

MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

CONCILIACIÓN EN ADMINISTRATIVO

Presentado a:

Doctora MAGDA E. GÓMEZ ROBAYO

**UNIVERSIDAD CATOLICA DE COLOMBIA
FACULTAD DERECHO
BOGOTA D.C.
2011**

CONCILIACIÓN EN ADMINISTRATIVO

Presentado por:

ALONSO BALDION NEVA	2104122
DIANA ALEJANDRA VELANDIA AREVALO	2105330
JACKELINE PUENTES ORDOÑEZ	2105280
JAIME ORLANDO SANABRIA MARANTA	2101596
JUANITA DEL PILAR CALDERON PARDO	2104735
MARIA DEL CARMEN PUENTES	2104122
NILLYRETH GARZÓN RINCÓN	2105133
OMAR GONZÁLEZ VIVAS	2104891
OMAR SANTOFIMIO CARRILLO	2104966
SANTIAGO ACUÑA ORDUZ	2103707

**UNIVERSIDAD CATOLICA DE COLOMBIA
FACULTAD DERECHO
BOGOTA D.C.
2011**

HISTORIA LEGISLATIVA DE LA CONCILIACIÓN EN COLOMBIA

Estamos en Colombia, hermoso país, paisajes naturales, productor de café, banano, flores entre otros productos importantes, cuna de gente linda llenos de cualidades y virtudes a explotar en millar, con cerebros pensantes que originaron en el siglo XIX por medio de la **Ley 13 de 1825**, la figura de la conciliación como requisito para que un proceso o expediente avanzara; esta ley se conoce abiertamente como norma precursora de la conciliación, instituía en su letra, "que ningún proceso se adelantaría sin intentar la conciliación ante los alcaldes municipales o parroquiales".

Por fortuna en aquella época se pretendía arreglar las diferencias por medio de un acuerdo entre las partes.

Continuamos con la figura de la conciliación en materia legislativa, haciendo relación a la **Ley 14 de mayo de 1934**, norma de gran connotación, que instauró antes de iniciarse el juicio, la posibilidad de intentar la conciliación ante un juez de paz siempre y cuando las partes fueran capaces y el objeto fuera susceptible de transacción.

MARCO CONSTITUCIONAL Y REGULACIÓN LEGAL DE LA CONCILIACIÓN EN LA JURISDICCIÓN CONTECIOSA

LA CONCILIACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA

Nuestra Constitución Política consagra la figura de la Conciliación en su artículo 116, el cual dispone en sus incisos 3º y 4º que:

"Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional 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"

DEFINICIÓN DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA

El diccionario de la lengua española define la palabra conciliar como:

“componer y ajustar los ánimos de los que estaban opuestos en sí.// 2. Conformar dos o más proposiciones o doctrinas al parecer contrarias .// 3. granjear o ganar los ánimos y la benevolencia. Alguna vez se dice también del odio y aborrecimiento.

DEFINICIÓN LEGAL

El artículo 64 de la Ley 446 de 1998, define la conciliación como un “mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador.

LA CONCILIACIÓN SEGÚN LA JURISPRUDENCIA

El Consejo de Estado, ha definido la conciliación en los siguientes términos:

“La conciliación entendida de manera general es la concreción de una filosofía de dialogo, concertación y solución civilizada de conflictos, fruto del avenimiento y la concordia de las partes, que implica de suyo el reconocimiento del otro como forma del accionar social dando origen a la verdad jurídica por consenso. Cuando en los procesos contencioso administrativos se acude a ella, está cumpliendo con su función originaria de paz y pluralismo y convoca a la sociedad para seguir su ejemplo. La nueva concepción del Estado colombiano contenida en su artículo primero sustenta tal postulado. Durante mucho tiempo no se concibió la posibilidad de la conciliación por parte de las personas jurídicas de derecho público, con fundamento en la tesis de la incapacidad relativa de éstas para transigir y por consiguiente, para conciliar.

DIFERENTES DEFINICIONES DE LA DOCTRINA

“Conciliación debe entenderse como un acto por medio del cual dos o más personas gestionan la situación de sus conflictos de carácter particular y contenido patrimonial, con la ayuda de un conciliador.”

“La conciliación es un mecanismo jurídico de solución pacífica de conflictos, a través del cual las partes mediante un acuerdo satisfactorio pueden solucionar sus controversias siempre que ellas sean susceptibles de transacción, desistimiento y aquellos que expresamente determine la ley.”

“La conciliación es un mecanismo por medio del cual las personas involucradas en un conflicto pueden resolverlo de una manera respetuosa, mediante un acuerdo satisfactorio y justo para ambas partes.”

FUNDAMENTOS LEGALES

La conciliación administrativa está regulada principalmente en las siguientes leyes y decretos:

1. Ley 23 de 1991 "Por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los Despachos Judiciales, y se dictan otras disposiciones"
2. 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".
3. Ley 640 de 2001 "Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones"
4. Ley 678 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.
5. Decreto 1818 de 1998 "Por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos"
6. 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"
7. Decreto 1214 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"

CARACTERÍSTICAS DE ACUERDO A LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. La conciliación es un mecanismo alternativo útil para la solución de los conflictos.
2. Es un instrumento de autocomposición de un conflicto, por la voluntad concertada o el consenso de las partes.
3. Constituye una actividad preventiva, en la medida en que busca la solución del conflicto, antes de acudir a la vía procesal o durante el trámite del proceso.
4. No tiene estricto sentido el carácter de actividad judicial, ni da lugar a un proceso jurisdiccional, porque el conciliador, autoridad administrativa o judicial, o particular,

no intervienen para imponer a las partes la solución del conflicto, en virtud de una decisión autónoma e innovadora.

5. Tiene un ámbito que se extiende a todos aquellos conflictos susceptibles, en principio, a ser negociables, o en relación con personas cuya capacidad de transacción no se encuentre limitada por el ordenamiento jurídico.
6. Es el resultado de una actuación que se encuentra reglada por el legislador en aspectos.

FINES Y OBJETIVOS DE LA CONCILIACIÓN

La conciliación se convierte en herramienta que garantiza una adecuada forma de justicia, permitiendo la sana convivencia y legitimando el sistema democrático.

Esta herramienta permite, igualmente, la consecución de los fines el Estado Social de Derecho, que se pretende participativo, pluralista, solidario y respetuoso de la dignidad humana.

Se pueden resaltar los siguientes fines y objetivos:

- ✓ Garantizar el acceso a la Justicia.
- ✓ Promover la participación de los individuos en la solución de sus controversias.
- ✓ Estimular la convivencia pacífica.
- ✓ Facilitar la solución de los conflictos sin dilaciones injustificadas.
- ✓ Descongestionar los despachos judiciales.

PRINCIPIOS DE LA CONCILIACIÓN

GRATUIDAD

Ley 640 de 2001, artículo 4º, dispone que los trámites de conciliación que se celebren ante los funcionarios públicos facultados para conciliar, o los consultorios jurídicos de las facultades de derecho y de las entidades públicas, deben ser gratuitos. Lo anterior implica que cuando los agentes del Ministerio Público asignados a la jurisdicción contenciosa –únicos facultados para conciliar en esta materia- hagan las veces de conciliadores, no pueden recibir ninguna asignación adicional distinta del sueldo que les corresponde por razón del cargo público desempeñado.

CONFIDENCIALIDAD

En la conciliación, la información que las partes revelan en la audiencia es confidencial y reservada; así, ni el conciliador ni las partes podrán revelar o utilizar dicha información en otros espacios.

ELEMENTOS DE LA CONCILIACIÓN

OBJETIVO: Está delimitado por el conflicto que se pretende resolver mediante el trámite conciliatorio; en otras palabras, es el asunto que se pretende conciliar, el cual tiene particularidades y limitaciones específicas de materia contenciosa, como adelante se indicará.

SUBJETIVO: Se refiere a la relación entre los sujetos que intervienen en el proceso o trámite conciliatorio, específicamente los conciliantes, a saber: el eventual demandante, quien al promover la conciliación debe expresar su ánimo conciliatorio, a través de las respectivas fórmulas, y el eventual demandado, quien orientado por el Comité de Conciliación de su entidad deberá decidir si concilia o no y, en caso afirmativo, si concilia total o parcialmente.

METODOLÓGICO: Está determinado por el trámite por el que se adelanta la conciliación, el cual, según su clase, deberá seguir en forma precisa los lineamientos señalados por la ley; éste constituye el debido proceso que debe ser respetado, y sin el cual el acuerdo conciliatorio carecería de plenos efectos.

EL CONCILIADOR

El conciliador es un tercero neutral, calificado e imparcial, encargado de orientar el proceso conciliatorio respetando las formalidades legales, e instando a las partes a llegar a un acuerdo por medio del cual puedan solucionar sus conflictos.

CLASES

Aunque en materias distintas a la conciliación contenciosa pueden actuar personas y entidades distintas de la Procuraduría (centros de conciliación) aquí sólo nos referiremos al conciliador único y por excelencia, que es la Procuraduría, a través de sus delegados ante la jurisdicción contencioso administrativa.

EL CONCILIADOR EN MATERIA CONTENCIOSA

Las conciliaciones extrajudiciales, respecto de los asuntos cuyo eventual litigio sea competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, sólo podrán ser adelantadas por los agentes del Ministerio Público asignados a esa jurisdicción (Ley 640 de 2001, Art. 23). Los agentes del Ministerio Público son los procuradores judiciales administrativos.

CARACTERÍSTICAS

GENERALES

IMPARCIALIDAD: Debe la autoridad administrativa obrar con absoluta objetividad. Su actuación e intervenciones no deben obedecer a fines distintos de los señalados en el ordenamiento jurídico, como evitar la afectación del interés general.

NEUTRALIDAD: Esta característica implica que el conciliador debe manejar el proceso desde una perspectiva global, sin estar a favor de ninguna de las partes. No puede en el trámite de la audiencia tomar partido, formando alianza con alguna de ellas.

Al proponer las fórmulas de acuerdo, debe evitar esbozar argumentos que le den la razón a alguna de las partes, y que de ello pueda la contraria sentir que el conciliador no está siendo neutral, y que ahora debe enfrentarse y tratar de convencer a su contraparte y al conciliador, lo que lo deja en una situación que choca contra la igualdad.

Es de anotar que, constitucionalmente, protege tanto los intereses del Estado, como de los particulares ante éste, con lo que se bloquea cualquier interés a favor de una de las partes, manteniendo la neutralidad, la cual se refuerza con los límites legales.

INDEPENDENCIA: Es apenas lógico que el conciliador deba ser autónomo frente a las partes, pues si dependiera o estuviera subordinado a alguna de ellas, su actuar terminaría favoreciéndola, en detrimento de la otra.

El conciliador debe gozar de total autonomía frente a las partes integrantes del conflicto, no permitiendo que éstas influyan sobre él, haciendo que sus conceptos no estén determinados por el querer de alguna de ellas, sino por la intencionalidad de resolver el conflicto amigablemente y dentro del marco legal.

Formalmente, esa independencia está garantizada, pues el Ministerio Público, si bien hace parte de la administración pública, no está vinculado a ninguna de las ramas del poder público, sino que -acorde con las disposiciones constitucionales- está instituido como uno de los organismos de control, con autonomía e independencia, que conforman la estructura del Estado.

ESPECIFICAS

A partir de ellas, se puede identificar claramente al conciliador en materia contenciosa.

Es de los aquí denominados funcionarios conciliadores, es decir, autoridades administrativas a las que la ley les atribuye esta función

Específicamente, se trata del Ministerio Público.

El Ministerio Público es un órgano autónomo de control, encargado principalmente de la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas, y de propender por la defensa del orden jurídico, el patrimonio público, los intereses de la sociedad y los derechos y las garantías fundamentales (art. 276, C.P).

Está conformado por el Procurador General de la Nación -supremo director-, el Defensor del Pueblo, los Procuradores Delegados y los agentes del Ministerio Público, ante las autoridades jurisdiccionales, y los personeros municipales (Art.118, C.P.).

En forma exclusiva, los agentes del Ministerio Público asignados a la jurisdicción contenciosa.

De los funcionarios enunciados, la ley reservó la función de conciliador extrajudicial en materia contenciosa administrativa, en forma exclusiva, a los “agentes del Ministerio Público asignados a esta jurisdicción”.

Por lo tanto, no pueden obrar como conciliadores en la materia otros funcionarios que hacen parte del Ministerio Público, tales como el Defensor del Pueblo, los Personeros Municipales, los delegados a otras jurisdicciones o para otros asuntos, ni los Procuradores Provinciales, tampoco pueden obrar como conciliadores en materia contenciosa administrativa los conciliadores en equidad.

En materia contenciosa, el Ministerio Público es parte en todos los procesos e incidentes, y ejerce esa función a través de sus procuradores delegados ante las respectivas corporaciones que conforman la jurisdicción (Consejo de Estado, Tribunales Administrativos y Juzgados Administrativos).

Por su parte, el Decreto Ley 262 de 2000, que fija la estructura de la Procuraduría, en concordancia con lo dispuesto por el Procurador General en la Resolución 017 de 2000, determina los funcionarios que pueden actuar como agentes del Ministerio Público ante la jurisdicción y autoridad contenciosa, facultad que recae, según el caso, en las Procuradurías Delegadas ante el Consejo de Estado, y en las Procuradurías judiciales para Asuntos Administrativos.

REQUISITOS

El régimen del conciliador en derecho exige:

- Que éste sea abogado titulado. Para conciliaciones distintas a la administrativa pueden actuar los estudiantes miembros de consultorios jurídicos de las facultades de derecho, Personeros Municipales y Notarios que no sean abogados titulados, conforme la Ley 640 de 2001, artículo 5°. Los abogados titulados que se inscriban ante los centros de conciliación pueden desarrollar las actividades propias de estos centros, sobre la base de haber recibido previamente una capacitación en una entidad avalada e inscribirse en los centros de conciliación.
- Los procuradores judiciales para los fines de la conciliación administrativa, obviamente, son abogados titulados y, como tal, se presumen idóneos para ejercer el papel de conciliadores, sin perjuicio de que reciban una capacitación específica en el ramo. Cuando ejercen sus funciones de procuradores delegados ante el contencioso administrativo deben reunir las mismas calidades que se requieren para ser miembro de la corporación judicial ante la cual habrán de actuar (art. 122, C.C.A.); vale decir, Consejero de Estado, Magistrado de Tribunal o Juez Administrativo.

Deben acreditar las calidades constitucionales, al momento de tomar posesión del cargo (art. 124, ibidem).

- No se requiere acreditar conocimiento previo sobre mecanismos alternativos de solución de conflictos; sin embargo, corresponde al Ministerio del Interior y de Justicia velar por que estos funcionarios reciban capacitación en la materia (Art. 6, Ley 640 de 2001).

SELECCIÓN DEL CONCILIADOR

En esta materia, no hay gran libertad de configuración -en los términos de la Ley 640 de 2001, art.16-, pues no existe la posibilidad de seleccionar entre varios tipos de conciliadores, sino que la solicitud de conciliación extrajudicial deberá ser presentada de manera exclusiva ante el agente del Ministerio Público (Reparto) correspondiente (Decreto 2511 de 1998, Art. 6).

Más concretamente, se debe establecer cuál es la autoridad competente para conocer de la eventual demanda, con base en los factores de competencia del CCA. (por razón a la materia, al territorio, en qué instancia, etc.), y conforme ello, la solicitud deberá dirigirse al agente del Ministerio Público delegado ante dicha autoridad. Empero, nada obsta para que pueda presentarse ante cualquier delegado del procurador en el país.

OBLIGACIONES

De acuerdo con el artículo 8 de la ley 640 de 2001, el conciliador una vez seleccionado tendrá las siguientes obligaciones:

1. Citar a las partes de acuerdo a lo previsto en la ley.
2. Hacer concurrir a quienes deban asistir a la audiencia.
3. Ilustrar a los comparecientes sobre:
 - el objeto
 - el alcance
 - y los límites de la conciliación.
4. Motivar a las partes para que presenten fórmulas de arreglo.
5. Proponer fórmulas de arreglo.
6. Elaborar el acta de la audiencia de conciliación.
7. Registrar el acta de la audiencia de conciliación, de conformidad con lo previsto en la ley. Aunque se menciona en el régimen de la Ley 640 de 2001, el registro no opera en materia de conciliación prejudicial voluntaria, frente a la exclusividad que ostenta la Procuraduría.
8. Vigilar que los derechos ciertos e indiscutibles, así como los derechos mínimos e intransigibles, no se menoscaben mediante el proceso conciliatorio.

Acompañando estas obligaciones fijadas por la ley, el conciliador debe:

1. Comprobar si es competente para conocer el litigio.
2. Determinar si el conflicto o asunto que se ventila es susceptible de ser conciliado.
3. Verificar que las partes estén debidamente representadas.
4. Dirigir la audiencia de conciliación manteniendo la debida neutralidad frente a la posición de las partes.

Sería deseable que quien promueve la conciliación haga conocer de la otra parte el memorial que ha dirigido a la Procuraduría, de modo que tenga tiempo de evaluar las posibilidades de

conciliación y, si se trata de una entidad pública, ésta tenga la posibilidad de reunir su correspondiente comité de conciliación para que, llegado el día y la hora de la audiencia, tenga los suficientes elementos de juicio.

IMPORTANTE: Los centros de conciliación, por su parte, deberán dar estricto cumplimiento a lo dispuesto por la Ley 640/01, que en su artículo 13 dispone la siguiente obligación:

“Remitir al Ministerio de Justicia y del Derecho, en los meses de enero y julio, una relación del número de solicitudes radicadas, de las materias objeto de las controversias, del número de acuerdos conciliatorios y del número de audiencias realizadas en cada período. Igualmente, será obligación de los centros proporcionar toda la información adicional que el Ministerio de Justicia y del Derecho le solicite en cualquier momento”.

INHABILIDADES

En primer lugar, al ejercer funciones públicas, los conciliadores están sometidos al régimen de inhabilidades consagrado en el Código Disciplinario Único, que remite a las causales de la Constitución Política y trae las propias, conforme los artículos 36, 37 y 38 de la Ley 734 de 2002.

Quien esté inhabilitado para desempeñar cargos públicos, por cualquiera de las causales contempladas en la ley, no podrá desempeñarse como Procurador ni, obviamente, como conciliador. Tales son los casos, por ejemplo, de personas que hayan sido condenadas por delitos y se les haya impuesto la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas o que hayan sido sancionadas con destitución, que conlleva la sanción accesoria de inhabilidad para ejercer cargos públicos.

En segundo lugar, hay una inhabilidad especial en el sentido de que los ex procuradores no podrán actuar como árbitros, asesores o apoderados de una de las partes intervinientes en las conciliaciones en las cuales hayan intervenido, dentro del año inmediatamente anterior, cualquiera que sea el proceso de que se trate. Los ex procuradores tampoco podrán intervenir en el futuro proceso judicial que se originó como consecuencia de haber fracasado la conciliación prejudicial voluntaria. Estas inhabilidades especiales están previstas en la Ley 640 de 2001, Art. 17

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES

Serán aplicables a los agentes del Ministerio Público, que actúen en la conciliación extrajudicial, las causales de impedimento o de recusación de que tratan los artículos 53 de la Ley 446 de 1998 y 150 del Código de Procedimiento Civil (Decreto 2511 de 1998, Art. 4).

La causal de impedimento o recusación que llegare a presentarse será resuelta por el Procurador General de la Nación y se tramitará de conformidad con los artículos 54 de la Ley 446 de 1998 y 152 del Código de Procedimiento Civil, respectivamente. Cuando la Ley 446 de 1998, artículo 100, dice que el Director del Centro decidirá sobre los impedimentos y recusaciones habrá que entender, en el caso de la conciliación administrativa, que es el Procurador, ya que en esta materia, como tantas veces se ha dicho, no intervienen los conciliadores de los Centros de Conciliación, ni otros conciliadores.

Es importante señalar que la intervención del Agente del Ministerio Público, en cumplimiento de las atribuciones que le son propias en la conciliación extrajudicial, no dará lugar a impedimento ni recusación, por razón del desempeño de tal cargo, respecto de las actuaciones posteriores que deba cumplir ante la Jurisdicción Contencioso administrativa (Decreto 2511 de 1998, Art. 4). Se entiende que la norma se refiere no sólo a las posibilidades que tienen los Procuradores de impugnar los autos que cumplen la función de refrendar las conciliaciones, sino también de emitir los conceptos dentro de los procesos contenciosos donde hubo precedentes de conciliaciones fallidas.

RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD

En su calidad de servidor público, el agente del Ministerio Público asignado a la jurisdicción contenciosa, cuando actúa como conciliador, no puede hacer nada distinto a lo que la Constitución y las leyes le autorizan: y al transgredir el ordenamiento legal puede incurrir en los distintos tipos de responsabilidad:

- Disciplinaria. Como todo funcionario público es sujeto disciplinable.
- Fiscal. No olvidemos que la conciliación está sujeta a refrendación judicial y en tal caso habría que hablar de coparticipación en la eventual responsabilidad, si es que se puede hablar de Procurador, como gestor fiscal.
- Penal. Por violación de las normas que regulan la materia.

PAPEL DEL CONCILIADOR

Dentro del proceso conciliatorio, el papel que desempeña el conciliador es el de director y guía del proceso; debe mostrarse como un verdadero mediador, pacificador, apaciguador, poniendo todo su conocimiento y capacidades para lograr que las partes consigan un acuerdo, incluso a partir de fórmulas propuestas por él, eso sí, conforme a derecho.

Como ya se ha dicho, el conciliador es un administrador de justicia transitorio y, en cumplimiento de esto, su deber es respetar y cumplir los principios de imparcialidad, neutralidad e independencia frente a las partes, y desde el punto de vista ético, debe respetar los principios que, de acuerdo a la racionalidad, conforman la moral social y administrativa.

Debe estar consciente de que con su actuar se administra justicia, valor de singular trascendencia para el mantenimiento de la democracia, y que partir de esa aplicación, se soluciona por una vía expedita y eficaz los problemas de dos partes, en donde en uno de sus extremos está involucrado el patrimonio público. Por lo tanto, debe ser fiel al cumplimiento de esa enorme responsabilidad.

LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN ASUNTOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS

Mecanismo Alternativo de Solución de Conflictos, que constituye, a la vez, por mandato legal, requisito de procedibilidad para el ejercicio de las acciones consagradas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo -o normas que los sustituyan-.

REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD EN MATERIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Ante la entrada en vigencia de la Ley 1285 del 22 de enero de 2009, que reformó la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, la cual estableció la conciliación como requisito de procedibilidad para el ejercicio de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales, de conformidad con el artículo 2 del Decreto 1716 del 14 de mayo de 2009, el cual entró en vigencia en la mencionada fecha, es necesario el requisito de procedibilidad en materia contencioso administrativa para las siguientes acciones:

"ARTICULO 2. ASUNTOS SUSCEPTIBLES DE CONCILIACION EXTRAJUDICIAL EN MATERIA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA. Podrán conciliar, total o parcialmente, las entidades públicas y las personas privadas que desempeñan funciones propias de los distintos órganos del Estado, por conducto de apoderado, sobre los conflictos de carácter particular y contenido económico de los cuales pueda conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que los sustituyan.

PARAGRAFO 1º. No son susceptibles de conciliación extrajudicial en asuntos de lo contencioso administrativo:

- Los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario.
- Los asuntos que deban tramitarse mediante proceso ejecutivo de que trata el artículo 75 de la Ley 80 de 1993

Artículo 75º.- Del Juez Competente. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativo.

Parágrafo 1º.- Una vez practicadas las pruebas dentro del proceso, el juez citará a demandantes y demandados para que concurran personalmente o por medio de apoderado a audiencia de conciliación. Dicha audiencia se sujetará a las reglas previstas en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil y se procurará que se adelante por intermedio de personas diferentes de aquellas que intervinieron en la producción de los actos o en las situaciones que provocaron las discrepancias.

Parágrafo 2º.- En caso de condena en procesos originados en controversias contractuales, el juez, si encuentra la existencia de temeridad en la posición no conciliatoria de alguna de las partes, condenará a la misma o a los servidores públicos

que intervinieron en la correspondientes conversaciones, a cancelar multas a favor del Tesoro Nacional de cinco (5) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales.

Parágrafo 3º.- En los procesos derivados de controversias de naturaleza contractual se condenará en costas a cualquiera de las partes, siempre que se encuentre que se presentó la conducta del parágrafo anterior.

- Los asuntos en los cuales la correspondiente acción haya caducado.

PARAGRAFO 2º. El conciliador velará porque no se menoscaben los derechos ciertos e indiscutibles, así como los derechos mínimos e intransigibles.

PARAGRAFO 3º. Cuando la acción que eventualmente se llegare a interponer fuere la de nulidad y restablecimiento de derecho, la conciliación extrajudicial sólo tendrá lugar cuando no procedan recursos en vía gubernativa o cuando ésta estuviere debidamente agotada, lo cual deberá acreditarse, en legal forma, ante el conciliador.

PARAGRAFO 4º. En el agotamiento del requisito de procedibilidad de la acción de que trata el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, se entenderá incluida la acción de repetición consagrada en el inciso segundo de dicho artículo.

PARAGRAFO 5º. El agotamiento de la conciliación como requisito de procedibilidad, no será necesario para efectos de acudir ante tribunales de arbitramento encargados de resolver controversias derivadas de contratos estatales, cuyo trámite se regula por lo dispuesto.

La **Ley 640 de 2001** se propuso hacer más fácil el acceso de los colombianos a la conciliación y, en consecuencia, tiene un capítulo para tratar el tema de la conciliación extrajudicial en materia de lo contencioso administrativo, como otro dedicado a establecer la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para acudir a diferentes jurisdicciones, incluida la de lo contencioso administrativo.

ASUNTOS CONCILIABLES

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

(Artículo 85 del Código Contencioso Administrativo)

Denominada acción de Nulidad y restablecimiento del derecho, según la cual toda persona que se crea lesionada en un derecho, amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo, se le restablezca en su derecho y se repare el daño causado. Esta acción es una sola, pero tiene dualidad de pronunciamientos, pues en primera medida se busca proteger el interés público, ya que

se considera que el acto es ilegal y, por lo tanto, se busca su anulación en defensa y mantenimiento de la legalidad.

En segundo lugar, como consecuencia de la nulidad, se busca proteger derechos subjetivos, a través del restablecimiento del derecho y la reparación del daño.

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

(Artículo 86 del Código Contencioso Administrativo)

Esta acción busca la reparación de los perjuicios ocasionados por el Estado y la actividad que desarrolla.

Pero, igualmente, conforme la parte final de artículo 86 del C.C.A., esta acción puede ser ejercida por las entidades públicas, cuando resulten afectadas por un particular o por otra entidad pública (como cuando un Departamento demanda a un Municipio, o se da un conflicto entre dos entidades que, aunque sean del orden nacional sector descentralizado, tienen diferente personería jurídica). La acción lleva este nombre porque el particular afectado no está obligado a acudir a la administración, ya que normalmente no existen actos administrativos que puedan ser impugnados, sino que se acude directamente a la jurisdicción contenciosa en procura de la reparación.

Del artículo 86 del CCA se puede establecer que las posibles partes en una acción de reparación directa, y que por lo tanto podrían adelantar el trámite conciliatorio estudiado, son:

DEMANDANTE	DEMANDADO
Particular	Entidad estatal
Entidad estatal	Entidad estatal
Entidad estatal	Particular
Entidad estatal	Servidor o ex servidor público (acción de repetición)

El término de caducidad de la acción de reparación directa es de dos años contados a partir del día siguiente al hecho, omisión u operación administrativa o de la ocupación de la propiedad inmueble. Esta regla trae importantes excepciones, derivadas bien de la ley o de la jurisprudencia. En general, el término de caducidad de la acción

ACCIÓN DE REPETICIÓN (Ley 678 de 2001)

Aunque ya se insinuaba en el artículo 90 de la Constitución y en el artículo 86 del CCA, e inclusive en muchas normas precedentes, esta acción adquiere personería propia con la expedición de la Ley 678 de 2001, que desarrolla conceptos claves como el dolo o la

culpa grave, estableciendo presunciones. La acción de repetición está definida en el artículo 2º de esta ley, en los siguientes términos:

"La acción de repetición es una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse contra el 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".

PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

Corte Constitucional en sentencia C-713 de 2008 declaró inexecutable el párrafo 4 artículo 2 del Decreto 1716 de 2009.

Consejo de Estado Sección Tercera.

Proceso No. 27001-23-31-000-2009-00198-01(37765) - marzo de 2010.

Conciliación prejudicial no es requisito de procedibilidad.

*Se hace necesario dejar claro el alcance del artículo 13 de la ley 1285 de 2009, norma en que se fundamentó el tribunal para rechazar la demanda de repetición. Es clara la norma en establecer, que la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86, y 87 del Código Contencioso Administrativo. Sin embargo, el **parágrafo 4 del artículo 2 del Decreto 1716 de 2009**, que reglamenta el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y del Capítulo V de la Ley 640 de 2001, **hizo extensivo el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial a la acción de repetición.***

*Resulta procedente, por tanto, destacar que el decreto reglamentario excedió sus facultades, al ampliar los efectos del artículo 13 de la ley 1285 de 2009, a la acción de repetición, toda vez que esta última enuncia inequívocamente las acciones a las que se les aplica este requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial y que en su orden son, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la de reparación directa y la de controversias contractuales, así como también **contrarió el parágrafo 1º del artículo 37 de la Ley 640 de 2001, que dispone expresamente que el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial no se aplica a la acción de repetición.***

En virtud de lo anterior, la Sala inaplicará el parágrafo 4 del artículo 2 del decreto reglamentario 1716 de 2009 por ilegalidad, para en su lugar, dar aplicación a lo

dispuesto en el párrafo 1° del artículo 37 de la ley 640 de 2001, en el artículo 13 de la ley 1285 de 2009 y en la sentencia C-713 de 2008 de la Corte Constitucional, que analizó la constitucionalidad del mismo.

... el artículo 13 de la ley 1285 es taxativo en la enumeración de las acciones a las que pretende aplicarse y el párrafo 1° del artículo 37 de la ley 640 de 2001, lo es al sostener que el requisito no tendrá aplicación en las acciones de repetición.

REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD PARA PODER ACUDIR ANTE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Toda persona natural o jurídica (pública o privada) que considere se le ha causado un daño antijurídico con ocasión de la expedición de un acto administrativo particular o de la ocurrencia de un hecho, una omisión o una operación administrativa o de la celebración, ejecución, terminación o liquidación de un contrato estatal, debe intentar, obligatoriamente, la celebración de un acuerdo conciliatorio de las controversias existentes con las entidades u organismos de derecho público o con el particular que ejerza funciones públicas, antes de presentar la respectiva demanda encaminada a obtener una pretensión económica.

SE CONSIDERA CUMPLIDO EL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD

Se entenderá cumplido cuando se efectúe la audiencia de conciliación sin que se logre el acuerdo o cuando vencido el 5. Ver artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, término previsto, es decir, 3 meses contados a partir de la presentación de la solicitud, la audiencia no se hubiere celebrado por cualquier causa; en este último evento, se podrá acudir directamente a la jurisdicción con la sola presentación de la solicitud de conciliación.

Con todo, podrá acudirse directamente a la jurisdicción cuando bajo la gravedad del juramento, que se entenderá prestado con la presentación de la demanda, se manifieste que se ignora el domicilio, el lugar de habitación y el lugar de trabajo del demandado, o que este se encuentra ausente y no se conoce su paradero.

LEY 1395 DE 2010

En materia de descongestión judicial, la Ley 1395 de 2010 introdujo en el párrafo tercero del artículo 52 la posibilidad de subsanar las solicitudes de conciliación en un término perentorio de cinco (5) días, al cabo de los cuales, si no se realiza, se entiende por no presentada la solicitud. Y en el artículo 114, por otra parte, se establece la invocación de los precedentes en materia de decisiones, al permitir que con la presentación de cinco de ellos por parte del convocante o demandante, sobre temas análogos, las entidades y los jueces deben tomar decisiones acordes, que impedirían que las conciliaciones no se den en sede administrativa con la frecuencia que hoy

ocurre, lo cual muestra un ánimo de no conciliación de parte de las entidades, como en la actualidad ocurre.

El requisito de procedibilidad relacionado con la conciliación extrajudicial, como presupuesto procesal que es, debe verificarse antes de la presentación de la respectiva demandada para el ejercicio de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del C.C.A., y, puesto que por disposición expresa de la Ley 1285, en sus artículos 13 y 28, y dado el carácter procesal de la norma respectiva, tal requisito entró a regir a partir de la respectiva promulgación, se tiene que respecto de las demandas instauradas con posterioridad al 22 de enero de 2009, dicho requisito resulta jurídicamente exigible, sin que el legislador haya previsto régimen de transición alguno para su aplicación.

La función fue asignada a las Procuradurías Judiciales Administrativas bajo la coordinación de la Procuraduría Delegada para la Conciliación, la cual bajo la disposición de la Ley 1367 de 2009, fue organizada dentro de la estructura de la Procuraduría General de la Nación y de las funciones correspondientes, de acuerdo con lo establecido en dicha norma y en las resoluciones 175 y 176 de 2010, con el siguiente marco: de referencia

- Propiciar ambientes de conciliación.
- Descongestión de los estrados judiciales.
- Dinamizar la toma de decisiones.
- Generar ahorros presupuestales.
- Propiciar Seguridad jurídica.
- Administración más eficaz.
- Generar una cultura de la conciliación.
- Velar por la eficacia de la Conciliación.

AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN

OBJETIVOS: En la presente Unidad, el lector tendrá claro quiénes pueden ser parte en la conciliación prejudicial voluntaria en materia administrativa, la forma en que intervienen, y las particularidades que se dan, cuando de las entidades públicas se trate.

Igualmente, reconocerá cada una de las etapas en que se desarrolla la audiencia de conciliación, para conseguir la finalidad de la misma, la cual se materializa en la consecución del acuerdo conciliatorio.

ASPECTOS GENERALES

OBJETO: Durante la audiencia de conciliación, se pretende que las partes, guiadas por el tercero neutral y calificado denominado conciliador, logren un acuerdo que ponga fin al conflicto que las convoca. Ésta se desarrolla en varias etapas, las cuales constituyen una efectiva

metodología que permite, en primer lugar, aclarar el conflicto y posteriormente proponer fórmulas de acuerdo a partir de las cuales se termine la audiencia, con el cumplimiento del objetivo planteado -acuerdo conciliatorio.

SUJETOS INTERVINIENTES

Además del conciliador, en la audiencia intervienen quienes tienen la capacidad de ser parte en el eventual proceso judicial que se pretende evitar a través de la conciliación; éstas pueden ser personas naturales o jurídicas, que lo harán a través de su representante legal. Las personas jurídicas, a su vez, pueden ser de derecho público o derecho privado.

Tratándose de la conciliación extrajudicial administrativa, por lo menos una de las partes siempre será una entidad estatal (persona jurídica de derecho público); y, eventualmente, cuando se trate de la acción de repetición, una de las partes será un servidor o ex servidor público.

Conforme con la Ley 1107 de 2006, que reformó el artículo 82 del CCA, se adoptó un criterio orgánico para la determinación de la cobertura de la jurisdicción contenciosa. De modo que todo conflicto donde esté involucrada una entidad pública, incluidas las sociedades de economía mixta, en las cuales el capital del Estado sea superior al 50%, será atribuible a la jurisdicción contenciosa, excepto el tema de la seguridad social en salud, donde se discute si la responsabilidad por este concepto se ventila ante la jurisdicción ordinaria o ante la contenciosa.

PRESENCIA DE ABOGADO

Durante la audiencia o audiencias en que se lleve a cabo la conciliación, las partes siempre deberán contar con la asistencia de apoderado (abogado titulado) tal como lo indica la Ley 640 de 2001, parágrafo 3, artículo 1; tanto las partes, como su apoderado, podrán intervenir y gestionar dentro del trámite conciliatorio.

Sin embargo, la materialización del acuerdo, es decir, la disposición del derecho como tal, estará a cargo de las partes (personas jurídicas a través de sus representantes), salvo que éstas dispongan conceder poder a su abogado con expresa facultad para conciliar, caso en el cual tales apoderados podrán disponer de los derechos.

COMITÉ DE CONCILIACIÓN

El artículo 75 de la Ley 446 de 1998 dispone que: “Las entidades y organismos de derecho público del orden nacional, departamental, distrital y de los municipios capital de departamento y los entes descentralizados de estos mismos niveles, deberán integrar un comité de conciliación, conformado por los funcionarios del nivel directivo que se designen y cumplirá las funciones que se le señalen...” “Las entidades de derecho público de los demás órdenes tendrán la misma facultad”.

Este artículo fue reglamentado por el Decreto 1214 de 2000, que a su vez fue modificado por el Decreto 2097 de 2002. En él se define al Comité de Conciliación como: “Una instancia administrativa que actúa como sede de estudio, análisis y formulación de políticas sobre prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la entidad. “Igualmente, decidirá en cada caso específico sobre la procedencia de la conciliación o cualquier otro medio alternativo de solución de conflictos, con sujeción estricta a las normas jurídicas sustantivas,

procedimentales y de control vigentes”.

El Comité de Conciliación estará conformado por el Jefe de los entes de que trata el artículo 75 de la Ley 446 o su delegado, el ordenador del gasto, o quien haga sus veces, 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, y dos (2) funcionarios de dirección o de confianza que se designen conforme a la estructura orgánica de cada ente. Dicho Comité tendrá como funciones principales, para el objeto de lo que aquí se estudia, fijar directrices institucionales para la aplicación de los mecanismos de arreglo directo, tales como la transacción y la conciliación; determinar la procedencia o improcedencia de la conciliación y señalar la posición institucional que fije los parámetros dentro de los cuales el representante legal o el apoderado actuará en las audiencias de conciliación.

Las decisiones adoptadas por el Comité de Conciliación serán de obligatorio cumplimiento por parte de los apoderados de cada entidad.

INTENTO DE CONCILIACIÓN COMO OBLIGATORIA PARA ALGUNAS ENTIDADES

Como se ha visto, es viable que el conflicto conciliable se presente entre entidades públicas. Con base en la Directiva Presidencial No. 02 del 28 de febrero de 2003, cuando quiera que el conflicto se presente entre las siguientes entidades:

Vicepresidencia de la República, Ministerios, Departamentos Administrativos, entidades centralizadas y descentralizadas del orden nacional, éstas deberán **acudir siempre** al procedimiento de conciliación extrajudicial en materia contencioso administrativa prevista en la Ley 23 de 1991, la Ley 446 de 1998 y la Ley 640 de 2001, antes de acudir a la vía procesal o al arbitraje.

En el evento de que no se logre un acuerdo, podrán someter su conflicto ante la jurisdicción contencioso administrativa o al arbitraje, previo concepto de la Dirección de Defensa Judicial del Ministerio del Interior y de Justicia.

ETAPAS DE LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN

ETAPA DE APERTURA: Al iniciarse la conciliación, debe lograrse ambientar y disponer todo lo necesario para que las partes logren un acuerdo. Esta es función del conciliador, quien es el encargado de informar a las partes sobre el trámite, sus efectos, duración, pero lo más importante, los beneficios de esta forma de justicia, los cuales -al quedar bien planteados- llevará a las partes a tener ánimo conciliatorio.

ETAPA DE IDENTIFICACIÓN DEL CONFLICTO: En ésta, las partes, guiadas por el conciliador, deberán delimitar en forma clara el conflicto que las convoca; éste será el objeto a resolver, y sobre él se construirán las posibles fórmulas conciliatorias.

ETAPA DE NEGOCIACIÓN: Durante ella, las partes propondrán las distintas fórmulas de acuerdo, atenderán las propuestas por el conciliador y, finalmente, intentarán buscar de común acuerdo una que resuelva el conflicto; dicha fórmula, al nacer de su voluntad, debe dejarlas satisfechas en cuanto a sus intereses se refiere. Las fórmulas propuestas, y la finalmente

adoptada, deben tener plena resolviendo conflictos diferentes; igual requisito debe cumplirse respecto de las pretensiones de la convocatoria, por lo que no puede solicitarse conciliación con unas pretensiones, y hacer propuestas de negociaciones que sustancialmente sean diferentes. Al igual que en el mundo comercial, cuando negocio tengo la intención de resolver algo, teniendo una utilidad. Ello, como se dijo, está limitado, ya que una de las partes es una entidad estatal.

ETAPA DE CIERRE: En la etapa de cierre deberá consolidarse el acuerdo parcial o total, redactando el acta de conciliación, en la que se incluirán todos y cada uno de los compromisos asumidos por las partes.

PROCEDIMIENTO CONCILIATORIO

ASPECTOS GENERALES: Cada uno los pasos, que constituyen el trámite conciliatorio, conforma el debido proceso que debe ser ritualmente respetado por los intervinientes, garantizando el derecho de audiencia y defensa.

REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD: Aunque la conciliación extrajudicial en derecho, como requisito de procedibilidad de las acciones contenciosas que se quieren precaver, no está actualmente operando en materia administrativa por falta del número mínimo de procuradores judiciales, haremos una síntesis de su régimen, a efectos de que el lector esté preparado, el día que entre a funcionar. Lo que está funcionando es la conciliación prejudicial voluntaria y la conciliación dentro del proceso (judicial).

La Ley 640 de 2001 tuvo como norte buscar que los administrados hicieran primero el intento de conciliar antes de acudir a la jurisdicción, con fines de descongestión judicial, pero, por sobre todo, buscando que las partes del eventual conflicto se avinieran a un arreglo conciliatorio, antes que a un pleito de imprevisibles consecuencias, con el natural desgaste de tiempo y dinero. Para lograr tales objetivos, la citada Ley estableció que era obligatorio intentar el trámite conciliatorio antes de acudir a la jurisdicción, así no se llegara a un arreglo. Sin embargo, en materia administrativa esta previsión no ha podido cumplirse, porque la propia Ley supeditó su funcionamiento a la existencia de cierto número de conciliadores, que no se ha podido alcanzar. En concreto, con lo regulado en el Decreto 2771 de 2001, corresponde al Ministro del Interior y de Justicia determinar, mediante acto administrativo, la entrada en vigencia de la conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad, en aquellos distritos judiciales en los que exista un número de conciliadores equivalente al dos por ciento (2%) del número de procesos para los cuales se exija el requisito de procedibilidad que, anualmente y por área de jurisdicción, ingresen a cada distrito judicial. Este tope no se ha alcanzado desde que la Ley 640 de 2001 entró en vigor.

Señalaremos a continuación las más importantes diferencias y similitudes entre los dos regímenes de conciliación:

En materia contenciosa, la conciliación extrajudicial en derecho es requisito de procedibilidad, cuando se pretenda ejercer las acciones de los artículos 86 y 87 del C.C.A. Sin embargo, ese requisito se encuentra suspendido, es decir, no se exige, como quiera que no se han cumplido las exigencias legales, por lo cual la conciliación prejudicial es voluntaria.

DIFERENCIAS Y SIMILITUDES DE LA CONCILIACIÓN CON OTROS MASC

“**LA TRANSACCIÓN:** es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual” (Código Civil, Art. 2469).

A diferencia de **LA CONCILIACIÓN**, se trata de un mecanismo auto compositivo, como quiera que las partes ponen fin al litigio, sin la intervención de tercero alguno.

El contrato de transacción es ley para las partes y debe cumplirse de buena fe, según el conocido principio “pacta sunt servanda”. El contrato que envuelve la decisión tiene efectos de cosa juzgada y presta mérito ejecutivo, siempre que se cumpla con las condiciones de existencia del título ejecutivo; es decir, tiene los mismos efectos del acta de conciliación refrendada judicialmente.

“**EL ARBITRAJE** es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral”. (Art. 111, Ley 446 de 1998).

Al igual que **LA CONCILIACIÓN**, este mecanismo es de los denominados heterocompositivos, ya que las partes en conflicto consideran pertinente la intervención de un tercero.

La diferencia radica en que, en **LA CONCILIACIÓN**, el tercero denominado conciliador dirige el proceso conciliatorio, pero son las partes las que toman la respectiva decisión que se materializa en el acta de conciliación; por su parte, en **EL ARBITRAJE** es el tercero -tribunal de arbitramento- el que toma la decisión, el que falla el caso concreto mediante el laudo arbitral; en uno y otro, la decisión tiene los mismos efectos jurídicos de cosa juzgada y mérito ejecutivo, siendo de obligatorio cumplimiento para las partes.

“Esta figura encuentra su definición en la Ley 446 de 1998, artículo 131, en los siguientes términos: “**LA AMIGABLE COMPOSICIÓN** es un mecanismo de solución de conflictos, por medio del cual dos o más particulares delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de precisar, con fuerza vinculante para ellas, el estado, las partes y la forma de cumplimiento de un negocio jurídico particular. El amigable componedor podrá ser singular o plural”.

Como se observa en la norma transcrita, un tercero que ha sido delegado por las partes del conflicto, denominado amigable componedor, toma la decisión con fuerza vinculante para ellas. Tal decisión, por expreso mandato de la norma, tiene los mismos efectos de la transacción: vincula a las partes, constituye cosa juzgada y presta mérito ejecutivo.

Es un procedimiento de carácter contractual, ya que las partes confieren al tercero un "mandato" en el que lo facultan para la solución de su controversia, y por ello no se considera, en estricto sentido, que cumpla una función jurisdiccional, como sí ocurre con el conciliador. Igualmente, en virtud de ese mandato, el amigable componedor físicamente es un tercero; empero, como actúa en representación de las partes, jurídicamente no lo es y, en consecuencia, este mecanismo es auto compositivo, a diferencia de la conciliación.

De otro lado, la elección del amigable componedor, y el trámite que debe darse, no tiene mayores formalidades y estará conformado por lo acordado entre las partes, las cuales tienen gran libertad de configuración, a diferencia de la conciliación, que tiene un procedimiento establecido previamente en la ley, del cual no es posible mayor disposición.

LA MEDIACIÓN es un mecanismo heterocompositivo, en el cual -al igual que en la conciliación- las partes resuelven directamente su conflicto, apoyados por un tercero denominado mediador, quien facilita la consecución de un acuerdo equitativo que satisfaga sus intereses.

La decisión o las propuestas del mediador no son obligatorias, es decir, que no vinculan en forma alguna a las partes. A diferencia de la conciliación, la mediación es un trámite informal y ampliamente flexible que se utiliza principalmente para resolver conflictos entre particulares.

En el derecho internacional público, la mediación es una figura muy próxima a los buenos oficios. Según lo plantea Hubert Thierry, entre las dos existe una diferencia de grado, ya que los mediadores están habilitados para proponer fórmulas de arreglo que no revisten carácter obligatorio para las partes, mientras que quienes ofrecen los buenos oficios apenas se limitan a provocar un acercamiento entre las partes en conflicto, poniendo fin al "corto circuito" existente.