individuales de los sujetos, por la aceptación general de concepciones privatistas en materia de administración de justicia, particularmente cuando la concepción entiende que la función del proceso civil es la de resolución de conflictos, dejando de lado menesteres superiores insoslayables dentro de un Estado Social de Derecho:

El profesor TARUFFO sostiene por ejemplo:

*“Una versión posterior de la misma concepción, más sofisticada y elaborada, mediante conceptos tomados de la sociología, se encuentra en la teoría según la cual el proceso en general, y el proceso civil en particular, es un instrumento para la **resolución de***

<sup>4</sup> Cfr. cita anterior, pág. 53 y ss

**conflictos**, y no para la aplicación de la ley o la obtención de otros fines. Esta teoría encuentra amplia difusión especialmente en la cultura jurídica de lengua inglesa, pero está presente –con algún matiz de escaso relieve– también en las culturas procesalistas de Europa continental, donde incluso no es raro que aparezca como la versión actualizada de la tradicional ideología liberista del proceso civil. Es la que emerge cuantas veces se define la función de la jurisdicción civil en términos de eliminación, composición, superación de un conflicto de intereses, o en términos de **solución de controversias**<sup>5</sup>.

La conclusión a que se llega por esta concepción es que el proceso legitima la decisión que en él se adopte, en tanto aquel asegure el libre desarrollo de la confrontación entre las partes, esto es, que para dicha concepción el proceso es mejor en la medida en que se permita un máximo de autonomía individual, así excluya otros aspectos de la decisión judicial.

Como puede observarse de las posturas sucintamente reseñadas, el punto de acoger y difundir la práctica generalizada de técnicas de resolución de conflictos alternativas suscita no pocos temores desde el punto de vista teórico, pero a la vez, resulta ser un camino, que debidamente disciplinado normativamente, con las garantías constitucionales consagradas en materia de debido proceso, puede prestar un servicio útil en la búsqueda de resolución de controversias, en tanto se tenga presente que dicha alternativa y su puesta en práctica no implican suplir las funciones de la jurisdicción tradicional, y mucho menos excluirlas, como que quizás la solución a los problemas que aquejan a nuestro sistema jurisdiccional y procesal, estén precisamente orientadas por el reforzamiento y la instauración de un adecuado proceso que garantice la legalidad de sus decisiones y se constituya en un verdadero elemento esencial para la tutela de los derechos y para resolver todos los problemas dentro de un marco de igualdad, legalidad y efectividad.

En últimas podría sostenerse, en lo que a nuestro medio corresponde, que los denominados medios alternativos de solución de conflictos han venido siendo acogidos entre nosotros unas veces con el propósito invocado por el legislador de descongestionar los despachos judiciales, tal cual ocurrió con la Ley 23 de 1991, que entre otros aspectos se ocupó de disciplinar la conciliación laboral, considerándola como un requisito de procedibilidad para

<sup>5</sup> La concepción a que se refiere el texto es aquella que entiende que la justicia civil y el proceso no mira únicamente ha producir decisiones justas y verdaderas en un tiempo razonable si no a materializar un valor diferente: "el representado por la realización de la libre confrontación de las partes individuales privadas, entendido como necesaria manifestación de su libertad y autonomía". Cfr. TARUFFO, Michelle. Ob. cit.

ejercer las acciones ordinarias ante la jurisdicción laboral<sup>6</sup>; la previó para los asuntos de conocimiento de la jurisdicción de familia; la estableció en el ámbito de lo contencioso administrativo de manera prejudicial y judicial; se ocupó del tema de los centros de conciliación, entidades éstas que previa autorización del Ministerio de Justicia pueden organizar la prestación de la función conciliadora; se ocupó de la denominada conciliación en equidad; a la vez que también estableció normas sobre el arbitramento institucional y el independiente, entendiéndose por el primero el que se realiza a través de los centros de arbitramento, e independiente el que se gobierna conforme a las normas del Decreto 2279 de 1989, norma ésta por la cual se implementaron a su turno los sistemas de solución de conflictos entre particulares, tal cual reza su texto, dentro de los cuales se previeron no sólo las formas tradicionales de arbitramento, si no también las del denominado arbitramento técnico; el internacional y, se disciplinó la denominada amigable composición; formas todas de solución de conflictos, que a más de la transacción, habrán de ser objeto de algunos comentarios enseguida.

### DE LA TRANSACCIÓN

De todos es sabido que la transacción es considerada como un contrato por medio del cual las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual, tal cual reza el art. 2469 del Código Civil que la define así, por lo cual y atendida la función práctica y jurídica que dicho negocio comporta, sus efectos pueden ser de orden puramente sustancial, cuando aquélla se produce independientemente de la existencia de un proceso en curso, o sea, cuando es utilizada extraprocesalmente por las partes que tienen una diferencia, como mecanismo para su solución, siendo de anotar que en todos los casos dicho negocio jurídico por mandato legal produce el efecto de cosa juzgada en última instancia, al decir del art. 2483 del mismo código, efecto éste que, luego de concluida la transacción con la observancia de la totalidad de los requisitos para que despliegue eficacia, comporta la fuerza vinculante para las partes e impide que posteriormente se pueda volver a suscitar una controversia sobre la materia que ha sido objeto de transacción.

Desde luego que el concepto de cosa juzgada a que hace alusión el texto precitado no puede entenderse desde la concepción puramente procesalista tradicional que lo identifica con la *res judicata*, esto es, con lo

<sup>6</sup> El art. 22 que hace parte del Capítulo III de la ley mencionada es del siguiente tenor: "Será obligatorio acudir ante las autoridades administrativas del trabajo con el fin de intentar un arreglo conciliatorio, como requisito de procedibilidad para ejercer acciones ordinarias ante la jurisdicción laboral".

que ha sido materia de decisión judicial, precisamente porque la transacción puede existir al margen de la existencia de un proceso jurisdiccional, como que una de sus funciones es precisamente precaver la existencia del litigio, caso en el cual dicho efecto de cosa juzgada atribuido expresamente por el ordenamiento jurídico al negocio de transacción ha de equipararse a aquel que concibe a la cosa juzgada como la calidad de inmutable y definitiva del contenido del negocio transigido evitando una posterior impugnación.

En otras ocasiones, y cuando quiera que las partes acuden a la institución de la transacción, estando en curso un proceso de naturaleza jurisdiccional, el efecto que despliega la transacción no es tan solo de naturaleza sustancial, esto es, no solamente tiene incidencia en frente de las relaciones jurídicas que hagan parte del contenido del negocio, si no que adicionalmente, desplegará sus efectos dentro de la relación jurídico procesal como que en tal eventualidad se configurará una de las denominadas formas de terminación anticipada o extraordinaria del proceso, pues desde el punto de vista procesal las partes en cualquier estado del mismo pueden transigir las diferencias que sean de conocimiento de la jurisdicción, así como aquéllas que se produzcan con ocasión del cumplimiento de la sentencia, tal cual aparece previsto en el art. 340 del Código de Procedimiento Civil, siendo importante destacar que en este último caso el juez ejerce un control de legalidad sobre el contenido de la transacción, en la búsqueda de que aquella cumpla con las prescripciones sustanciales, caso en el cual se produce el efecto de la terminación del proceso, si la transacción es total, toda vez que cuando recae solamente sobre parte del litigio o no comprende a todas las partes litigantes, el proceso continúa respecto de lo no transigido o respecto de las personas no comprendidas en la transacción.

### **Requisitos.**

A más de los requisitos generales de todo negocio jurídico, esto es, los de capacidad, consentimiento, causa y objeto lícitos, para que la transacción pueda desplegar los efectos a que está llamada se requiere esencialmente que la persona tenga capacidad de disposición de la materia o los objetos comprendidos en la transacción, condición sin la cual no puede transigirse, punto este de legitimación sustantiva de los interesados que realizan el negocio, que no es otra cosa que la posición que ocupa el sujeto respecto a los intereses que habrán de ser objeto de regulación y, por supuesto, objeto de disposición, como que en ausencia de esa posición los efectos jurídicos atinentes a la función del negocio jurídico transacción y coincidentes con la intención práctica que persiguen las partes no podrían producirse o realizarse, esto es, el negocio devendría ineficaz por ausencia de un determinado presupuesto sustancial dentro de la estructura de aquél.

Adicionalmente se reclama que lo transigido sea susceptible de tal forma de disposición de intereses, toda vez que existen múltiples y variadas relaciones jurídicas sustanciales que por expresa prohibición legal no son susceptibles de la transacción, tal cual por ejemplo ocurre con el estado civil de las personas o con temas atinentes al derecho de familia como los alimentos, que por razones de orden público escapan a la disponibilidad de los sujetos interesados en la celebración de un negocio con esos alcances; o materias relacionadas con la legalidad del acto administrativo, o, aspectos relacionados con los derechos políticos (art. 40 de la Constitución Política).

Desde luego que el requisito que caracteriza la figura es la existencia de la controversia, como que en su ausencia no es necesario acudir a la utilización de dicha figura negocial, toda vez que el conflicto suscitado entre los interesados o la eventualidad de su realización son condiciones sin las cuales el negocio no tendría sobre que operar; siendo de advertir que el germen de litigio supone que los contratantes realicen recíprocamente concesiones mutuas sobre sus respectivas posiciones, al punto que buena parte de la doctrina e incluso de la jurisprudencia considera como un presupuesto de la transacción el que en la práctica las partes se hagan recíprocas concesiones en la búsqueda de la solución del conflicto.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido:

*“Para que haya transacción, en el sentido estrictamente jurídico del vocablo, requiérese, según los dictados de la jurisprudencia universal, que los contratantes terminen una controversia nacida o eviten un litigio que está por nacer, mediante el abandono recíproco de una parte de sus pretensiones o la promesa que una de ellas hace a la otra de alguna cosa para obtener un derecho claro y preciso”<sup>7</sup>.*

Sin embargo de lo anterior, doctrina autorizada considera que el requisito de las recíprocas concesiones, no es esencial al negocio jurídico de transacción por considerársele como parte del plano psicológico de la transacción la cual podrá existir según esta postura al margen de la realización de las concesiones, pues se sostiene que lo que caracteriza de verdad a la figura es simple y llanamente la existencia de una determinada controversia, la cual es de suyo incierta, razón por la cual en la práctica realmente es muy difícil determinar qué derecho tienen las partes en el conflicto y cuánto ha resultado cedido u objeto de concesión<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Corte Suprema de Justicia, casación de 3 de marzo de 1938, XLVI, 120,

<sup>8</sup> “Si la base de la transacción es la existencia de una controversia, de una incertidumbre, éste sí requisito fundamental, y si la situación es realmente incierta, ¿Cuál de las partes o qué extraño estará en condiciones de determinar qué se tenía y cuánto se cedió?. La experiencia enseña

Pero definitivamente la característica sobresaliente de la transacción lo es indudablemente la solución autónoma dada por las partes al conflicto entre ellas existente, acto éste de disposición de intereses que es el ejercicio de su autonomía privada, elemento de la esencia de dicha figura, como que los sujetos, en ejercicio de dicha autonomía y dentro de los límites legalmente estatuidos, optan por disciplinar sus diferencias con arreglo a sus propios intereses y dentro de la búsqueda de las finalidades prácticas por ellas perseguidas; solucionan sus diferencias, aspecto en el cual no tiene injerencia ningún elemento extraño a ellas, lo cual pone de presente que el eventual control de legalidad que hace el juez o cualquier otro funcionario habilitado por la ley para intervenir o controlar la regularidad del negocio de transacción, ha de limitarse a la verificación del cumplimiento de los requisitos sustanciales de la figura, sin que sean admisibles invasiones por parte de aquél dentro de la órbita de autonomía de las partes. Esto es que, respecto al contenido mismo del negocio de transacción, no existe posibilidad de modificación o injerencia, pues de lo que se trata es de lograr una homologación del acuerdo particular celebrado, pero nunca de las condiciones y términos en que haya concluido; estando, en consecuencia, prohibido al funcionario emitir juicios de valor sobre la conveniencia o no del arreglo<sup>9</sup>, circunstancia que se presenta desde luego en todos aquellos casos en los cuales el contenido de la transacción ha de ser sometido a la autorización jurisdiccional.

Se suele sostener igualmente que la transacción es un negocio bilateral en tanto impone obligaciones recíprocas, y, consensual, para significar la no sujeción del mismo a una forma restringida, estando las partes en libertad de concluirlo incluso verbalmente, excepción hecha de aquellas transacciones referidas a bienes raíces, caso en el cual, se deberá observar la solemnidad escrituraria, lo cual no obsta para que las partes en pro de la seguridad jurídica y por razones de carácter probatorio, documenten el negocio celebrado. También se requiere ritualidad en la llamada transacción judicial, dado que el C. de P.C. exige documento que la contenga o simple memorial que señale su contenido.

---

cuán contingente es el litigio y la imposibilidad en cuanto no sea compuesto, de determinar el alcance de lo propio y lo ajeno, de la razón y la sin razón". Cfr. HINESTROSA, Fernando. *Escritos varios*, Universidad Externado de Colombia, págs. 366 y ss.

<sup>9</sup> "Es necesario resaltar tal aspecto, central en el ámbito de la transacción, y es que el juez debe verificar si las partes son capaces, si se trata de derechos susceptibles de ser transigidos, si se tiene autorización para celebrar el contrato y si no está afectado de nulidad absoluta, pero carece de poder para cuestionar los términos mismos de la transacción, no podría negar su aceptación, que implica la terminación del proceso, argumentando que una parte cedió en demasia". Cfr. LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Instituciones de derecho civil colombiano*, Tomo I, parte general, págs. 775 y ss.

Por último, y de conformidad con el precepto contenido en el art. 2479 del Código Civil, la transacción es un negocio *intuitu personae*, toda vez que se celebra o concluye en consideración a la persona del cocontratante, razón por la cual el error *in personae* tiene relevancia jurídica para invalidar el negocio según las reglas generales, así como el que padecen las partes acerca de la identidad del objeto, por cuanto el meramente aritmético o error de cálculo, no comporta la nulidad del negocio pero abre la vía a la rectificación de los eventuales errores.

En lo que hace a la transacción que involucre a la Nación, Departamentos y Municipios, se reclama autorización a propósito del superior jerárquico según el caso, conforme según prescripción del art. 341 del Código de Procedimiento Civil.

#### **DEL ARBITRAMENTO**

De antiguo se conoce en nuestro medio la institución del arbitramento, que a grandes rasgos se caracteriza por ser un trámite relativamente informal, en virtud del cual personas con experiencia jurídica o técnica denominadas árbitros asumen el conocimiento, trámite y decisión de las controversias surgidas con ocasión de la celebración de un contrato, bien sea que las partes contratantes hayan estipulado mediante cláusula a propósito para que los conflictos surgidos entre ellas por razón del negocio jurídico sean conocidos y decididos por árbitros y no por la justicia estatal; ora que acudan a tal forma de solución del conflicto en ausencia de estipulación previa, cuando aquél surge, que es lo que determina la diferencia que existe normativamente entre la denominada cláusula compromisoria y el llamado compromiso, siendo indiferente el camino por el cual se llegue al arbitramento, pues en últimas el efecto principal que persiguen los interesados en convocar a un tribunal de árbitros no es otro que el de sustraer de la jurisdicción normal del estado, el conflicto existente y su decisión.

Dice el art. 2° del Decreto 2279 de 1989 lo siguiente:

*“Por medio del pacto arbitral, que comprende la cláusula compromisoria y el compromiso, las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de árbitros, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces.*

*“La cláusula compromisoria puede estipularse para someter a la decisión arbitral todas o algunas de las diferencias que se susciten en relación con un contrato determinado; si éstas no se especificaren, se presumirá que la cláusula compromisoria se extiende a todas las diferencias que puedan surgir de la relación contractual.*

*“El compromiso puede pactarse una vez surgido el conflicto, antes o después de iniciado el proceso judicial; en este último caso mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia”.*

Sobra observar que puede existir arbitramento cuando el conflicto de intereses surge al margen de la existencia del contrato, pues no necesariamente el alcance de esta forma de solución de conflictos está determinado o circunscrito a los que encuentran su fuente en la relación contractual, siendo posible someter a la decisión arbitral un conflicto de intereses que tenga origen en otra fuente obligacional diferente al contrato, mediante la fórmula del compromiso, pues la característica fundamental que dá lugar al arbitramento es que se trate de **controversias susceptibles de transacción**, así las más de las veces éstas estén relacionadas con el nacimiento o la ejecución de un determinado negocio jurídico, y desde luego se reclama que quienes acuden a la forma arbitral sean personas capaces de transigir, con lo cual, entendemos que no solo se requiere la capacidad general del sujeto de derecho, si no que adicionalmente, como se observó respecto de la transacción, ha de existir la capacidad dispositiva sobre los intereses objeto del arbitramento.

La disciplina normativa señala los requisitos de forma que ha de contener el pacto arbitral, el cual ha de constar en documento que contenga la manifestación expresa de las partes de someterse a la decisión arbitral, no siendo obstáculo el que tratándose de solucionar los conflictos surgidos de un contrato, la cláusula compromisoria pueda constar en documento separado de aquél, siempre y cuando las partes identifiquen el negocio al cual se refieren, con lo cual el ordenamiento optó por acoger un criterio flexible en punto de formalidades, precisamente para permitir la utilización de la figura arbitral sin sujetarla a exagerados requisitos especiales, pero en todo caso tal cláusula deberá ajustarse antes que surja el conflicto.

La materia objeto de arbitramento al ser señalada en la cláusula arbitral, precisamente por el momento en el cual se celebra el convenio, no requiere señalar precisa y expresamente cuáles serán las materias objeto de decisión por parte de los árbitros, dado que se entiende basta con que se indique genéricamente que lo serán las controversias que surjan del contrato, para que entonces se entienda que se refiere a todos los conflictos que se presenten durante todo el proceso contractual en el cual se entiende involucrado tanto la etapa de su celebración y ejecución, como la de su liquidación. Obviamente que en ejercicio de la autonomía privada por las partes bien pueden limitar la materia u objeto arbitral.

Sobre el alcance la cláusula arbitral dijo la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de 4 de junio de 1993:

*“Mediante el pacto arbitral, bien en la modalidad de cláusula compromisoria o ya como compromiso, las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de árbitros escogidos directa o indirectamente por ellos, pero en todo caso con plena autonomía de renunciar a hacer valer sus pretensiones ante los jueces ordinarios. La materia arbitral puede estar integrada por todas o algunas de las diferencias surgidas con relación a un negocio jurídico, pero si no se especificaron habrá de presumirse que la competencia arbitral se extiende a todas las diferencias que puedan surgir de la relación negocial. Si se tratase del contrato de compromiso, como este aparece después de surgido el conflicto, haya o no proceso judicial en curso, la materia arbitral resulta concreta a los puntos especialmente señalados en dicho contrato”<sup>10</sup>.*

#### **Clases de arbitramento.**

El arbitramento puede ser en derecho, en conciencia o puramente técnico, queriéndose significar con ello que en el primer caso los árbitros deben solucionar la controversia con fundamento en el ordenamiento jurídico, en tanto que si es en conciencia, el margen de discrecionalidad para los árbitros es mucho más amplio, toda vez que la delegación recibida en un arbitramento de esta naturaleza, no sujeta la decisión a los mandatos del derecho, si no que por el contrario la solución del conflicto puede obedecer a criterios diferentes, reservados a la subjetividad y el buen juicio de los árbitros, haciendo caso omiso del ordenamiento jurídico.

El arbitramento técnico se caracteriza porque la decisión la habrán de tomar personas debidamente calificadas en una determinada ciencia, profesión, arte u oficio, distintos al derecho, con lo cual se pone de presente que con la utilización de esta forma arbitral se solucionan controversias originadas en diferencias puramente técnicas, por lo cual los fundamentos de la decisión estarán determinados por razones de esta naturaleza.

El arbitramento puede ser institucional o independiente con arreglo a las previsiones contenidas en la Ley 23 de 1991. En efecto, el art. 90 de dicha ley establece la diferenciación en los siguientes términos:

*“Es institucional el que se realiza a través de los centros de arbitramento que se organicen con sujeción a las normas de esta ley e independiente el que se realiza conforme a las normas*

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente No. 7215, Actor: Instituto de Desarrollo Urbano IDU, Fecha: 4 de junio de 1993, Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández.

*del Decreto 2279 de 1989 con las modificaciones que aquí se introducen”.*

De dicho precepto se infiere claramente que en nuestro medio se mantiene una diferenciación que encuentra su razón de ser en la institucionalidad de la entidad que administra el arbitramento, que no es otra que alguna de aquellas asociaciones, fundaciones o agremiaciones y cámaras de comercio que dentro de los requisitos establecidos por la ley están habilitadas para organizar los denominados centros de arbitraje, sometidos a la vigilancia del Ministerio de Justicia.

En tanto que cuando el arbitramento es conformado por árbitros no institucionales o independientes todo lo relativo al proceso arbitral se regirá con arreglo al denominado estatuto arbitral contenido en el Decreto 2279 de 1989.

Interesa destacar que independientemente de las clasificaciones anotadas, el arbitramento es un proceso que se encuentra debidamente disciplinado principalmente en el estatuto precitado, teniendo naturalmente reguladas las fases o etapas que garantizan la realización del debido proceso, con la particularidad de que el margen de iniciativa que tienen los interesados en el desarrollo del tribunal de arbitramento es bastante amplio, como que tienen reservado el derecho al nombramiento de común acuerdo de los árbitros, pudiendo delegarlo, total o parcialmente, en un tercero, así como la facultad de determinar si los árbitros han de decidir en derecho, en conciencia o con fundamento en los principios técnicos; y, de la misma manera pueden determinar el lugar de funcionamiento del tribunal, amén naturalmente del alcance que quieran darle al arbitramento, en la medida en que son las partes las que determinan la materia que habrá de ser objeto de decisión. Cabe mencionar que entratándose del Tribunal de Arbitramento constituido con fines de dirimir controversias surgidas del contrato estatal, la autonomía de las partes no alcanza para determinar si la decisión va a ser en derecho o en conciencia, dado que la Ley 80 de 1993, estatuto de contratación estatal, perentoriamente estableció que en esa eventualidad el arbitramento será en derecho. Su pacto en conciencia vicia de nulidad absoluta el convenio por adolecer de objeto ilícito.

Como quiera que en razón del pacto arbitral los árbitros quedan investidos transitoriamente de la función de administrar justicia independientemente de la naturaleza del arbitramento, se aplican las reglas generales en materia de impedimentos y recusaciones contenidas en el Código de Procedimiento Civil, estando diseñado el trámite dentro del procedimiento a efectos de decidir los impedimentos o recusaciones, que como se sabe están instituidos para garantizar la imparcialidad e independencia de los árbitros.

El daño antijurídico causado por los árbitros con ocasión del trámite y decisión del proceso arbitral, en principio, compromete la responsabilidad patrimonial del estado, conforme lo dispone el artículo 72 de la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, norma que señala como aplicable a los árbitros, las disposiciones del capítulo VI de la misma, que regula la responsabilidad del estado y de sus funcionarios y empleados judiciales. Se sostiene que solo en principio puede resultar comprometida la responsabilidad del estado por la actuación de los árbitros, dado que solamente le sería imputable al estado el daño causado por aquellos árbitros designados por el mismo estado y sobre los cuales ejerce un control directo como sucede con aquellos encargados de dirimir conflictos laborales en los cuales el tribunal arbitral es de forzosa convocación. Pero, no puede pregonarse la responsabilidad patrimonial del estado por el daño antijurídico causado por los árbitros designados por las partes, porque aunque estén cumpliendo función jurisdiccional a nombre del estado en los términos del artículo 116 de la Carta Política, lo hacen por voluntad de las partes, quienes además de decidir que no sean los tribunales ordinarios los que decidan sus controversias, señalan ellas mismas a las personas encargadas de hacerlo, actitud con lo cual asumen el riesgo por el daño que pueda presentarse con ocasión de la actuación de los árbitros.

De otra parte debe tenerse presente que la decisión final con la que culmina el arbitramento, previa la instrucción probatoria del proceso y una vez las partes han tenido la oportunidad de realizar sus correspondientes alegaciones, es el laudo arbitral, susceptible de controles por parte de una autoridad jurisdiccional, y por las causales específicamente previstas en la ley para el trámite del recurso de anulación, con lo cual se garantiza que una autoridad diferente a los árbitros podrá conocer del laudo por las taxativas causales señaladas en la ley y que hacen relación a errores *in procedendo*, es decir, que el recurso permite revisar básicamente la regularidad en su producción, más no el asunto de fondo definido.

La tendencia naturalmente en punto de formalidades del trámite es la del adelantamiento mediante audiencias, que el tribunal de arbitramento realizará en el número que considere necesarias e independientemente de la participación de las partes, lo que ha permitido en la práctica la realización cabal del principio de la inmediatez, como condición esencial, de una decisión ajustada a la realidad fáctica; de la misma manera y por razones de economía procesal expresamente se excluyen los trámites incidentales y cualquiera circunstancia que justifique el conocimiento de un aspecto accidental deberá ser decidida de plano por parte del tribunal, decisión tan solo pasible de reposición.

### **CAMPO DE APLICACIÓN A LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL ESTATAL**

Siguiendo la tendencia de varios sistemas procesales en nuestro medio es posible utilizar la institución del arbitraje en la gran mayoría de las áreas del derecho; es así como la Ley 80 de 1993 expresamente previó que en punto de solución de controversias contractuales es deber de los contratistas buscar la solución en forma ágil, rápida y directa de sus diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual, acudiendo para ello a la figura del arbitramento, entre otras varias.

Es así como los arts. 70 y 71 de la Ley 80 se ocupan de la cláusula compromisoria y del compromiso, exige la primera de dichas normas que el arbitramento debe ser en derecho y en lo demás habrá de regirse por las reglas generales sobre la materia, con lo cual sin ninguna duda, actualmente se quiere infundir la utilización de dicho mecanismo de solución de conflictos en la actividad contractual estatal, al punto que existe la prohibición expresa para las autoridades de excluir en los contratos, la utilización de dichos mecanismos.

Dice el art. 69 de la Ley 80:

*“Las autoridades no podrán establecer prohibiciones a la utilización de los mecanismos de solución directa de las controversias nacidas de los contratos estatales.*

*“Las entidades no prohibirán la estipulación de la cláusula compromisoria o la celebración de compromisos para dirimir las diferencias surgidas del contrato estatal”.*

Claramente se observa entonces la generalización que se busca dentro del ámbito contractual estatal de la utilización de la figura del arbitramento, que también podrá extenderse a las diferencias de carácter exclusivamente técnico, en cuyo caso el arbitramento es de naturaleza técnica pudiéndose contar para su realización con los organismos consultivos del gobierno, las asociaciones profesionales y los centros universitarios.

Las partes del contrato estatal al pactar la existencia de un tribunal de arbitramento limitan la competencia dentro de la cual deben actuar los árbitros, la que en ningún caso puede comprender el juzgamiento de la legalidad de los actos administrativos proferidos por la administración con ocasión del contrato. Esa competencia es atribución exclusiva de la jurisdicción contencioso administrativa, dado que la legalidad no es susceptible de transacción y como ya se precisó, solo pueden ser sometidas a decisión de los árbitros aquellas materias en relación con las cuales procede la transacción.

El tribunal de arbitramento en cambio sí tiene competencia para decidir en relación con las consecuencias económicas del acto administrativo.

A propósito del tema, dijo la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de 12 de noviembre de 1993:

*"b) Es cuestión incontrovertible que la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos originados en un contrato cuyo juzgamiento se radica en sede arbitral, no puede ser materia sometida a juzgamiento de árbitros, desde luego que tal juicio de valor no constituye objeto de transacción; dicho de otra manera, solamente el juez de lo Contencioso Administrativo resulta ser el competente para juzgar la legalidad o ilegalidad de tales actos emanados de las potestades exorbitantes de la administración. Pero también resulta comprensible que las causas y efectos relacionados con tales actos administrativos, sí pueden ser solucionados por la justicia arbitral, cuando las partes los someten a su resolución y, por otra parte, no exista normatividad que prohíba su eventual resolución a través del negocio jurídico transacción. Así, temas como los del cumplimiento o incumplimiento de los plazos contractuales, los de la proporcionalidad, cuantía y forma de pago de ciertas cantidades de dinero a cargo de alguna de las partes del contrato, o, las relacionadas con aspectos atinentes a las garantías sobre el objeto material del negocio, bien podrían constituir tema arbitral, por cuanto sobre los mismos es procedente la transacción, por razón de la materia y por no encontrarse expresamente exceptuados de la órbita arbitral por normativa alguna"<sup>11</sup>.*

En materia de medios de impugnación contra el laudo arbitral, la normativa vigente, esto es, la contenida en el Decreto 2279 de 1989, la Ley 23 de 1991, el Decreto 2651 de 1991 y la Ley 80 de 1993, prevé la procedencia del recurso de anulación, circunscribiendo los motivos de su procedencia a los denominados errores *in procedendo*, lo cual en la práctica se traduce en que los vicios o defectos que hayan podido afectar el trámite arbitral o que se concreten en el laudo son todos configurativos de errores de forma, con lo cual el tribunal jurisdiccional que conoce del recurso no puede, casi nunca, entrar a pronunciarse sobre vicios o defectos *in iudicando*, lo que garantiza el querer de las partes que acuden a la figura arbitral en el sentido de que sean los árbitros y no la autoridad jurisdiccional quienes decidan el fondo de la litis dentro de la celeridad, especialización y deseo de descongestión de la justicia que caracterizan la figura arbitral.

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente No. 7809, Actor: Consorcio Impregilio S.A.P. Estruco S.A. Fecha: 12 de noviembre de 1993, Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández.

Aceptar la revisión por parte de la jurisdicción del litigio sometido a la decisión de los árbitros, convertiría a la jurisdicción en superior jerárquico del tribunal de arbitramento, lo que pone de presente su desacierto, dado que la anulación no es un recurso de índole vertical sino horizontal. El yerro conceptual, de criterio o de concepto, no tiene cabida dentro del marco estricto o limitado del recurso de anulación. La sección Tercera del Consejo de Estado, sobre el alcance de los poderes del juez de la anulación del laudo arbitral, y la imposibilidad de plantear ante la jurisdicción contenciosa administrativa cuestiones de mérito que por disposición de las partes deben ser dirimidas por tribunal de arbitramento, dijo en sentencia de 15 de mayo de 1992:

*“A lo dicho entonces, cabe agregar ahora lo siguiente, para determinar la naturaleza jurídica del recurso de que se trata:*

*“El recurso de anulación de laudos ataca la decisión arbitral por errores **in procedendo** en que haya podido incurrir el Tribunal de Arbitramento, y excluye de su órbita los errores **in judicando**, lo cual implica que no puede impugnarse el laudo en cuanto a cuestiones de mérito. Por ello carecen de técnica los cargos formulados contra un laudo, que tiendan a establecer si el tribunal arbitral obró o no conforme al derecho sustancial al resolver sobre las pretensiones propuestas.*

*“b) A través de los cargos que se formulen contra el laudo, dentro de los precisos y estrictos límites que imponían las taxativas causales del recurso, previstas por el derogado artículo 672 del C. de P. C., y hoy por el art. 38 del Decreto 2279 de 1989, ha de pretenderse la infirmación del laudo (*judicium rescindens*), sin que la decisión que adopte el juez del recurso pueda reemplazar o sustituir la que pronunció el Tribunal de Arbitramento (*judicium rescisorium*), como acontece, por ejemplo, con el recurso de apelación. Se exceptúa de lo anterior, como lo anota MORALES MOLINA, la causal 9ª del derogado art. 672 del C. de P. C., hoy casuales de los numerales 7 a 9 del art. 38 del Decreto 2279 de 1989, **en cuyo caso incumbe al juez de la anulación salvar las contradicciones o colmar la laguna dejada por el Tribunal de Arbitramento** (cfr. Hernando Morales: “Estudios de derecho” Ediciones Rosaristas, Bogotá, 1982, p. 237). De ahí que el penúltimo inciso del art. 672 citado hubiera previsto que en caso de hallarse próspera una de las causales 1ª a 9ª, ambas inclusive, **‘se corregirá o adicionará’** el laudo arbitral. Eso mismo prescribe el art. 40, inciso segundo del Decreto 2279 de 1989, que hoy rige la materia, al establecer que ‘cuando prospere cualquiera de las casuales señaladas en los numerales 1, 2, 3, 4, 5, y 6 del artículo 38 de este Decreto, declarará la nulidad del laudo. En los demás casos se corregirá o adicionará’.*

*"c) Los poderes del Juez del recurso de anulación están limitados por el llamado '**principio dispositivo**', conforme al cual es el recurrente quien delimita, con la formulación y sustentación del recurso, el objeto que con él se persigue y ello, obviamente, dentro de las precisas causales que la ley consagra. No debe olvidarse, a este propósito, que el recurso de anulación de que trata, procede contra laudos arbitrales debidamente ejecutoriados (C.P.C., 672 inc. 1º, reemplazado por el art. 37 del Decreto 2279 de 1989), lo cual envuelve una excepción legal al principio de la intangibilidad de las decisiones firmes pasadas con fuerza ejecutoria. **Tal excepcionalidad es pues, a la vez, fundamento y límite de los poderes del juez de la anulación, para enmarcar rígidamente al susodicho recurso extraordinario dentro del concepto de los eminentemente 'rogados'**"<sup>12</sup>.*

Por otro aspecto cabe anotar que el arbitramento establecido para dirimir las controversias surgidas del contrato estatal, puede ser nacional o internacional, dado que la normatividad vigente desde 1990 cuando a través de la Ley 39 de ese año se aprobó la convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, adoptada por la conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitramento Comercial el 10 de junio de 1958, estableció el sometimiento al arbitraje internacional. En efecto, esa normatividad permitió la relajación del principio tradicional de la soberanía a través de una derogatoria de jurisdicción nacional, hecha mutuamente en beneficio de superiores principios que permiten mantener relaciones pacíficas entre los estados. Antes de la adopción de la convención mencionada, la Corte Suprema de Justicia en Sala Constitucional, se había negado a declarar la exequibilidad de la norma que permitió en el Decreto 150 de 1976, el pacto del arbitramento internacional, pero porque precisamente echaba de menos la adopción de un tratado internacional que así lo permitiera, inconveniente que quedó superado con la Ley 39 de 1990 que ahora se comenta, normatividad que al ser interpretada por la Sección Tercera del Consejo de Estado, le permitió concluir la legalidad de pactar el arbitramento internacional en los contratos estatales. Dijo esa Corporación al respecto en providencia de 26 de febrero de 1998:

*"Ahora bien: la Ley 39 de 1990, mediante la cual se aprobó la convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitramento Comercial el 10 de junio de 1958, también es aplicable frente al contrato estatal, dado que reconoce*

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente No. 5326, Actor: Carbones de Colombia S.A. Carbocol, Ponente: Daniel Suárez Hernández.

valor a las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un estado distinto de aquel en que se pide su reconocimiento y ejecución **y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas**; no distingue la convención entre personas jurídicas de derecho público o de derecho privado; por ende, es aplicable a cualquier clase de persona jurídica, sin que sea dable excluir a las entidades estatales; el hecho de que la convención se refiera al arbitramento comercial no excluye de su aplicación a los contratos celebrados por el Estado, que también está en la posibilidad de celebrar contratos de esta naturaleza, como quedó visto atrás.

“Valga anotar que en las normas en las cuales han sido regulados el arbitramento internacional y la amigable composición, no ha existido prohibición para el uso de estas figuras por parte del estado, por tanto debe entenderse que frente a una administración capaz de transigir como se le permitió en materia contractual desde el Decreto 01 de 1984, artículo 217, es posible la utilización de estos mecanismos de solución de conflictos, especialmente desde cuando a través de la Ley 39 de 1990 el Estado Colombiano aceptó el acatamiento a decisiones proferidas por tribunales arbitrales extranjeros; sometimiento que hoy se mantiene constante en la legislación nacional, conforme a lo establecido en la Ley 315 de 1.996, que se encargó de reglamentar algunos aspectos del arbitraje internacional.

“Hoy se sigue recabando sobre la aplicación en primer momento del derecho de los tratados, es así como el artículo 2º de la citada Ley 315, a pesar de que no sea aplicable al caso que ahora se decide pro ser posterior al convenio demandado, deja una idea clara de que el querer del legislador plasmado inicialmente en la Ley 39 de 1990 ha sido el acatamiento al derecho de los tratados. La norma mencionada, dispuso en lo pertinente: ‘Normatividad aplicable al arbitraje internacional. El arbitraje internacional se regirá en todas sus partes de acuerdo con las normas de la presente ley, **en particular por las disposiciones de los Tratados, Convenciones, Protocolo y demás actos de Derecho Internacional suscritos y ratificados por Colombia, los cuales priman sobre las reglas que sobre el particular se establecen en el Código de Procedimiento Civil**’<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Actor: Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburra, Fecha: 26 de febrero de 1998, Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández.

### **DE LA CONCILIACIÓN**

El legislador colombiano, con el deseo inequívoco de propender por la utilización de los medios alternativos de solución de conflictos, estableció con caracteres de generalidad la instauración de la figura de la conciliación en la mayoría de los procesos jurisdiccionales, lo cual ha permitido que en la práctica las partes involucradas en un proceso tengan la oportunidad de solucionar las diferencias sometidas a conocimiento de la jurisdicción, bajo la dirección del juez, en una diligencia diseñada a propósito, toda vez que se cree, que estableciendo dentro del trámite una etapa destinada a esa finalidad, existirá la posibilidad de evitar que se continúe con el trámite iniciado, lográndose así la finalidad de descongestión de los despachos judiciales, tenida en mente por el legislador en el momento de su instauración.

Es dentro de este contexto que con la reforma introducida al código de procedimiento civil con el Decreto 2282 de 1989 se consagró la denominada audiencia de conciliación, saneamiento, decisión de excepciones previas y fijación del litigio, que no es otra cosa que el establecimiento dentro del proceso de una diligencia destinada a propiciar que demandante y demandado personalmente procuren solucionar sus diferencias, siendo de advertir que por la naturaleza misma de la conciliación se exige la participación directa de las partes involucradas en el conflicto para que sean ellas mismas las que puedan procurar un arreglo, siempre y cuando, naturalmente, las diferencias existentes sean susceptibles de transacción, siendo de advertir que el juez tiene el deber ineludible ante la pasividad de las partes de proponer fórmulas de arreglo.

Como se observa la figura está caracterizada precisamente por constituir un método técnico por virtud del cual se puede lograr una especie similar a la transacción, al punto que la Ley 23 de 1991 extendió el ámbito de aplicación de la conciliación a los procesos laborales e incluso la estableció como un requisito de procedibilidad en esta materia, determinando la competencia para efectuar dichas audiencias en los Inspectores de Trabajo y, en su defecto, en la primera autoridad política del lugar donde se haya prestado el servicio que haya originado la controversia; igualmente en materia de derecho de familia es procedente, previamente a la iniciación del proceso judicial o durante el trámite de éste ante el Defensor de Familia competente, en los precisos asuntos enunciados por el art. 47 de la ley; y, por último, también está consagrada prejudicial y judicialmente en materia contencioso administrativa para los conflictos de carácter particular y de contenido económico de que conoce esa jurisdicción, por virtud de los arts. 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo.

Lo anterior pone de presente que la conciliación puede ser prejudicial, si se surte antes de la iniciación del proceso y por regla general ante los funcionarios

habilitados para presenciarse, o judicial si está establecida como una etapa obligatoria dentro del trámite del proceso. Pero independientemente de ello el punto fundamental es que actualmente existe la posibilidad de propender por la solución de los conflictos, mediante la utilización de dicho mecanismo, cuya disciplina legal garantiza el que los acuerdos se logren sobre bases equitativas y justas, pues es una constante en todas las clases de conciliación –laboral, de familia y contencioso administrativa, amén de la ordinaria de carácter civil o comercial–, que el funcionario encargado de la aprobación del acuerdo de las partes propenda por que el mismo no menoscabe los derechos de los sujetos involucrados en el conflicto y que se haya cumplido con la totalidad de los requisitos de fondo y de forma que se exigen para su celebración y conclusión.

Para garantizar que el mecanismo cumpla con la finalidad de su establecimiento, la regulación de la figura prevé algunas sanciones de carácter patrimonial y probatorio dependiendo del momento en el cual se realice la diligencia y la persona que incumpla injustificadamente con la obligación de asistencia a la misma.

Así, por ejemplo, la audiencia de conciliación del art. 101 del Código de Procedimiento Civil, que como se sabe es aplicable a la gran mayoría de los procedimientos regulados en dicho código, prevé que la inasistencia o la falta de justificación de aquélla trae de consecuencia sanciones de multa para la parte o el apoderado que no concurre, e igualmente dichas conductas son consideradas como indicio grave en contra de sus pretensiones o excepciones de mérito según fuere el caso, llegando incluso el legislador a consagrar el efecto de la perención del proceso, para los casos de inasistencia por parte del demandante o el de tener por ciertos los fundamentos de hecho de las excepciones cuando se trate de proceso ejecutivo, e igualmente si el que no asiste es el demandado los hechos contenidos en la demanda susceptibles de confesión han de tenerse por ciertos y si se trata de proceso ejecutivo habrá de declarar desiertas todas las excepciones propuestas, con lo cual se palpa el interés especial del legislador en mantener el rigor y la seriedad que la conciliación debe cumplir dentro del trámite procesal.

En el ámbito de la conciliación laboral el art. 39 de la Ley 23 de 1991 prevé:

*“Se presumirá que son ciertos los hechos en los cuales el actor basa sus pretensiones cuando el demandado ante la jurisdicción laboral había sido citado con arreglo a lo dispuesto en el art. 30 de esta ley y no asistió a la audiencia que se le citó.*

*“La misma presunción operará contra la parte que se niega a exhibir los documentos o entorpezca la práctica de las pruebas*

*lugar, o escoger el factor territorial que ha de determinar la competencia del juez que conozca de las controversias”.*

Así las cosas es bueno resaltar que las empresas prestadoras de los servicios públicos pueden acudir a la utilización de los medios alternativos de solución de conflictos, teniendo presente que, por razones de protección de los usuarios, las condiciones de un eventual arbitramento o de una amigable composición han de cristalizar la igualdad de las partes involucradas en el conflicto, razón ésta del establecimiento de las prohibiciones precitadas.

#### **DE LA AMIGABLE COMPOSICIÓN**

Como última figura disciplinada normativamente dentro de los denominados medios alternativos de solución de conflictos se encuentra la denominada amigable composición.

El Capítulo II, sección I, del Decreto 2279 de 1989 sobre el particular estableció:

**“Art. 49.** *Las controversias susceptibles de transacción, que surjan entre personas capaces de transigir, podrán ser sometidas a conciliación o amigable composición”.*

Nótese que por vía general esta disposición permite que todas aquellas controversias susceptibles de transacción entre personas capaces pueden ser sometidas al conocimiento de amigables componedores que aquéllas elijan para la solución de su conflicto, siendo de advertir que la iniciativa de la amigable composición puede provenir de ambas partes o de alguna de ellas, y mediando acuerdo sobre el particular, directamente los interesados pueden nombrar los componedores o deferirlo a un tercero, tal cual ocurre con los árbitros.

La característica fundamental de la figura de la amigable composición consiste en deferir a personas, que no necesariamente han de ostentar calidades profesionales o técnicas especiales, pero que se supone han de ser de intachable conducta y reconocida honorabilidad, la decisión del conflicto, desde luego dentro de la libertad más amplia para su decisión, la cual habrá de fundamentarse dentro de parámetros de equidad y de justicia, pues a juzgar por la redacción del dispositivo, no se trata del establecimiento de un método de solución de conflictos sometido a las reglas del derecho, si no más bien de una forma de componer una diferencia nombrando para ello a un tercero que ha de suponerse imparcial y delegándole el encargo, debidamente determinado en cuanto a la materia, su contenido y alcance, para su solución imparcial.

Como formalidad especial para llevar a efecto la amigable composición se exige la clara expresión de la voluntad por las partes de someterse a la decisión que adopte el tercero componedor, pues ese es el efecto principal de esta figura; las partes por escrito deberán manifestar sus nombres, las cuestiones objeto de la amigable composición, el nombre de los amigables componedores y el término para cumplir el encargo.

Puede sostenerse entonces que la figura comporta la delegación en los amigables componedores “de la facultad de precisar, con fuerza vinculante para las partes, el estado y la forma de cumplimiento de una relación jurídico sustancial susceptible de transacción”, tal cual lo establece el art. 51 del Decreto 2279 de 1989, lo cual naturalmente pone de presente los alcances de tal delegación.

Es oportuno citar la sentencia de 26 de febrero de 1998 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la cual se dijo sobre la naturaleza de la amigable composición:

*“Por otro aspecto tampoco se desnaturaliza la figura de la amigable composición, cuando las partes convienen frente a la intervención de tres amigables componedores, que las decisiones se tomarán por mayoría. La ley no regula la forma como se adelantará la amigable composición, dejando a las partes en libertad para pactar lo que estimen conveniente; lo que en manera alguna implica que la decisión por mayoría convierta la figura en una decisión de carácter judicial, dado que los amigables componedores obligan contractualmente a las partes porque actúan por mandato de éstas, y no con la fuerza procesal de sentencia. Los tratadistas nacionales, en consonancia con lo dispuesto en la normatividad procesal civil, coinciden en tratar la figura de la amigable composición como un acuerdo de carácter contractual, cuyos efectos se asimilan a los de la transacción, sin reconocerle al acuerdo que se logre el carácter de decisión judicial, que solo puede ser proferida por quien esté investido de jurisdicción, bien sea en forma permanente o transitoria, por la voluntad de las partes cuando la ley así se los permite, mientras que los amigables componedores no están investidos de jurisdicción.*

*“Ilustrativo para éste caso resulta el análisis que de la figura de la amigable composición hace el tratadista Hernando Morales Molina:*

*‘Por la amigable composición se otorga a los componedores la facultad de precisar, con fuerza obligatoria para las partes, el estado y la forma de cumplimiento de una relación jurídica susceptible de transacción. La amigable composición debe constar por escrito, como*

*solemnidad, o sea que no existe sin este, en que debe constar el nombre, domicilio y dirección de las partes, la cuestión o cuestiones objeto de ella, el nombre o nombres de los amigables componedores, pues pueden ser uno solo o varios, o el del tercero que debe designarlos si así se ha convenido, y el término para cumplir el encargo que no podrá exceder de treinta días. El documento que contenga la transacción, cuando éste sea el resultado de conciliación debe reconocerse por quienes lo suscriben, ante notario’.*

*“Lo cual implica: a) Que los amigables componedores no requieren las calidades de los árbitros; b) Que pueden ser uno o varios; c) Que no están obligados a seguir el procedimiento arbitral ni ningún otro; d) Que las partes o cualquiera de ellas pueden acudir al órgano judicial para que decida la cuestión, sin que sea viable la excepción de amigable composición; e) Que las partes pueden cumplir o no la decisión de los amigables componedores, pero en el primer caso ésta equivale a una autocomposición de la litis; f) Que si no la cumple una de ellas, la otra puede demandarla por incumplimiento del convenio sobre amigable composición, a fin de que le indemnice los perjuicios consiguientes, pues la declaración de los compromisarios tiene fuerza contractual y no judicial, sin perjuicio de las pretensiones emanadas de la relación sustancial sujeta a dichos amigables componedores. Por tanto, no se trata de derogación de jurisdicción”<sup>15</sup>.*

### **CONCLUSIONES**

1. En nuestro medio la disciplina normativa ha previsto y regulado las varias figuras conocidas como mecanismos alternativos de solución de conflictos, a saber: transacción, conciliación, amigable composición y arbitramento.

2. Que es regla general para la procedencia y utilización de cualquiera de ellas, el que la materia u objeto sobre la cual ha de recaer una decisión sea susceptible de transacción.

3. Que para todas se exige la capacidad de disposición o legitimación sustantiva por parte de los sujetos involucrados en el conflicto.

4. Que la fuerza vinculante de la solución al conflicto se deriva fundamentalmente de la ley y del acuerdo de las partes expresado voluntariamente

<sup>15</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente No. 11.477, Actor: Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburra Ltda.

en ejercicio de su autonomía privada, en ocasiones aprobado por funcionario habilitado para ello, quien ejerce control de legalidad de forma o de fondo, de acuerdo con los alcances expuestos.

5. Que los mecanismos analizados para la solución de conflictos, cumplen una función alternativa respecto de aquella que cumple la jurisdicción en sus diversos campos, no excluyente y mucho menos supletoria de ésta, como que ambas formas o métodos de dirimir las controversias coexisten y gozan de la previsión y protección legal.

