

FERNANDO CARRILLO FLÓREZ

IVÁN DARÍO GÓMEZ LEE

MEDIAR PARA MÁS DERECHOS Y MENOS LITIGIOS + MASC Cuarta Edición

**Investigación en innovación mecanismos alternativos de
solución de conflictos Colombia y referentes globales - IA**

Marlen Estévez Sanz

Diana Remolina Botia

María Clara Jaramillo

Mauricio Villegas Echeverri

Aixa Sutachan Cáceres

Juan Carlos Quiñones

Claudia Peralta Orjuela

Danna Montoya Ramírez

Felipe Rosiasco Pirajan

Jorge Andrés Gómez

Juan Felipe Arias

Jaime Restrepo Carmona

Autores

Fernando Carrillo Flórez

Iván Darío Gómez Lee

Autores invitados

Juan Carlos Quiñones Guzmán

Aixa Sutachán Cáceres

María Clara Jaramillo

Mauricio Villegas Echeverri

Investigadores cuarta edición

Claudia Marcela Peralta Orjuela

Danna Valentina Montoya Ramírez

Felipe Andrés Rosiasco Pirajan

Jaime Restrepo Carmona

Jorge Andrés Gómez Avendaño

Juan Felipe Arias Rodríguez

Investigadores tercera edición

Danna Valentina Montoya Ramírez

Jorge Andrés Gómez Avendaño

Juan Felipe Arias Rodríguez

Julián Camilo García Peralta

Lizeth Dahiana Hernández Torres

Investigadores primera y segunda edición

Claudia Marcela Peralta Orjuela

Felipe Andrés Rosiasco Pirajan

Jorge Sebastián Castro Forero

Diseñadora de Imagen

Manuela Herrán Hidalgo

Diseño de portada

Natalia del Pilar Cerón Franco

Asistente de coordinación

Gina Maribel Alvarado Saldaña

ISBN:

Bogotá, D. C., Colombia, de 2024

© Fundación I-LEE, 2024

Cuarta edición

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	23
INTRODUCCIÓN	29

CAPÍTULO I

LA CONCILIACIÓN ADMINISTRATIVA: PROSPECTIVA Y PERSPECTIVA	33
--	----

INTRODUCCIÓN	33
---------------------------	----

PRIMERA SECCIÓN. LOS ANTECEDENTES DE LA CONCILIACIÓN ADMINISTRATIVA EN COLOMBIA	33
--	----

1.1 La cultura jurídica de occidente en el derecho romano.....	33
--	----

1.2 La génesis en Colombia.....	35
---------------------------------	----

SEGUNDA SECCIÓN. LOS DERROTEROS QUE MARCAN EL PRESENTE	36
---	----

2.1 La Carta Política de 1991: el reconocimiento en la Ley Fundamental	36
---	----

2.2 Ley 446 de 1998: un MASC y estatus al conciliador	38
---	----

2.3 Ley 640 de 2001: la conciliación como requisito de procedibilidad	38
---	----

2.4 Ley 1285 de 2009: una oportunidad de mejora para la autonomía de la conciliación	39
--	----

2.5 Decreto 1716 de 2009.....	39
-------------------------------	----

2.6 Ley 1551 de 2012: referente de aprobación en la Procuraduría	40
--	----

2.7 Ley 1367 de 2009	40
----------------------------	----

2.8 Ley 1437 de 2011 - CPACA y su reforma.....	41
--	----

2.9 La etapa de implementación.....	41
-------------------------------------	----

2.9.1 Sentencia de Unificación del 31 de julio de 2012.....	41
---	----

2.9.2 Decreto compilatorio 1069 de 2015.....	42
--	----

2.9.3 Sentencia de unificación en MASC del 11 de octubre de 2018.....	42
---	----

**TERCERA SECCIÓN. EL NUEVO ESTATUTO DE
CONCILIACIÓN ADMINISTRATIVA Y LA VISIÓN DE
FUTURO..... 43**

- 3.1 Ley 2220 de 2022 - El estatuto..... 43
- 3.2 Superando los limitantes presupuestales, administrativos y
estructurales 45
- 3.3 Debilidad en las estructuras de defensa judicial y profesionalización 46
- 3.4 Desconocimiento del precedente judicial 47
- 3.5 Conclusiones para nuevos lineamientos institucionales 47

CAPÍTULO II

**LA CARACTERIZACIÓN DE LOS MASC: MARCO NORMATIVO
Y LINEAMIENTOS..... 51**

PRIMERA SECCIÓN. LA CONCILIACIÓN ADMINISTRATIVA ... 51

- 1.1 Referentes normativos y jurisprudenciales de la conciliación
administrativa..... 51
- 1.2 Los orígenes de la conciliación..... 55
- 1.2.1 El nacimiento de la conciliación administrativa en 1825 55
- 1.2.2 La Constitución Política de 1991 56
- 1.2.3 Ley 270 de 1996: la base estatutaria para el desarrollo de la figura... 57
- 1.2.4 Ley 446 de 1998: un MASC y estatus al conciliador..... 58
- 1.2.5 Análisis comparado en asuntos laborales y la protección
constitucional en derechos ciertos e indiscutibles..... 59
- 1.2.6 Referencias a la conciliación civil..... 63
- 1.3 La primera década del siglo XXI hacia la transformación de la
conciliación administrativa..... 65
- 1.3.1 Ley 640 de 2001 como requisito de procedibilidad 65
- 1.3.2 Sentencia C-314 de 2002 afianza el requisito de procedibilidad 66

1.3.3 Sentencia C-893 de 2001 afianza la Procuraduría y limita los centros de conciliación privados.....	67
1.3.4 Ley 1285 de 2009: oportunidad de mejora para la autonomía de la conciliación en la ley estatutaria.....	67
1.3.5 Sentencia C-317 de 2008 confirma el requisito de procedibilidad....	68
1.4 Implementación de la conciliación con la Ley 1367 de 2009 y el CPACA.....	69
1.4.1 Ley 1367 de 2009.....	70
1.4.2 Ley 1437 de 2011 - CPACA.....	71
1.4.3 Reformas al CPACA con la Ley 2080 de 2021.....	73
1.4.4 Ley 1551 de 2012: referente de aprobación de la conciliación por la Procuraduría en forma directa.....	75
1.4.5 Sentencias C-533 de 2013 y C-830 de 2013 validan la conciliación sin mediar aprobación judicial.....	75
1.4.6 Sentencia de unificación del 31 de julio de 2012.....	77
1.4.7 Sentencia de unificación en MASC del 11 de octubre de 2018.....	77
1.4.8 Ley 1955 de 2019: Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022.....	78
1.4.9 Ley 2294 de 2023: Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026.....	82
1.5 El nuevo Estatuto de Conciliación en Colombia - Ley 2220 de 2022	84
1.5.1 Principios y reglas con seguridad jurídica.....	84
1.5.2 El procedimiento de la conciliación administrativa.....	85
1.5.3 Cambios sustanciales para los comités de conciliación.....	87
1.5.4 Creación del Sistema Nacional de Conciliación y del Consejo Nacional de Conciliación.....	88
1.5.5 La aprobación judicial, recursos y la inexecutable parcial para la Contraloría.....	89
1.5.6 La utilización de medios de prueba.....	92

1.5.7 La conciliación como requisito de procedibilidad o como oportunidad de libre disposición de las partes.....	93
1.5.8 Nuevas atribuciones en la Procuraduría General de la Nación para los procuradores	94
1.5.9 Preferencia de turno en el pago de las conciliaciones.....	95
1.5.10 Adopción del estatuto por parte de la Procuraduría General de la Nación	96
1.5.11 La Contraloría General de la República y sus competencias ante la conciliación	98
1.5.12 Aproximación a los criterios de impacto al patrimonio público...	102
1.6 Casos de conciliación administrativa en los que intervino la Procuraduría General de la Nación (2016 – 2021).....	103
1.6.1 Mesas de trabajo con el Ministerio de Defensa.....	105
1.6.2 MinEducación – Fiduprevisora. Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio	107
1.6.2.1 Adecuación jurídica de la reglamentación para el procedimiento administrativo de reconocimiento y pago de las cesantías al personal docente.....	107
1.6.2.2 Ajuste de la política institucional del Ministerio de Educación en conciliación y lineamientos estratégicos en el procedimiento conciliatorio para la promoción de acuerdos.....	108
1.6.2.3 Reforma legal del procedimiento administrativo de reconocimiento y pago de las cesantías a los docentes oficiales.....	109
SEGUNDA SECCIÓN. EL ARBITRAJE NACIONAL	112
2.1 Referentes normativos y jurisprudenciales del arbitraje	112
2.2 Reglas claves del arbitraje.....	114

2.3 Aspectos normativos y doctrinales sobre el arbitraje y el Ministerio Público.....	117
2.4 Las cuatro dimensiones de la intervención de un procurador.....	119
2.4.1 La defensa del orden jurídico.....	119
2.4.2 La defensa del patrimonio público.....	122
2.4.3 La defensa de los derechos y garantías fundamentales.....	127
2.4.4 El alcance de los conceptos del procurador.....	130
2.5 El recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales y la tutela.....	134
2.5.1 Análisis cuantitativo del recurso extraordinario de anulación y las referencias jurisprudenciales de esta investigación.....	134
2.5.2 Lineamientos esenciales jurisprudenciales en materia de arbitraje en la Corte Constitucional y en anulación de laudos en el Consejo de Estado.....	137
2.5.3 Tutela contra laudos arbitrales y contra sentencias que resuelven el recurso de anulación.....	138
2.6 Análisis por causales de anulación (artículo 41 de la Ley 1563 de 2012).....	145
2.6.1 Caducidad de la acción, falta de jurisdicción o de competencia.....	146
2.6.2 No constituirse el tribunal en forma legal.....	147
2.6.3 Negarse el decreto de una prueba pedida oportunamente o dejarse de practicar una decretada sin fundamento legal.....	148
2.6.4 Fallarse en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho.....	149
2.6.5 Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas ..	152
2.6.6 Recaer el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, conceder más de lo pedido o no decidir sobre cuestiones sujetas al arbitramento.....	154

2.7 Casos de arbitraje nacional en los que intervino la Procuraduría	
General de la Nación (2016 – 2021).....	155
2.7.1 Mesas de trabajo sector infraestructura	156
2.7.2 Mesas de trabajo sector transporte.....	156
2.7.3 Caso Gmovil S.A.S. vs. Transmilenio S.A.....	156
2.8 Referencia a fallos recientes sobre el recurso de anulación de Laudos	
Arbitrales en el Consejo de Estado	160
2.8.1 Límites al arbitraje en relación con el equilibrio económico del	
contrato	160
2.8.2 Alcance de los pronunciamientos en asuntos no pedidos	165
TERCERA SECCIÓN. LA TRANSACCIÓN.....	167
3.1 Referentes normativos y jurisprudenciales	167
3.2 Naturaleza consensual y vinculante para las partes: imposibilidad de	
desistir de manera unilateral	168
3.3 Transacción judicial y extrajudicial y sus diferencias.....	174
3.3.1 Críticas a la definición	175
3.3.2 Límites a la autonomía de la voluntad en la transacción.....	177
3.3.3 Competencias para la autorización de la transacción judicial por	
el gobierno y para declarar su procedencia	177
3.3.4 El alcance de la aprobación de los jueces o árbitros ante un contrato	
de transacción.....	180
CUARTA SECCIÓN. LA AMIGABLE COMPOSICIÓN.....	182
4.1 Referentes normativos y jurisprudenciales	182
4.2 El origen de la amigable composición	183
4.3 Noción y características de la amigable composición.....	184
4.4 Antecedentes normativos en Colombia.....	188
4.4.1 Ley 80 de 1993	188

4.4.2 Ley 446 de 1998	189
4.4.3 Ley 1563 de 2012, la amigable composición en el estatuto arbitral	190
4.4.3.1 Alcance y efectos	190
4.4.3.2 Procedimiento	192
4.4.4 Ley 1682 de 2013 para proyectos de infraestructura	194
4.5 Marco jurisprudencial de la amigable composición	195
4.5.1 Sentencia del 6 de febrero de 1998 del Consejo de Estado.....	195
4.5.2 Sentencia SU091 de 2000 de la Corte Constitucional.....	196
4.5.3 Sentencia T-017 de 2005 de la Corte Constitucional.....	198
4.5.4 Sentencia C-330 de 2012 de la Corte Constitucional.....	200
4.5.5 Sentencia de unificación 17001-23-33-000-2016-00440-01 del Consejo de Estado	201
4.5.6 Sentencia del 23 de septiembre de 2022 del Consejo de Estado	202
4.6 La impugnación de las decisiones de los amigables componedores.....	204
4.7 Riesgos	207
4.8 Las dimensiones de la intervención de la Procuraduría General de la Nación	209
QUINTA SECCIÓN. LA MEDIACIÓN	216
5.1 Referentes normativos y jurisprudenciales	216
5.2 La mediación como punto de partida para la solución de conflictos	216
5.2.1. Concepto y aplicabilidad en Colombia	216
5.2.2. Connotaciones y alcances	219
5.2.3 Origen y naturaleza.....	220
5.2.4 Utilidad	221
5.3 La mediación como mecanismo de solución insignia a nivel internacional.....	221
5.3.1 La Unión Europea	221
5.3.2 España	223

5.3.3 América Latina	224
5.3.4 La Convención de Singapur de 2018 aprobada por Colombia (Ley 2309 de 2023) de las Naciones Unidas sobre los acuerdos de transacción resultantes de la mediación.....	226
5.3.4.1 Introducción.....	226
5.3.4.2 Estructura y contenido.....	227
5.3.4.3 Análisis de los aspectos más relevantes	229
5.3.4.4 Conclusiones	230
5.3.5 La Mediación en Colombia sus fundamentos y los retos para su desarrollo empresarial.....	231
5.3.5.1 La Mediación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado para resolver conflictos entre entidades del orden nacional	231
5.3.5.2 La mediación en Compromiso Colombia Contraloría General de la República	232
5.3.5.3 Casos colombianos.....	233
5.4 La mediación en general, con acuerdos y los memorandos de entendimiento (MOU).....	244
5.4.1 La mediación y los acuerdos institucionales	244
5.4.2 El instrumento de los memorandos de entendimiento (MOU).....	246
SEXTA SECCIÓN. LOS <i>DISPUTE BOARDS</i> (DB): MESAS ASESORAS EN DISPUTAS -MAD (PANEL, JUNTA O CONSEJO DE EXPERTOS -PED)	247
6.1 Referentes normativos.....	247
6.1.1 La viabilidad jurídica de los DB como referentes de asesoría para la prevención.....	247
6.1.2 Noción, limitaciones al alcance de los DB y similitudes	249

6.2 Referencias comparadas a nivel global y aplicabilidad de algunas modalidades internacionales	251
6.2.1 Algunas experiencias a nivel mundial.....	251
6.2.2 Aplicabilidad especial en Colombia en virtud de la autonomía de la voluntad.....	253
6.3 Funcionamiento de los Dispute Boards	255
6.4 Dispute Boards y su aplicación en los regímenes de la contratación pública en Colombia.....	257
6.4.1 Régimen del Estatuto General de la Contratación Pública.....	257
6.4.1.1 Autonomía de la voluntad, derecho privado y buena administración como fuentes de la contratación pública.....	258
6.4.1.2 Principio legal de economía como fuente de los Dispute Boards en la contratación pública y en principios constitucionales superiores.....	260
6.4.1.3 Disposiciones normativas en materia de solución de controversias contractuales	261
6.4.2 Entidades públicas excluidas del Estatuto de la Contratación en la Ley 1150 de 2007	262
6.4.3 Régimen de particulares que administran recursos públicos	265
6.5 Medio de control de las cláusulas de Dispute Boards	268
6.6 Conclusiones para un futuro desarrollo.....	270

CAPÍTULO III

LA INTERDISCIPLINARIEDAD DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS	273
PRIMERA SECCIÓN. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y LA AUTOMATIZACIÓN DE PROCESOS COMO INNOVACIÓN TECNOLÓGICA PARA PREVENIR Y SOLUCIONAR DISPUTAS.....	273

1.1 El boom tecnológico y su uso interdisciplinario	273
1.2 Usos de la inteligencia artificial en el sector público.....	275
1.3 Inteligencia Artificial en la justicia	279
1.4 La inteligencia artificial, una herramienta al servicio del ser humano, del derecho y los MASC/CIMA	283
1.5 Evolución de la solución de conflictos	285
1.6 Uso general de la inteligencia artificial en la resolución de conflictos...	286
1.7 Predictibilidad de los conflictos	288
1.8 Protección de la información en resolución de conflictos con IA	289
1.9 Certeza jurídica en la resolución de conflictos con IA	289
SEGUNDA SECCIÓN. COACHING Y MODELOS MUNDIALES	
DE NEGOCIACIÓN.....	291
2.1 Introducción: El conflicto.....	291
2.2 Coaching y negociación.....	292
2.3 Consultoría en gestión de conflictos y construcción de consensos.....	294
2.4 Sistemas de Gestión de Conflictos	295
2.5 Tres modelos para identificar competencias y potenciar capacidades de negociación	305
2.5.1 El Análisis transaccional	305
2.5.2 Leadership Circle Profile™ (LCP)	308
2.5.3 El Instrumento Thomas Kilmann de Modos de Conflicto (TKI).....	311
2.5.4 Estilos de Negociación.....	312
2.5.5 Conclusiones.....	313
TERCERA SECCIÓN. GESTIÓN DEL RIESGO EN PROYECTOS	
DE INFRAESTRUCTURA CON PARTICIPACIÓN PRIVADA:	
PREVENCIÓN DEL LITIGIO	315

3.1 Del manejo del riesgo previsible en los proyectos de infraestructura con participación privada.....	315
3.2 Diferencia entre riesgo y obligación compensatoria	319
3.3 Principio de asignación eficiente del riesgo previsible.....	321
3.4 Identificación, alcance y materialización de riesgos en contratos APP de cuarta y quinta generación (4G-5G).....	326
3.4.1 Riesgo de diseño y construcción.....	326
3.4.2 Riesgos financieros	328
3.4.3 Riesgo comercial	330
3.4.4 Riesgo de costos de mantenimiento y operación	331
CONCLUSIÓN FINAL.....	335

ANEXO NORMATIVO

(VIRTUAL EN CENTRO DE DOCUMENTACIÓN CIMA)

1. **Constitución Política de 1991**
2. **Ley 2309 de 2023** "Por medio de la cual se aprueba la Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales resultantes de la mediación"
3. **Ley 2220 de 2022** “**Por medio de la cual se expide el Estatuto de Conciliación y se dictan otras disposiciones**”
4. **Decreto 1069 de 2015**
5. **Ley 1563 de 2012** "Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones"
6. **Ley 1564 de 2012** "Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones"
7. **Ley 1551 de 2012** "Por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios"
8. **Ley 1437 de 2011** "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo"
9. **Ley 1395 de 2010** "Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial"
10. **Ley 1367 de 2009** "Por la cual se adicionan unas funciones al Procurador General de la Nación, sus Delegados y se dictan otras disposiciones"
11. **Ley 1285 de 2009** "Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia"
12. **Decreto 1716 de 2009:** "Por el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y del Capítulo V de la Ley 640 de 2001"
13. **Decreto-Ley 262 de 2000:** "Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos"

14. **Decreto 1818 de 1998:** "Por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos"
15. **Ley 270 de 1996** "Estatutaria de la Administración de Justicia"
16. **Resolución 035 de 2023** de la Procuraduría General de la Nación
17. **Resolución 059 de 2023** de la Contraloría General de la República
18. **Circular externa No. 01 de 2022** de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado
19. **Directiva 005 de 2020**
20. **Directiva 028 de 2020**
21. **Directiva 020 de 2019**
22. **Directiva 022 de 2018**

PRÓLOGO

Los proyectos de vida de Fernando Carrillo Flórez e Iván Darío Gómez Lee se unen, el del primero fue transformar la Constitución de 1886 y darle al país una nueva Carta Política en 1991, en medio de un gran consenso donde el pueblo colombiano logró la unidad nacional, se dedica desde entonces a edificar democráticamente la institucionalidad, en lo público y en lo privado. El del segundo, siempre ha buscado innovar y transformar las instituciones del Estado para un derecho justo, navega desde los 90 en los puertos del derecho público y desde el 2006 en los enfoques de la seguridad jurídica con su tesis doctoral.

En 2016, Fernando como Procurador General de la Nación e Iván Darío como Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa, decidimos trabajar por un Estado donde se prefiere la búsqueda de acuerdos para negociar, mediar, conciliar y, en la medida de lo posible, no demandar. Ese paradigma tuvo un efecto renovador en muchos colegas, empresas y ciudadanos, se dieron múltiples logros, algunos de los cuales se documentan en esta obra. Con esas experiencias mantendremos en un futuro el derrotero de la mediación en lo público y en lo privado como proyecto de vida en el largo plazo.

La mediación y los acuerdos son océanos por navegar, este libro es un barco académico que ha contado con una tripulación de amplios conocimientos en la línea de investigación 'Más derechos menos litigios'. Hoy, el mástil mayor de la embarcación es el referente de la negociación debidamente asistida. Desde allí se visualiza la tendencia internacional de un derecho global y renovado que busca nuevas rutas para alcanzar mecanismos de solución de conflictos que eviten que todos los conflictos se dilaten, se judicialicen, y a veces, se frustren.

La identidad de la línea de investigación nace de la concepción de innovar con legal design y estabilidad jurídica, hoy la apoya la fundación I-LEE. El 2024 es un año hito por distintas razones: por este libro, por concebir un Centro Internacional de Mediación y Acuerdos, CIMA, por un congreso internacional de esa materia en octubre en Bogotá D.C., así como, por las alianzas internacionales que se han logrado para implementar espacios de orientación y formación, con herramientas de inteligencia artificial y referentes de seguridad jurídica para la predictibilidad de los conflictos; actividades éstas que ya venimos emprendiendo desde la línea de investigación Inteligencia Artificial (IA) y MASC del Semillero de Derecho e IA de la Universidad de los Andes que lideramos con el colega Antonio Barreto Roza. Es una gran convergencia de casas de estudios colombianas con la Universidad Javeriana y la Universidad Externado de Colombia, entre otras.

Para alcanzar estos importantes destinos, en esta obra, **MEDIAR PARA MÁS DERECHOS Y MENOS LITIGIOS**, se unen distintos académicos y líderes de reconocidas entidades e instituciones. Todos ellos buscan incentivar la mediación y los acuerdos como los principales medios de arreglo. Por ese amplio respaldo continuamos este proyecto con optimismo al evidenciar en esta publicación colectiva el gran aporte que las herramientas de solución de conflictos pueden brindar a la sociedad, y que, con seguridad, tendrán siempre como referente en sus acciones la sostenibilidad del planeta y la convivencia pacífica.

Al prologar esta obra se destaca un equipo interdisciplinario que durante años se ha cultivado, cuya impronta es la excelencia, la planeación de sus actividades, el respeto de las opiniones y el diálogo constante que ha permitido hacer disertaciones y exponer diferencias de criterio, siempre en el marco del respeto y la tolerancia. Son ocho investigadores vinculados a la línea que han enriquecido este trabajo con valiosos aportes en cuatro ediciones. Para este último número se trata de Claudia Marcela Peralta Orjuela, Danna Valentina Montoya Ramírez, Felipe Andrés Rossiasco Pirajan, Jorge Andrés Gómez Avendaño, Juan Felipe Arias Rodríguez, y Jaime Restrepo Carmona.

Así mismo, en 5 años de trayectoria de la obra, la misma se ha nutrido por enriquecedoras concepciones, juiciosos y valiosos aportes en presentaciones, introducciones, prólogos y conceptos de estas publicaciones de Hernando Herrera Mercado, Mauricio González Cuervo, Juan Martín Caicedo Ferrer, Juan Carlos Quiñones Guzmán, Margarita Cabello Blanco, María Angélica Munar, Gustavo Piedrahita y Martha Lucía Zamora Ávila. Adicionalmente, nos complace y honra anunciar que en esta nueva edición se suma la participación de Marlen Estévez Sanz desde España, Diana Remolina Botía, Carlos Hernán Rodríguez, Juan Carlos Quiñones Guzmán, Aixa Sutachán Cáceres, María Clara Jaramillo, Mauricio Villegas Echeverri y María Consuelo Araújo Castro. Es un cuadro de honor frente al cual, sin lugar a dudas no tenemos palabras para agradecer por la confianza que han puesto en nosotros para alinearse en este proyecto.

Ante todo, este trabajo resalta la Constitución de 1991 que es el alma de la convivencia entre los colombianos. Un oasis de solidaridad en un Estado que, para ser democrático, tiene un deber activo para materializar el cumplimiento de los fines sociales, los MASC aseguran que el orden jurídico sea justo. Colombia viene experimentando una transformación cultural y social pacífica hacia estos mecanismos, especialmente en cuanto a la mediación y los acuerdos para resolver controversias. Todo ello ha surgido entonces como una respuesta ciudadana ante la violencia, la inseguridad jurídica y la congestión judicial.

Estas transformaciones iniciaron con la Carta de 1991 primero en su artículo 2 que plasma el derecho a participar en todas las decisiones que le conciernen a la persona humana, luego en el artículo 116 al promover la participación de particulares como autoridades transitorias en temas de arbitraje y conciliación, y se han ido fortaleciendo a lo largo de los años con la implementación de nuevos mecanismos de solución de conflictos y la generación de una “cultura del acuerdo”. El objetivo de este libro es evidenciar con detalle este cambio y promoverlo con innovación.

La Constitución Política de 1991 también impulsó el desarrollo de la actividad empresarial como pilar fundamental del desarrollo del Estado. Con ese propósito configuró un marco de protección de la propiedad y de los derechos adquiridos con justo título en el artículo 58. Con ese mismo fin, en el artículo 333 promovió la libertad de empresa y le dio carácter de derechos fundamentales a ciertas garantías esenciales para desarrollar actividades lícitas de venta de bienes y servicios, en un marco de seguridad jurídica. Además, en el artículo 78 sentó las bases para el derecho del consumidor en el mercado. Importa destacar este enfoque constitucional por las competencias de los jueces o de los particulares que intervienen en la solución de conflictos en forma autocompositiva o heterocompositiva, toda vez que los MASC en Colombia deben preservar estos postulados fundamentales de la Constitución y las autoridades también deben hacerlo como una garantía del acceso a la justicia en forma previa a un litigio o antes de escalarlo a la judicialización como última ratio.

Esta obra es metódica en su estudio, así se promueve la participación de las entidades públicas, de los empresarios y de los ciudadanos como actores principales en la solución de sus litigios y diferencias a través de los MASC. Va más allá de empoderar a los particulares como autoridades judiciales transitorias en el arbitraje y la conciliación, porque, como práctica social voluntaria, no se puede limitar a dos mecanismos alternativos. Una adecuada implementación de los MASC requiere un importante empleo de esfuerzos en materia de transacción, amigable composición, mediación y dispute boards o juntas asesoras de expertos. Destacamos las fuentes constitucionales en todos estos instrumentos que permiten en Colombia hacer un uso razonable, ponderado y transparente de los mismos.

Son las bases empíricas de un cambio cultural, y el reto es sobrepasar con credibilidad y probidad las fronteras de las instituciones formales previstas en la ley. Por ello, la serie de disposiciones legales y jurisprudencias que se han expedido y proferido en el país para este tipo de normas de fomento de los MASC, son ante todo un gran empoderamiento desde la participación ciudadana e institucional. Asunto que se investigó en detalle.

En esas dimensiones, destacamos los aportes de María Clara Jaramillo y Mauricio Villegas Echeverri, quienes dan brillo a nuestra investigación con un profundo análisis de aplicación práctica, los modelos y los métodos de negociación, haciendo de un complejo asunto, algo profundo y sencillo para líderes. Igualmente, mencionamos la relevante participación de otros autores invitados como Juan Carlos Quiñones y Aixa Sutachán Cáceres en un ítem neurálgico para el sector de la de infraestructura, los riesgos, esta sección cumple con ese tema un objetivo preventivo de litigios que es clave. Destacamos también un nuevo miembro, Jaime Restrepo Carmona, quien, desde su liderazgo en Rotorr y otras organizaciones universitarias, reafirma su vocación de académico y como investigador realiza aportes fundamentales desde la interdisciplinariedad en la prospectiva de las tecnologías con Inteligencia Artificial.

CIMA

La línea de investigación arriba referida nos inspiró para emprender un nuevo viaje: desarrollar el Centro Internacional de Mediación y Acuerdos -CIMA-. Este es un punto de encuentro entre lo local, nacional y global, desde lo público y privado. Cumplirá sus propósitos desde Colombia y España inicialmente, y luego desde otros países —para este semestre ya estamos avanzando en Chile y Perú—. Vamos a promover espacios y actividades de resolución de conflictos enfocados en las necesidades propias de los diversos tipos de controversias. CIMA se propone, a su vez, apoyar y fortalecer centros de arbitraje, conciliación y mediación existentes.

Es una organización que se constituye por los autores de este libro desde Colombia con un objetivo global de integración, crear un Centro Internacional de Mediación y Acuerdos el cual promoverá la transformación cultural de las relaciones humanas y de la justicia. Convocará a expertos y académicos que sean probos, amigos de la negociación y del dialogo, con deseos de profundizar sus habilidades de concertación para el bien común. Con ese ADN, el Centro tiene como propósito central promover el tráfico de negocios jurídicos marcado por la celeridad, la efectividad y la ética, con acciones especializadas que superen la complejidad y que promuevan competencias y tecnologías para el dinamismo de las instituciones.

En ese sentido, dentro de los objetivos de desarrollo sostenible de la Organización de las Naciones Unidas, para CIMA promover la mediación es una responsabilidad social de todos para alcanzar acuerdos justos, sostenibles y con enfoques diferenciales, que permitan fortalecer la confianza ciudadana ante los escenarios de polarización, extremismo y desigualdad que afectan nuestras

democracias. La organización CIMA integrará a personas, empresas e instituciones de un mundo que avanza en consolidar mecanismos diferentes de resolución de disputas legales con seguridad jurídica y en la consolidación de mecanismos como los previstos en la Convención de Singapur, que se analiza en una sección.

EL DERECHO GLOBAL

En el pasado mes de julio se dio a conocer un capítulo que trabajamos los autores de este libro para la obra *De la Cultura del Litigio a la Cultura del Acuerdo*. La publicación ibérica, la lideró Marlene Estévez Sanz, ésta reconocida jurista visita Colombia para acompañar este proceso transformador de nivel internacional. En este libro colombiano, con la venia de la editorial española, en una breve reseña esquemática en la Sección de Acuerdos se presentan factores comunes sobre los cuales pueden inferirse aportes metodológicos e institucionales desde España referidos en aquella obra.

Teniendo como base la investigación que nutre nuestra obra queremos también presentar una síntesis de la tesis central que sustentamos en aquel libro español: Colombia como un país de acuerdos y mediación en lo público y en lo empresarial, que concluye que los acuerdos han sido mecanismos fundamentales para avanzar en propósitos que son esenciales para el progreso y bienestar de la sociedad y sus instituciones. La cultura del dialogo y la búsqueda de consensos ha sido un método exitoso para llegar a los grandes acuerdos nacionales. La realidad colombiana ha estado inmersa en conflictos económicos, sociales y políticos. En los últimos 60 años la historia ha dado un giro con el desarrollo de grandes acuerdos que han sido efectivos y que han abarcado materias de alta complejidad. La gravedad de la crisis nacional ha cerrado brechas que distancian a los actores, y algunas de las características que se destacan como aprendizajes de gran importancia de estos consensos tienen que ver con la búsqueda de un propósito común entre las partes; la importancia de escuchar a la otra parte y utilizar el diálogo y la escucha y la cooperación como mecanismos para abordar aquellas visiones opuestas a las propias; la necesidad de incorporar a todos los sujetos del conflicto para un acuerdo integral y duradero; y, por último, el apoyo que mediadores imparciales brindan a procesos complejos y diversos.

Con otras referencias globales complementamos esta obra nacional con fuentes de otros países para salir del antropocentrismo colombiano. Y, para promover esa nueva visión, sea el momento de informar nuestras primeras alianzas internacionales: en julio se hizo una visita a Lima a la Universidad Católica del Perú. En octubre participaremos en Santiago en la Cumbre Mundial de Mediación Empresarial desde la Pontificia Universidad Católica de Chile. Es el

inicio de las nuevas rutas que, desde CIMA, con la línea de investigación y las Universidades Andes, Javeriana y Externado de Colombia, vamos a emprender como objetivo global superior. En ese mismo mes de octubre realizaremos el Congreso Internacional para la Mediación y los Acuerdos con las universidades nacionales ya mencionadas. Nuestro país espera ser la sede de la nueva cumbre mundial el próximo año.

22

Prólogo

En síntesis, con este conjunto de aportes y concepciones el poder del ciudadano, el del empresario y el del funcionario público, tienen con este trabajo de investigación espacios suficientes para impulsar o negociar acuerdos que defiendan los derechos. Todos alineados en una gran transformación de la justicia para las personas y no para los aparatos burocráticos. Si el país se limita a lo formal y no está abierto a trascender en la cultura y el comportamiento, poco o nada incidirán las normas y las entidades en ese cambio que pretende dejar atrás la controversia judicial como mecanismo único para resolver disputas. La seguridad jurídica para la mediación y los acuerdos es la nueva ruta de nuestro país y debemos creerles a esos mecanismos.

Los autores,

Fernando Carrillo Flórez

Iván Darío Gómez Lee

Bogotá, D.C., agosto de 2024

PRESENTACIÓN

Desde siempre, la prosperidad de las naciones ha estado fuertemente vinculada con el intercambio de bienes y servicios. Su fuerza transformadora radica en la capacidad para evolucionar y adaptarse a las nuevas realidades y necesidades provocadas por revoluciones sociales, económicas y tecnológicas.

El derecho, como herramienta de diseño social, debe proteger esta dinámica. Su misión es garantizar el funcionamiento óptimo del mercado y, a la vez, permitir su desarrollo progresivo en una realidad cambiante. Este objetivo, lo cumple en la medida en que entrega a los actores del comercio una regulación estable que les de seguridad respecto del escenario en el que emprenden, invierten, producen, transaccionan y compiten.

Durante siglos, la alianza entre el comercio y el derecho ha conseguido, con relativo éxito, traer prosperidad, inclusión y libertad. En efecto, de forma general, las economías han crecido, los actores del comercio se han multiplicado (en número y especie), se han reducido las barreras de entrada y consumo y se ha consolidado la autonomía de la voluntad como principio rector del comercio, generando innumerables modalidades contractuales cada vez más complejas.

Más allá del innegable desarrollo, esto es un proceso inacabado. Siempre habrá lugar para el progreso en un mundo cambiante y globalizado. Como muestra de aquello, a continuación, nos detendremos en unos años plagados de sucesos históricos para el comercio en su relación con los métodos alternativos de solución de conflictos.

Hace unos años, durante el transcurso de la segunda guerra mundial, los líderes de las dos mayores potencias aliadas, Franklin Roosevelt (Presidente de los Estados Unidos) y Winston Churchill (Primer Ministro de Inglaterra) suscribieron un mensaje para el mundo conocido como la *Carta del Atlántico* (1941). En ella, expresaron su “esperanza” de “extender a todos los Estados [...], la posibilidad de acceso en condiciones de igualdad al comercio y a las materias primas mundiales que son necesarias para su prosperidad económica”.

Al cierre de la guerra, el mundo enfrentó un escenario de profunda incertidumbre económica producto de la desconfianza entre los actores del comercio internacional y la recesión de varios países. Como remedio a esta situación, la comunidad internacional identificó la necesidad de fortalecer el sistema de relaciones comerciales transfronterizas y restaurar las economías afectadas por la guerra. Este objetivo, lo consiguió generando una estructura

financiera y política de alcance global, a través de la creación y fortalecimiento de instituciones como el Banco Mundial (1944), el Fondo Monetario Internacional (1945), la Organización de las Naciones Unidas (1945) y la Cámara de Comercio Internacional.

La restauración de la economía mundial provocó el crecimiento exponencial del comercio internacional. Sin embargo, su desarrollo acelerado contrastaba con la ineficacia del método usualmente utilizado para resolver disputas en grandes transacciones: el arbitraje internacional. Si bien la mayoría de los laudos se cumplían de forma voluntaria, aquellos que debían reclamarse judicialmente enfrentaban grandes dificultades en su ejecución, debido a la ausencia de una legislación estandarizada y las exigencias particulares de cada ley nacional. Es decir, el arbitraje internacional no brindaba la seguridad jurídica que se esperaba.

Con el afán de resolver este problema, en 1954, la Cámara de Comercio Internacional envió a la Organización de las Naciones Unidas un borrador de convención para regular la ejecución de laudos arbitrales internacionales. El proyecto buscaba erradicar la inseguridad jurídica del mundo de los negocios con la estandarización de la ejecución de laudos a nivel global. Su importancia produjo un amplio y largo debate al interior de la Organización de las Naciones Unidas y en la academia. Finalmente, el 10 de junio de 1958, en Nueva York, fue aprobada la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. Lo que hoy se conoce como Convención de Nueva York.

La Convención de Nueva York es un hito histórico para el arbitraje y para los métodos alternativos de solución de conflictos en general, al menos, por dos razones:

- i. Aumentó la seguridad jurídica y el nivel de confianza en el arbitraje: Este instrumento otorgó fuerza ejecutiva a los laudos extranjeros, creando la exigencia de su reconocimiento, salvo la concurrencia de causales tasadas muy específicas cuya verificación y control corresponde a los jueces nacionales.
- ii. Demostró la importancia de la cooperación jurídica internacional: A la fecha de redacción de este artículo, la Convención de Nueva York ha sido ratificada por 172 países. Su éxito para generar confianza en el arbitraje, no podría entenderse sin su aplicación global, producto del compromiso y obligación común de los Estados de contribuir con el desarrollo del comercio y del mercado.

Ahora bien, el arbitraje es un método hetero compositivo y adversarial de solución de controversias. Las partes, desde una perspectiva de conflicto, presentan sus pretensiones ante un tercero imparcial que, usualmente desde el Derecho, adopta una decisión firme y vinculante.

Esta dinámica no necesariamente es adecuada para la mayoría de conflictos, no solo porque comúnmente implica la ruptura de la relación entre las partes, sino por sus características intrínsecas: costes altos, tiempo de resolución relativamente amplio, incapacidad de controlar el resultado, entre otras.

En ese orden de ideas, en los últimos años, la necesidad de los actores del comercio de proteger sus intereses, ha generado que opten o, al menos, acudan de forma preferente (cláusulas escalonadas) a otros métodos de solución de controversias: los autocompositivos, abanderados por la mediación.

Este método de resolución de controversias se caracteriza por no ser adversarial: las partes se reúnen voluntariamente a concertar, acompañadas por un tercero que guía el debate hacia el encuentro y el acuerdo. Más allá de que, como regla general, los tiempos y costes son bajos, la mayor virtud de la mediación radica en su enfoque macro en los intereses reales de las partes, que podrían ser extraños a la transacción específica, al interés económico subyacente o al derecho aplicable¹. Por las ventajas descritas, hoy en día es usual que los contratos comerciales internacionales incluyan cláusulas escalonadas que contemplan la mediación como un paso previo y necesario para acceder al arbitraje (o a la vía judicial, en algunos casos).

Bajo esta premisa, la Organización de las Naciones Unidas identificó la necesidad de que los acuerdos de transacción internacionales resultantes de la mediación tengan la misma fuerza ejecutiva que los laudos extranjeros. En ese sentido, se trabajó un proyecto de convención que fuese para la mediación, lo que la Convención de Nueva York es para el arbitraje. Como resultado, el 20 de diciembre de 2018, fue aprobada la Convención sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales resultantes de la Mediación, cuya ceremonia de firma se llevó a cabo en Singapur.

La Convención de Singapur fue firmada por 57 países, bastantes más que los 24 que firmaron la Convención de Nueva York inicialmente. Sin embargo, hasta la

¹ Como ejemplos: (i) las partes podrían tener un mayor interés en mantener su relación, por razones comerciales o personales, que en los resultados de una transacción o un contrato específico; o, (ii) podrían considerar que la solución al conflicto dista de la rigidez que impone la aplicación del derecho y optar por equilibrar las prestaciones que les corresponden en función de lo que consideran justo.

fecha de redacción de este artículo, solo ha sido ratificada por 13 de ellos más la adhesión de Japón.

Por lo anterior, se puede decir que los gobiernos no han tomado consciencia sobre la importancia de la mediación como método alternativo de solución de conflictos. No obstante, al igual que ocurrió con la Convención de Nueva York, eventualmente se verán obligados a hacerlo por exigencia del mercado, la globalización y el comercio.

26

Presentación

Si bien hasta el momento nos hemos centrado en abordar los ejemplos del arbitraje y la mediación como abanderados de los métodos hetero compositivos y auto compositivos, respectivamente, la realidad es que hoy en día, existen muchas otras modalidades, incluso mixtas, de métodos alternativos de solución de conflictos que se han desarrollado por su adaptación a modalidades contractuales cada vez más complejas o por la conveniencia de su estructura en función del conflicto a resolver. Entre otras, tenemos:

La amigable composición. Este es un método donde el amigable componedor actúa como mandatario de las partes y decide, con base en la equidad, respecto de una controversia contractual de libre disposición. Su decisión es vinculante para las partes y produce los efectos legales propios de la transacción. Esta no es una figura excesivamente reglada por lo que existe amplia autonomía para el diseño del procedimiento.

La transacción. Es un contrato suscrito por las partes que termina una controversia existente o evita una que pueda producirse. Su esencia radica en la renuncia recíproca de sus aspiraciones, con el fin de obtener certeza respecto de la relación jurídica que provocó el conflicto.

Los Dispute Boards. En este método, las partes confieren a una junta asesora conformada por profesionales expertos en los aspectos técnicos del contrato, la posibilidad de decidir, con efectos vinculantes o no según se haya acordado, sobre las disputas que puedan surgir en relación con la contratación. Son comúnmente utilizados en contratos de infraestructura, obras y servicios públicos.

La Conciliación Administrativa. Es un método alternativo de solución de controversias que utiliza la Administración Pública para resolver sus conflictos con los particulares. Al igual que en la mediación, solo se alcanzará una resolución a través del acuerdo si ambas partes tienen la voluntad de hacerlo.

Todos estos métodos tienen en común su distanciamiento del litigio y están orientados a la adopción de una decisión razonable en función de los intereses involucrados y la naturaleza de las obligaciones que estudian y resuelven.

Es alentador ver que la legislación colombiana está a la vanguardia en la regulación de los métodos alternativos de solución de conflictos. Sin duda, este es un factor crucial para potenciar el comercio y atraer inversión. Una regulación transparente y eficiente, adaptable a las necesidades de los actores del comercio, es trascendental para impulsar el crecimiento, trayendo consigo prosperidad, inclusión y libertad.

Marlen Estévez Sanz

Abogada, Presidenta del Centro de Mediación de la Cámara de Comercio de Madrid

Socia de RocaJunyent

Presidenta y fundadora de Women in a Legal World

INTRODUCCIÓN

Diana Alexandra Remolina Botía
Presidenta Consejo Superior de la Judicatura

A lo largo de la cuarta edición de este tratado sobre los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos en Colombia, se ofrece al lector una investigación y análisis profundos sobre las diversas formas extrajudiciales disponibles para que las personas y el Estado resuelvan sus conflictos, más allá de recurrir al Sistema de Administración de Justicia estatal.

Esta obra apuesta por privilegiar y fortalecer la cultura del diálogo, la escucha, el valor de la palabra y la capacidad de alcanzar acuerdos de manera libre y ajustada a las necesidades individuales, antes de acudir a un tercero que decida nuestras controversias. A través de un conocimiento integral de cada mecanismo, tanto sociocultural como jurídico, esta publicación proporciona una guía completa.

En el marco de la Constitución Política de 1991 y nuestro Estado democrático y social de derecho, bajo la línea de investigación “más derechos y menos litigios”, esta obra nos invita a avanzar hacia la paz y una mejor convivencia en Colombia mediante el uso sistemático y seguro de los mecanismos alternativos de solución de controversias.

Los autores e investigadores no solo compilan y explican de manera amplia y clara mecanismos como la conciliación, especialmente la conciliación administrativa, el arbitraje, la transacción, la amigable composición, la mediación y las mesas asesoras de disputas (MAD). Partiendo de su origen, evolución normativa y jurisprudencial, y perspectiva internacional, se adentran en su procedimiento de aplicación, riesgos, dificultades y propuestas de solución. Además, nos inspiran a trabajar en el cambio cultural necesario para fortalecer su implementación y nos muestran las ventajas de resolver nuestros propios conflictos.

La reciente promulgación del Estatuto de la Conciliación, Ley 2220 de 2022, destaca la creciente relevancia de la conciliación administrativa en Colombia. Este estatuto refuerza el papel del Ministerio Público como garante de la

protección del patrimonio público, bajo la supervisión de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y la intervención del juez competente.

Desde la creación de la conciliación administrativa con el Estado mediante la Ley 23 de 1991 hasta la expedición del Estatuto de la Conciliación en 2022, Colombia ha avanzado significativamente en la regulación y desarrollo de sistemas de solución extrajudicial de conflictos, posicionándose como líder continental en este ámbito.

30

Introducción

El arbitraje con el Estado para resolver controversias contractuales también ha progresado notablemente con el Estatuto Arbitral, Ley 1563 de 2012. Este avance contrasta con el limitado desarrollo del arbitraje estatal establecido por la Ley 4ª de 1964, que solo permitía resolver conflictos entre entidades públicas nacionales o entre estas y particulares en contratos de obra pública. Actualmente, todas las entidades públicas pueden recurrir al arbitraje para resolver disputas en una amplia gama de contratos estatales que incluyan el pacto arbitral.

Además, el mecanismo de amigable composición ha ganado terreno en la resolución de controversias entre particulares y entidades públicas, o entre entidades públicas. Aunque es un mecanismo de naturaleza contractual, como ha señalado la jurisprudencia constitucional, tiene la capacidad de resolver de manera definitiva las controversias que surjan.

Por último, en cuanto a la mediación, en los últimos años se ha introducido este mecanismo como una alternativa distinta al desarrollo de la conciliación extrajudicial. Los avances y reglamentaciones recientes expedidas por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado han buscado implementar la mediación para resolver controversias entre entidades públicas del orden nacional. Sin embargo, aún queda mucho por hacer para que la mediación se convierta, desde un desarrollo legislativo, en un mecanismo autónomo y transversal para la resolución de controversias de naturaleza civil, mercantil o laboral.

En fin, esta publicación también nos invita a reflexionar sobre la relación entre los mecanismos alternativos de solución de conflictos y la administración de justicia, destacando cómo estos métodos pueden complementar y aliviar la

carga del sistema judicial tradicional, promoviendo una justicia más accesible y adaptada a las necesidades de la sociedad.

Los mecanismos alternativos de solución de conflictos tienen el potencial de contribuir significativamente al Sistema de Administración de Justicia del Estado, garantizando el derecho fundamental de acceso a la justicia. Estos mecanismos no solo complementan la administración de justicia, sino que, al ser apropiados culturalmente y aplicados adecuadamente dentro del marco constitucional y jurídico, pueden transformar la manera en que se resuelven las controversias en nuestra sociedad.

CAPÍTULO I

LA CONCILIACIÓN ADMINISTRATIVA: PROSPECTIVA Y PERSPECTIVA

Fernando Carrillo Flórez

INTRODUCCIÓN

La conciliación administrativa como mecanismo alternativo de solución de conflictos (en adelante MASC) es uno de los medios más eficaces que dispone el Estado para arreglar sus diferencias con los particulares, sin someterse a un largo proceso judicial. En este texto se hace referencia a sus orígenes en el derecho romano, sus antecedentes normativos antes de la Constitución de 1991; a su reconocimiento en esta Carta y los desarrollos que esperábamos de esa institución en la Asamblea Nacional Constituyente.

Así mismo, se aludirá al trabajo realizado por la Procuraduría General de la Nación en el periodo comprendido entre 2017 y 2021. Se señalarán, por último, los desafíos que enfrenta este mecanismo con los nuevos desarrollos legales, asuntos que profundiza este libro. La Ley 2220 de 2022 como Estatuto de Conciliación sienta las bases para una política pública, en cuyo desarrollo será fundamental la articulación de los actores institucionales con esfuerzos como el que se viene promoviendo desde la línea de investigación **+MASC** - “Más derechos menos litigios”, de la cual su último foro en 2023 documentado al final de este libro tiene un importante semillero de innovación institucional desde la academia.

PRIMERA SECCIÓN. LOS ANTECEDENTES DE LA CONCILIACIÓN ADMINISTRATIVA EN COLOMBIA

1.1 La cultura jurídica de occidente en el derecho romano

La conciliación desde sus orígenes, y para ello cabe verla desde el derecho romano, ha sido un instrumento mediante el cual se acude a un tercero que, investido de autoridad, soluciona una controversia. La expresión jurídica e

institucional clave de los antecedentes de todos los MASC es la *compositio*, los actores, como se verá a continuación, lo fueron inicialmente los *pater familias* y luego los *pretores*. La mirada a estas instituciones reviste de relevancia en el contexto de este ejercicio académico debido a la alta influencia que estas tuvieron en América por cuenta de la Corona española en instituciones como las de Alfonso el Sabio, las Siete Partidas y la legislación de Indias.

34

Según los estudios del profesor de derecho romano de la Universidad del Rosario, Yesid Alvarado, los romanos, en la edad arcaica, que va de la fundación (753 A.C.) hasta el siglo III A.C., acudieron inicialmente a la vindicta como forma de solucionar el pago de los perjuicios causados con ocasión de la «injuria», referida al daño físico sobre las personas, los esclavos, los animales y las cosas. Esto es que, inicialmente los latino-etruscos aplicaron la conocida institución de la Ley del Talión, de la cual da testimonio el propio Gaius en las doce tablas y la compilación justiniana que también hace mención de su existencia.

Los daños entre familias se solucionaban inicialmente con el *abandono noxal* del miembro de la familia que causara daño a otra familia, abandono a favor de esta, que no era otra cosa que la entrega del hijo o del esclavo a la otra familia, la cual pasaba a decidir la suerte del individuo sin reproche alguno, incluso pudiendo causarle la muerte por la mera venganza.

Pero muy temprano, en la historia romana, con base en las *mores*, costumbres, y en el *fas*, derecho religioso, se fue desarrollando una institución denominada la *compositio* que no era otra cosa que un arreglo entre dos *pater familias*, quienes como *sui iuris* tenían capacidad negocial o la persona completa. La composición implicaba llegar a un acuerdo de naturaleza económica acerca de la indemnización por los perjuicios que había ocasionado el daño con la otra familia y, en caso de no poder pagar, hacer abandono noxal del individuo que causó el mismo, si quería eximirse del pago.

Con la Ley de las XII Tablas del 495 A.C. y, más adelante, con la Lex Aquilia de Damno, muy seguramente del 292 A.C. o de mediados del siglo III A.C. se llegó a fijar una «tarifa legal» para la injuria o daño sobre las personas, esclavos, animales o cosas de otro; estableciéndose, por ejemplo, el monto de 300 ases por la fractura de un hueso si era de persona libre o 150 ases si era esclavo.

Es en el derecho romano donde la conciliación tuvo su auge, nació con la institución de las *legis actionis*, incorporadas también en la Ley de las XII Tablas: i) *Legis actio per sacramenti*, se hace una apuesta a los dioses, ii) *Legis actio per iudicis arbitrive postulatione*, y iii) *Legis actio per conditionem*, donde eran los sacerdotes denominados pontífices máximos los encargados de hacer justicia como jueces.

Con la llegada de la edad clásica hacia el siglo III A.C. aparecieron el pretor urbano hacia el 367 A.C. y luego el pretor peregrino hacia el 242 A.C., quienes innovaron con el procedimiento reconocido por la *Lex Aebutia* del 196 A.C. Es en este procedimiento donde, después de la *ius vocatio*, el demandante le señalaba la acción que se iba a usar contra el demandado, quien podía llegar en ese momento a un arreglo extraprocesal. Pero reunidas las partes ante el pretor, el demandado podía aceptar la *intentio* o pretensión del demandante o allanarse en silencio a la misma (*In iure cessio*), con lo cual, al aceptar el requerimiento, sin llegar al proceso, las partes se ponían de acuerdo. En caso contrario, se continuaba y las partes arreglaban con el pretor una fórmula, muy semejante a la actual fijación del litigio, denominada *litis contestatio*, que no era otra cosa que un consenso sobre lo que se iba a litigar, que tenía la capacidad de dar por terminadas las obligaciones y, entonces, se nombraba un *iudex* para que profiriera sentencia.

Finalmente, con la llegada de la *cognitio* como procedimiento judicial de competencia de la cancillería imperial, en la época tardía, esto es de la época de Augusto hasta Justiniano, se ideó un procedimiento que se volvió escrito y que permitió la comparecencia del demandado, quien podía replicar en forma escrita mediante un escrito de contradicción o *libellus contradictionis* y su no asistencia no impedía que se continuase el rito.

1.2 La génesis en Colombia

La historia de la *compositio* finalmente nos trae los antecedentes nacionales que dieron origen a la institución de la conciliación como la conocemos en la actualidad. Al configurarse la República, ya en 1825 la Ley 13 dispuso la celebración de una audiencia de conciliación como requisito previo para acudir a la justicia ordinaria ante el alcalde del municipio del lugar donde se generaba la controversia.

La Ley 120 de 1921 consagró la conciliación en materia laboral como mecanismo alternativo de solución de controversias en la solución de los conflictos colectivos de trabajo. La conciliación se perfiló para el estudio de asuntos de naturaleza ordinaria y laboral. La Constitución Nacional de 1886 guardó silencio en materia de conciliación y, en general, nada dijo sobre otros medios alternativos de solución de conflictos (MASC). En la legislación de comienzos del siglo XX no se pensó aún en la conciliación como un mecanismo de solución de conflictos que debía aplicar para las controversias contra el Estado, que en esa época seguía conociendo la jurisdicción ordinaria en cabeza de la Corte Suprema de Justicia.

La conciliación como un mecanismo de descongestión fue contemplada por primera vez por la Ley 23 de 1991 (conocida como ley de descongestión), sancionada pocos meses antes de la entrada en vigor de la Constitución Política de ese año. Dicha ley, en su artículo 59, establece la posibilidad de que las personas jurídicas de derecho público acudan a la conciliación prejudicial o judicial para dirimir conflictos de carácter particular y de contenido patrimonial ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

SEGUNDA SECCIÓN. LOS DERROTEROS QUE MARCAN EL PRESENTE

2.1 La Carta Política de 1991: el reconocimiento en la Ley Fundamental

La Asamblea Nacional Constituyente se propuso desde la Comisión de Justicia y Ministerio Público ya que la justicia tradicional estaba en crisis por su politización, por la dependencia del ejecutivo en lo presupuestal, por la ausencia de acciones efectivas que materializaran los derechos y por la necesidad de constitucionalizar, desde el texto de la Carta, que fuera la ley el instrumento para darle desarrollo a los mecanismos alternativos de justicia, por entidades públicas o por particulares.

En los debates de la Asamblea Nacional Constituyente, que fue el escenario ideal para sellar esos acuerdos de paz y darle un nuevo rumbo a la Nación, al país le corresponde actuar con responsabilidad y hacer cumplir lo aprobado en esa asamblea y, como se evidencia en la Gaceta Constitucional No. 20 del día 12 de marzo de 1991, se reconoce la necesidad de reformar la administración de

justicia y superar las dificultades de acceso para la población. Así lo indicó en ese momento la constituyente María Teresa Garcés Lloreda:

“(...) Las dificultades de acceso de una gran parte de la población a los organismos judiciales por el alto costo de los procesos y por ignorancia, así como por desconfianza en sus resultados, hacen que muchos asuntos no se ventilen por la vía institucional y que muchos delitos no se pongan siquiera en conocimiento de las autoridades judiciales (...)”.

Por ello, la Carta Política de 1991 elevó a rango constitucional la conciliación. El artículo 116, inciso 3º, facultó transitoriamente a los particulares para realizar la función de administrar justicia en condición de conciliadores o árbitros, en los términos que determine la ley.

Como contrapeso y garante de esa nueva concepción de justicia se quiso desde la Asamblea que el Procurador General de la Nación, como Ministerio Público, tuviera con sus delegados y agentes, a voces del artículo 277 numeral 1º de la Carta Política, la función de vigilar el cumplimiento de las decisiones judiciales y de los actos administrativos. Y algo tanto o más importante, en el numeral 7º se configuró la facultad de intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, en defensa de valores superiores: el orden jurídico, el patrimonio público y los derechos o garantías fundamentales.

El desarrollo de ese mandato constitucional implica que la conciliación en materia contenciosa administrativa esté marcada por los hitos normativos que se indican a continuación. Cabe anotar que, si bien muchos de ellos han sido parcialmente derogados por la última ley aplicable en la materia, la Ley 2220 de 2022, preserva los precedentes legales en su esencia y los fortalece.

Pasaron en Colombia muchas leyes y la propia Constitución Política para que el Consejo de Estado a través de la sentencia 13001-23-33-000-2012-00233-01(48245) de la Magistrada Ponente Stella Conto Díaz Del Castillo, de fecha 13 de febrero de 2014, la viese como “un número determinado de individuos, trabados entre sí por causa de una controversia jurídica, acuerdan componerla con la intervención de un tercero neutral -conciliador- quién, además de proponer fórmulas de acuerdo, da fe de la decisión a la que se llegue e imparte su aprobación, siendo el acuerdo final obligatorio y definitivo para las partes que concilian”. Así, de manera general, no particularmente en el

ámbito administrativo, la conciliación ha sido reconocida en nuestra legislación desde los inicios de nuestra vida republicana. Este concepto, como se verá en esta investigación, evoluciona con diversas leyes y jurisprudencias, y lo retoma la Ley 2220 de 2022 con lo cual se evidencia un fenómeno de constitucionalización en la legislación.

2.2 Ley 446 de 1998: un MASC y estatus al conciliador

Esta ley en su artículo 64 definió la conciliación como un mecanismo alternativo de solución de conflictos, por medio del cual dos o más personas gestionan la solución directa de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado denominado conciliador, es decir, le da a éste un estatus especial como sujeto de las controversias. Este capítulo 2 del título I de la parte III sobre la regulación de aspectos relacionados con la conciliación para asuntos administrativos y en su artículo 70 estableció esta posibilidad para todos los conflictos de carácter particular y contenido económico, es decir, los que entonces se ventilaban a través de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales. De manera concordante, el artículo 80 de la misma ley previó la posibilidad de solicitar ante el Ministerio Público la conciliación prejudicial en estos mismos casos.

A su vez, el artículo 81 de dicha ley determinó que esa modalidad de conciliación facultativa sólo podría realizarse cuando no procedieran recursos por la vía gubernativa o cuando la misma ya se encontrara agotada. Así las cosas, esta posibilidad quedó supeditada al uso que se hubiera hecho de estos recursos.

2.3 Ley 640 de 2001: la conciliación como requisito de procedibilidad

El artículo 35 de esta ley fue más allá en la conciliación como soporte de la justicia y la estableció como un requisito de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, civil y de familia. El artículo 37 desarrolló el requisito de procedibilidad, que se debe agotar en forma obligatoria (salvo en el caso de la acción de repetición, la cual es de obligatoria interposición para el Estado), en asuntos de lo contencioso administrativo para incoar las acciones previstas en los artículos 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo si el asunto de que se trate fuera conciliable.

El artículo 23 de la Ley 640 de 2001 dispuso que las conciliaciones extrajudiciales en materia de lo contencioso administrativo se adelantarán ante los agentes del Ministerio Público y ante los centros de conciliación autorizados para conciliar en esta materia. La última opción contenida en esta regla fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-893 de 2001, por lo cual en asuntos contenciosos administrativos la única institución competente para conciliar es la Procuraduría General de la Nación, a través de los procuradores judiciales I y II para Asuntos Administrativos.

39

2.4 Ley 1285 de 2009: una oportunidad de mejora para la autonomía de la conciliación

Esta ley dispuso expresamente -en su artículo 13 que incorporó un nuevo artículo, el 42A, a la Ley 270 de 1996- que “A partir de la vigencia de esta ley, cuando los asuntos sean conciliables, siempre constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan, el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial”.

La Ley 1285 de 2009, modificatoria de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, consagró, a partir de su vigencia, la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para el ejercicio de las acciones consagradas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo. Esta novedad legislativa, que impacta directamente sobre el derecho de acceso a la administración de justicia y que fue declarada executable mediante sentencia C-713 de 2008, contrasta con un cuerpo normativo que, aunque anterior y disperso, se encuentra vigente contenido en diversas disposiciones de las leyes 23 de 1991, 446 de 1998 y 640 de 2001.

2.5 Decreto 1716 de 2009

El presidente de la República, con fundamento en las facultades que le confiere el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, expidió el Decreto 1716 de 2009, con el objeto de desarrollar normativamente la conciliación en asuntos de lo contencioso administrativo. El artículo 2 se refirió a los asuntos susceptibles de conciliación extrajudicial en materia contencioso-administrativa, reiterando lo plasmado ya en la Ley 1285 de 2009 sobre la

conciliación como requisito de procedibilidad para el ejercicio de las acciones consagradas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo. En su parágrafo 4 hizo extensivo dicho requisito para la acción de repetición.

2.6 Ley 1551 de 2012: referente de aprobación en la Procuraduría

Esta ley, por la cual se dictaron normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, estableció en su artículo 47 que la conciliación sería requisito de procedibilidad en los procesos ejecutivos que se promovieran contra los municipios, e introdujo dos grandes novedades para este mecanismo: omitió el requisito de postulación y la aprobación judicial. Esta norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-533 de 2013 del 15 de agosto (M.P. María Victoria Calle Correa), indicando lo siguiente: declarar EXEQUIBLE los apartes acusados del artículo 47 de la Ley 1551 de 2012, *'por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios'*, bajo el entendido de que el requisito de la conciliación prejudicial no puede ser exigido cuando los trabajadores tengan acreencias laborales a su favor, susceptibles de ser reclamadas a los municipios mediante un proceso ejecutivo. Esta postura fue reiterada en la sentencia C-830 de 2013 del 13 de noviembre (M.P. Mauricio González Cuervo).

2.7 Ley 1367 de 2009

Se trató de una respuesta institucional a los mandatos que en materia de conciliación se le habían conferido a la Procuraduría General de la Nación. El artículo 5 robusteció las funciones que desempeñan los procuradores judiciales en materia de conciliación, entre las cuales cabe destacar la de diseñar y adelantar los programas correctivos a fin de prevenir situaciones estructurales generadas por las administraciones públicas lesivas al interés y al patrimonio público, y la de adelantar las campañas necesarias para fortalecer el conocimiento de los deberes y derechos que se generen por las relaciones entre el Estado y los particulares (numerales 7 y 8).

Para cumplir este propósito se crearon 110 cargos de procuradores judiciales, medida con la cual se atiende la observación de la Corte Constitucional contenida en la sentencia C- 160 de 1999, en el sentido de que no se pueden crear mecanismos alternativos de solución de conflictos si no se cuenta con los

recursos, parámetros y estructuras administrativas adecuadas para la realización de esa función.

2.8 Ley 1437 de 2011 - CPACA y su reforma

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) tuvo como uno de sus objetivos centrales la desjudicialización de las controversias que se presentan entre los administrados y las entidades públicas. Se parte del supuesto de que si la administración pública funciona con eficacia, aplica la normatividad vigente y la jurisprudencia, garantiza el debido proceso en sede administrativa, y reconoce la trascendencia de los principios rectores de la función pública -descritos en el artículo 209 de la Constitución Política y cuyos alcances se precisan en el artículo 3 del mismo estatuto-, habrá menos conflictos y sólo se acudirá a los estrados judiciales, como último recurso, para resolver las controversias en que se encuentran involucradas las entidades estatales.

Por su parte, en relación con la conciliación como requisito de procedibilidad de los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales, el CPACA dispuso que en estos tres casos el intento de conciliación es requisito para poder demandar a la administración pública (art. 161). Aunque estas normas fueron parcialmente modificadas con la Ley 2080 de 2020, en todo caso se preserva su esencia. Los cambios que analiza la segunda parte de este libro dan cuenta de una mayor agilidad en las demandas a derechos laborales, por ello deja de ser requisito de procedibilidad, además de la supresión de la audiencia de apelarse la sentencia y la posibilidad de presentar recursos.

2.9 La etapa de implementación

2.9.1 Sentencia de Unificación del 31 de julio de 2012

Mediante sentencia de unificación del 31 de julio de 2012 dictada respecto del expediente 11001031500020090132801, la Sala Plena del Consejo de Estado unificó la jurisprudencia contradictoria de algunas de sus salas en relación con la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en el sentido de que “estando de por medio derechos de carácter laboral, que algunos tienen la

condición de irrenunciables e indiscutibles y otros de inciertos y discutibles, en cada caso en particular debe analizarse el publicitado requisito de procedibilidad, pues el mismo no siempre resulta obligatorio”.

De igual manera, dijo que el artículo 2 del Decreto 2511 de 1998 preveía que eran conciliables los conflictos de carácter particular y de contenido económico.

2.9.2 Decreto compilatorio 1069 de 2015

En el desarrollo de una política de simplificación normativa, el Gobierno Nacional, mediante decretos para cada sector administrativo, ha compilado los muchos decretos reglamentarios vigentes en cada materia. El Decreto 1069 de 2015 se ocupa de la administración de justicia y en el título IV implementa lo relativo a los métodos alternativos de solución de conflictos.

El capítulo III está referido a la conciliación y, en el mismo, se incorpora a profundidad la conciliación extrajudicial en asuntos de lo contencioso administrativo, así como la función de los comités de conciliación. No es este el espacio para referirnos a ello, pero este decreto presenta numerosas incoherencias con las leyes vigentes al tiempo de su expedición, las cuales fueron parcialmente corregidas con el Decreto 1167 de 2016.

2.9.3 Sentencia de unificación en MASC del 11 de octubre de 2018

En sentencia de unificación del 11 de octubre de 2018, la Sección Primera del Consejo de Estado reivindica la importancia de los MASC como mecanismos alternativos de solución de controversias e indica que la audiencia especial de pacto de cumplimiento es una modalidad de mecanismo alternativo de solución de conflictos. Para tal efecto, insta a los comités de conciliación a realizar un estudio del caso presentado para determinar y hacer cumplir las políticas públicas de las entidades respecto a la prevención del daño antijurídico y la defensa de sus intereses; lo cual implica la evaluación de los litigios en curso para su adecuado y eficaz trámite, el análisis de los procesos culminados para determinar las causas e índices de condenas y prevenir deficiencias en las actuaciones administrativas, la pertinencia del llamamiento en garantía o de la acción de repetición, así como la procedencia en la utilización de los mecanismos alternativos de solución de conflictos.

TERCERA SECCIÓN. EL NUEVO ESTATUTO DE CONCILIACIÓN ADMINISTRATIVA Y LA VISIÓN DE FUTURO

3.1 Ley 2220 de 2022 - El estatuto

Con la Ley 2220 de 2022 se aprobó el primer Estatuto de Conciliación. Estatuto que desarrolla principios y procedimientos que consolidan este mecanismo. Se preserva la esencia de la definición que se vio al comienzo: un mecanismo alternativo de resolución de conflictos, autocompositivo, por medio del cual las partes, por conducto de apoderado, gestionan ante un agente del Ministerio Público neutral y calificado la solución de aquellas controversias cuyo conocimiento corresponda a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Sin duda un gran logro, pues se había radicado esa iniciativa desde el año 2018 pero no logró surtir su trámite exitoso en el Congreso de la República. Se revive la esencia de la misma y enhorabuena se logra su aprobación. Este estatuto da inicio a una nueva etapa, sienta las bases de lo que deberá ser una política pública que integre los distintos actores y da comienzo a una verdadera articulación entre lo público y lo privado. Este importante esfuerzo tiene desarrollo en procesos de concertación institucional y en trabajos académicos como la línea de investigación +MASC.

El estudio de la segunda parte profundiza las nuevas características: cambios sustanciales para los comités de conciliación; se crea el Sistema Nacional de Conciliación y el Consejo Nacional de Conciliación; recursos contra las decisiones judiciales que rechacen las conciliaciones, nuevas atribuciones para la Procuraduría General de la Nación e inclusive para las Contralorías; preferencia de turnos para el pago y una medida drástica de rechazo de la demanda en sede judicial por no agotar este mecanismo.

Como se ha visto, el marco normativo que actualmente rige el uso de la conciliación dentro del campo de lo contencioso administrativo es producto de sucesivos y frecuentes ajustes ocurridos a lo largo de las últimas tres décadas. Ese marco normativo sería, en general, propicio para el desarrollo y frecuente uso de la conciliación, tanto como mecanismo de descongestión como en verdadera alternativa de justicia.

Sin embargo, si nos preguntamos por qué el uso de la conciliación en el campo de lo contencioso administrativo en Colombia puede aún considerarse marginal, parte de la respuesta deberá hallarse en factores fuertemente arraigados de nuestra cultura jurídica que, unidos a la existencia de experiencias negativas en casos concretos, desaconsejan el uso de este mecanismo. En general, aún a esta fecha, la mayoría de las entidades públicas desconfía de las soluciones que pueden lograrse mediante la conciliación, puesto que muchos de los funcionarios a cargo de este asunto sienten que su sola propuesta o la aceptación de una eventual conciliación debilitan la posición de la entidad, y no únicamente ante su contraparte.

Más aún, los cuestionamientos penales, disciplinarios y/o fiscales, que en ocasiones han padecido funcionarios que estuvieron dispuestos a reconocer responsabilidad de parte de sus entidades a través de la conciliación -aun en escenarios en los que esta salida era en realidad la más aconsejable-, disuaden de considerar seriamente esta alternativa en la mayoría de los casos. En este sentido, aún resuena el impacto de un controvertido caso sucedido hace más de 20 años, el caso Dragacol, cuyo efecto negativo apenas recientemente comienza a disiparse. Por cierto, el hecho de que solo el Ministerio Público pueda presenciar este tipo de conciliaciones, es también consecuencia de la necesidad de contar con una entidad que por mandato constitucional es un garante para la sociedad y que defiende el interés general, el patrimonio público, y los derechos y garantías fundamentales.

Ahora bien, este efecto negativo del caso Dragacol tuvo que ser regulado por el legislador toda vez que la Contraloría General de la República en su momento cumplió en el marco jurídico vigente. Para fijar límites al control fiscal en los MASC, la nueva Ley 2220 de 2022 adoptó tres medidas. La primera, darle competencia de participar en los comités de conciliación y de establecer medidas contra los gestores del asunto conciliado, pero no de los conciliadores como tal. Segunda, ser citada a las audiencias de la Procuraduría. Tercera, declararla inexecutable con la sentencia C-071 de 2024, y era la función de emitir concepto en las conciliaciones que superen los 5.000 SMMLV. La Corte Constitucional, al revisar la demanda de exequibilidad del artículo 113 de aquella ley, decide declararlo parcialmente inexecutable ya que consideró, en primer lugar, que la obligación de rendir concepto en conciliaciones que superaran los 5.000 SMMLV no era comprensible con la naturaleza del control

fiscal y, en segundo lugar, esta obligación lo convertiría en un interviniente con interés procesal, lo que eventualmente podría generar inconvenientes en el equilibrio de poderes.²

Según la experiencia de la Procuraduría General de la Nación, es el único escenario posible de todos los intentos de conciliación que conforme a la ley fungen como requisito de procedibilidad para el ejercicio de los diversos medios de control contencioso administrativos. Esta reticencia es especialmente notoria en los casos en que la acción a ejercer es la de nulidad y restablecimiento del derecho, puesto que aun cuando la ley es clara en cuanto a que en tales casos la conciliación se refiere apenas a los efectos económicos de lo que se pretende como restablecimiento, es apenas comprensible que la entidad convocada sea especialmente cuidadosa frente a un control fiscal que pueda cuestionar las decisiones.

En el curso de los años 2017 al 2020, desde la Procuraduría Delegada para la Conciliación Administrativa y con el equipo de 204 procuradores judiciales administrativos, fueron identificados nuevos desarrollos integrales posibles en la conciliación administrativa. A continuación, se describen esas propuestas que preservan vigencia y son más pertinentes con la nueva ley.

3.2 Superando los limitantes presupuestales, administrativos y estructurales

Las entidades no cuentan con la disponibilidad presupuestal suficiente para atender en forma eficiente y eficaz las obligaciones que por la vía de la conciliación se contraen (o se contraerían, si fuera más utilizada), lo cual ha llevado en varios casos a que retrasen el pago de sentencias en firme que causan intereses moratorios, con el consiguiente detrimento patrimonial. Es una situación perversa porque el Estado termina financiándose, como si fuera un particular, a tasas propias de pagos diferidos en tarjetas de crédito.

Desde ese contexto, con el liderazgo de la Procuraduría General de la Nación se pretende que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público se vincule a los procesos de conciliación más relevantes, con el fin de asegurar los recursos

² Corte Constitucional, Sentencia C-071 de 2024.

necesarios para cubrir el monto de dichos acuerdos y que este aspecto deje de ser un impedimento para ello.

Para superar esta limitante se considera la posibilidad de que las autoridades presupuestales puedan ser apremiadas por la Procuraduría General de la Nación, y contemplar para éstas y las entidades demandadas una sanción pecuniaria de multa como la que hoy tiene prevista la Ley 80 de 1993 por temeridad en la efectividad de la conciliación.

46

3.3 Debilidad en las estructuras de defensa judicial y profesionalización

Frente al análisis de las peticiones de conciliación por parte de los comités de conciliación se presentan unas debilidades y fortalezas en la gerencia jurídica por parte de los mismos, situación que conlleva a fallas recurrentes a la hora de asumir el estudio riguroso de los casos presentados a los comités para su análisis y decisión, lo cual tiene que ver con la débil conformación de los equipos de representación y defensa judicial, cuyo número de integrantes se queda humanamente corto para atender con suficiente rigor jurídico y preparación cada causa litigiosa que les es encomendada.

Así, por ejemplo, se encontró que tanto la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial como la Policía Nacional apenas cuentan con un profesional del derecho para atender todas las audiencias de conciliación extrajudicial en la que son convocadas en la ciudad de Bogotá.

No pueden desconocerse las limitaciones de capital humano en las plantas de servidores públicos de las entidades, inherentes a las políticas de austeridad fiscal que enfrenta nuestro Estado. Son clave los esfuerzos de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Sin embargo, la Procuraduría y la Contraloría deberían analizar la posibilidad de provocar con la nueva ley un análisis profundo acerca del costo-beneficio que implicaría para el erario la destinación de recursos que garanticen la existencia de suficiente personal capacitado en la óptima defensa jurídica del Estado, en contraste con las altas sumas de dinero que por concepto de condenas debe asumir el fisco a raíz de la mencionada austeridad. Esto es particularmente cierto para las entidades que son demandadas con más frecuencia, las cuales deben tener un grupo

especializado para conciliar y aplicar otros MASC, aspecto que se planteará como uno de los supuestos de defensa jurídica.

3.4 Desconocimiento del precedente judicial

Un último aspecto que llama la atención en esta materia es que las labores de identificación de las causas de litigiosidad, construcción de líneas jurisprudenciales y, en general, la estrategia de formulación de políticas de prevención del daño antijurídico -que con enorme esfuerzo adelantan las entidades bajo la orientación de la Procuraduría y de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado-, se ven opacadas y no pocas veces desincentivadas por posturas del Gobierno nacional ,y específicamente, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que invocando razones de austeridad fiscal y amparados en la figura del “apartamiento administrativo”, ponen en entredicho el carácter vinculante del precedente jurisprudencial.

Claramente se opone a la solución extrajudicial de conflictos tanto en sede de conciliación extrajudicial como por vía de la extensión de jurisprudencia, por lo que este hecho ha conducido a perpetuar la cultura de litigiosidad, con la consecuente onerosidad elevada que ello apareja, pues en presencia de una sentencia de unificación resulta poco probable que el juez contencioso se aparte de lo señalado por el órgano de cierre en la forma que la cartera fiscal parece inducir a que lo haga la entidad. Esto sólo conduce a que el Estado deba adelantar y perder litigios que bien hubiera podido omitir.

En este sentido, se le puede dar mayor reconocimiento a la actuación administrativa de extensión de la jurisprudencia y contemplar para la misma un incidente administrativo ante la Procuraduría, para que sea la instancia que valide la aplicación del precedente judicial ante importantes precedentes del Consejo de Estado.

3.5 Conclusiones para nuevos lineamientos institucionales

Los nuevos lineamientos institucionales en la conciliación administrativa apuntan a que las entidades estatales adopten mejores prácticas o se reformen para alcanzar nuevos logros en los siguientes aspectos:

Procurar que el acceso a la administración de justicia sea la última ratio, de modo que solo lleguen a litigio los procesos en los que sea imposible llegar a un acuerdo a través de la conciliación u otro MASC, asegurando justicia en el menor tiempo posible y al menor costo, y evitando el desgaste del aparato judicial en diversos asuntos que no ameriten un pronunciamiento de fondo por la justicia formal.

48

Promover la participación de las partes en la solución de controversias, en las instancias necesarias para que se exprese la intencionalidad de las mismas. No dejar estas decisiones en niveles sin capacidad de decidir. Permitir la superación de los conflictos sociales y la búsqueda de la convivencia pacífica, la paz social y la seguridad jurídica, toda vez que construye una dialéctica del conflicto en la que el respeto, la tolerancia y los derechos humanos son los pilares de una cultura jurídica.

Superar problemas que han sido identificados gracias a las acciones preventivas y de intervención adelantadas por la Procuraduría General de la Nación y por quejas de la ciudadanía, a fin de que algunas entidades y dependencias corrijan errores y cambien malas prácticas en materia de conciliación. Para ello, llegar a adoptar correctivos de mejora e incluso sancionatorios, toda vez que en ocasiones se designan abogados que se comportan como simples tramitadores, y que sistemáticamente niegan espacios de consenso y solución del conflicto. Los comités de conciliación deben advertir que esta actuación procesal no es aceptable. En otros casos, los abogados, frecuentemente externos, no tienen interés en conciliar porque sus honorarios están pactados con comisión de éxito.

Evitar la indolencia desde algunas entidades en las que los comités de conciliación son instancias burocratizadas indiferentes frente al derecho y que desconocen la finalidad de los mecanismos de solución de conflictos. La Ley 2220 de 2022 tiene medidas para evitar este fenómeno, puesto que les impone adoptar el precedente judicial o, de llegar a descartarlo, tienen el deber de justificar por qué no aplican, por ejemplo, una sentencia de unificación.

En las acciones populares la intervención del Ministerio Público en la etapa del pacto de cumplimiento es una valiosa oportunidad para la defensa de derechos colectivos protegidos por la Constitución Política y una oportunidad relevante

para promover acuerdos institucionales de mejora en la prestación de los servicios públicos, para el adecuado uso del patrimonio estatal, para evitar actuaciones que ponen en riesgo la moralidad administrativa y, en general, para materializar los propósitos y finalidades que la Constitución Política le confiere a la Procuraduría General de la Nación (art. 277).

Superar diversas circunstancias que han limitado la efectividad de esta modalidad de conciliación, particularmente el temor de los funcionarios de ser censurados por haber pagado sumas a particulares en virtud de haber conciliado con estos. La Procuraduría General de la Nación está desarrollando acciones para garantizar escenarios de conciliación y asegurarle al ciudadano soluciones eficientes de sus controversias con el Estado, por ejemplo, facilitó 9.246 conciliaciones con un ahorro respecto de las pretensiones cercano al medio billón de pesos (2017-2018).

Con el fin de optimizar aún más este mecanismo, de modo que sirva para poner fin a una proporción mayor de pleitos con entidades estatales, es necesario que el legislador determine un trámite pleno de la conciliación administrativa en la Procuraduría General de la Nación, con un procedimiento administrativo orientado por la seguridad jurídica y la eficiencia como sus principios cardinales. Este aspecto tiene un notorio avance con la nueva ley.

Igualmente, es conveniente seguir el fortalecimiento de las estructuras de defensa judicial del Estado, lo cual repercutirá en más conciliaciones cuando éstas son viables, pero también en una posición litigiosa más sólida cuando no es pertinente conciliar. Es fundamental consolidar los comités de conciliación como una instancia capaz de tomar decisiones de fondo bajo una gerencia jurídica proba y que, además, cuente con los recursos necesarios.

Así mismo, es necesario que se dé mayor difusión a los precedentes judiciales aplicables en las materias que suelen terminar en litigios, para que los funcionarios tengan conciencia de la línea jurisprudencial correcta, en especial ante las sentencias de unificación. Ese es otro esfuerzo de la Procuraduría con guías en asuntos contractuales, de reparación de víctimas y otras materias priorizadas con el apoyo de los procuradores delegados ante el Consejo de Estado. Con todos estos factores, como se dijo en la portada de este libro, más derechos, más conciliaciones y menos litigios.

En conclusión, como se puede apreciar en este texto, Colombia no parte de cero en la búsqueda de un orden económico y social justo mediante la conciliación como mecanismo de búsqueda de la justicia en nuevas concepciones. La gestión de la Procuraduría General de la Nación en este asunto es más que el trámite de un requisito, corresponde a una excelente práctica desde lo institucional, de un impacto social que viene creciendo y que está llamado a valorarse y consolidarse por sus aprendizajes, efectividad y celeridad, cuando se le compara con la instancia judicial.

50

El aporte que queremos promover con la academia y los organismos de control es un balance que se produzca al cumplirse dos años de la Ley 2022 de 2022, en un análisis que comprenda, entre otros puntos de inflexión, a los comités de conciliación y a las contralorías, así como una modalidad cada vez más frecuente y es la conciliación que las partes presentan de mutuo acuerdo. Precisamente, se busca aportar nuevos elementos de estudio toda vez que en la academia y en la rama judicial se debate si la conciliación debe ser requisito de procedibilidad o no, y se analiza también si llegó la hora de que a los procuradores de intervención judicial se les extienda a otros asuntos, por materias y cuantías. Esa facultad de aprobar directamente la conciliación como lo tiene previsto la Ley 1551 de 2012 (cuando los trabajadores tengan acreencias laborales a su favor, susceptibles de ser reclamadas a los municipios mediante un proceso ejecutivo, asunto declarado exequible mediante la sentencia C-533 de 2013).

CAPÍTULO II

LA CARACTERIZACIÓN DE LOS MASC: MARCO NORMATIVO Y LINEAMIENTOS

Iván Darío Gómez Lee y los investigadores de la Línea Académica +MASC
- Más derechos, menos litigios

51

PRIMERA SECCIÓN. LA CONCILIACIÓN ADMINISTRATIVA

1.1 Referentes normativos y jurisprudenciales de la conciliación administrativa

A continuación, se relacionan los referentes normativos y las sentencias que constituyen el marco jurídico de la conciliación en Colombia:

Marco legal
Ley 2220 de 2022. Estatuto de Conciliación. Creó el Sistema Nacional de Conciliación. Entró en vigor el 31 de diciembre de 2022. Art. 145.
Ley 2080 de 2021. Por medio de la cual se reforma el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011.
Decreto Ley 403 de 2020. Participación de la CGR en las audiencias de conciliación, artículo 66. Será ahora un importante aliado.
Ley 1955 de 2019. Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. Art. 53, conciliaciones o acuerdos de pago para sentencias. (Nota: diversas disposiciones de esta norma han perdido fuerza ejecutoria por la derogatoria de las leyes en que se fundamentó).
Decreto 1069 de 2015. Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho. (Nota: diversas disposiciones de esta norma han perdido fuerza ejecutoria por la derogatoria de las leyes en que se fundamentó).
Ley 1564 de 2012. Código General del Proceso. Art. 613. (Nota: el inciso 2 del numeral 6 del artículo 384 y los artículos 620 y 621 de la presente ley fueron derogados conforme a lo dispuesto en el artículo 146 de la Ley 2220 de 2022).
Ley 1563 de 2012. Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. Arts. 1, 2, 7, 8, 49, 59, 60 y 61. Otro hito que los reproduce.
Ley 1551 de 2012. Establece la conciliación para procesos ejecutivos contra municipios y omitió el requisito de postulación y la aprobación judicial. Art. 47.

Marco legal
<p>Ley 1437 de 2011. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Arts. 74, 87, 93, 94, 95, 96, 97, 103, 104, 105, 133, 134, 138, 140, 141, 142, 149, 151, 152, 156, 157, 161, 192, 195, 300, 301, 302 y 303. Un hito por las oportunidades que establece, en audiencia, ante la sentencia de primera instancia y con la extensión o unificación de jurisprudencia.</p>
<p>Ley 1395 de 2010. Mantiene la conciliación administrativa como requisito de procedibilidad para presentar la demanda. Art. 52. (Nota: los artículos 51 y 52 de la presente ley fueron derogados conforme a lo dispuesto en el artículo 146 de la Ley 2220 de 2022).</p>
<p>Decreto 1716 de 2009. Reafirma la conciliación administrativa como requisito de procedibilidad para presentar la demanda. Arts. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 y 14. (Nota: diversas disposiciones de esta norma han perdido fuerza ejecutoria por la derogatoria de las leyes en que se fundamentó).</p>
<p>Ley 1367 de 2009. Crea la Procuraduría delegada para la Conciliación Administrativa, asigna a los procuradores de Intervención Judicial la función de promover acuerdos de conciliación, intervenir en los comités de conciliación y otras medidas para prevenir el daño. Diez años antes, en 1998, se mencionó al procurador, ahora se empodera como líder. Arts. 2, 3, 4 y 5. (Nota: el artículo 2 de la presente ley fue derogado conforme a lo dispuesto en el artículo 146 de la Ley 2220 de 2022).</p>
<p>Ley 1285 de 2009. Reforma la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, mantiene la conciliación administrativa como requisito de procedibilidad para presentar la demanda. Art. 13.</p>
<p>Ley 640 de 2001. Establece la conciliación administrativa como requisito de procedibilidad para presentar la demanda contenciosa. Arts. 1, 2, 3, 4, 8, 15, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 35, 36 y 37, siendo el acuerdo final obligatorio y definitivo para las partes que concilian. El efecto de esta ley es reproducir y generalizar la conciliación. (Nota: la presente ley fue derogada en su totalidad conforme a lo dispuesto en el artículo 146 de la Ley 2220 de 2022).</p>
<p>Decreto 1818 de 1998. Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos que compila las leyes vigentes. Arts. 1, 2, 3, 4, 56, 57 y 58. (Nota: diversas disposiciones de esta ley fueron derogadas por la Ley 2220 de 2022).</p>
<p>Ley 270 de 1996. Estatutaria de la Administración de Justicia, promueve los mecanismos alternativos mediante leyes. Arts. 8 y 42A. El examen de constitucionalidad determina cuándo procede la aprobación judicial de la conciliación y cuándo se puede prescindir de ella en la ley.</p>
<p>Ley 80 de 1993. Promueve la solución de controversias en forma avasalladora y visionaria: arbitramento, transacción y conciliación. Arts. 25-5, 68 al 75.</p>
<p>Constitución Política de 1991. Arts. 2, 6, 116, 209, 228, 229 y 277. Cabe también mencionar aquí los principios constitucionales que enmarcan los MASC.</p>
<p>Ley 23 de 1991. Crea los mecanismos alternativos de solución de conflictos. Arts. 59, 60, 62, 65, 65a, 65b, 69, 71, 73, 80 y 81. (Nota: los artículos 24, 25, 35, 47, 49, 50, 51, 52, 53, 59, 61, 62, 63, 64, 65A, 65B, 66, 67, 76, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87 y 89 de la presente ley fueron derogados conforme a lo dispuesto en el artículo 146 de la Ley 2220 de 2022).</p>

Marco legal	
<p>Ley 13 de 1825. Dispuso la celebración de una audiencia de conciliación como requisito previo para acudir a la justicia ordinaria ante el alcalde del municipio del lugar donde surgía la controversia. El alcalde era ese tercero al que acudían las partes en calidad de conciliador. “Esa norma es derogada y esa función la cumplen en derecho administrativo los procuradores de intervención”.</p>	

Marco jurisprudencial	
<p>Sentencia C-160 de 1999. Corte Constitucional.</p>	<p>Referentes para la conciliación administrativa desde la PGN sin aprobación judicial previsto en la Ley 446 de 1998.</p>
<p>Sentencia de unificación del 31 de julio de 2012. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.</p>	<p>Unificó la jurisprudencia contradictoria de algunas de sus salas en relación con la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.</p>
<p>Sentencia de unificación del 11 de octubre de 2018. Rad. 17001- Consejo de Estado. Sección Primera. 23-33-000-2016-00440-01 (AP)</p>	<p>Compila y fija reglas de las diversas modalidades de MASC, incluyendo la conciliación y otros mecanismos.</p>
<p>Sentencia C-893 de 2001. Corte Constitucional.</p>	<p>Declaró inexecutable los artículos 12, 30 y 39 de la Ley 640 de 2001 en relación con los centros de conciliación autorizados para conciliar en materia de lo contencioso administrativo, ratificando que esta labor solo está autorizada para los procuradores judiciales administrativos.</p>
<p>Sentencia C-917 de 2002. Corte Constitucional.</p>	<p>Declaró inexecutable las expresiones del artículo 18 de la Ley 640 de 2001, relacionadas con el control, inspección y vigilancia: “los conciliadores con excepción de los jueces”. Y “Para ello podrá instruir sobre la manera cómo deben cumplirse las disposiciones que regulen su actividad, fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de tales normas y señalar los procedimientos para su cabal aplicación”.</p>
<p>Sentencia de unificación del 13 de noviembre de 2003. Corte Constitucional. Sala Plena.</p>	<p>Acción de tutela frente a medio de defensa judicial-improcedencia por no existir perjuicio irremediable/acción de tutela transitoria-improcedencia cuando se ha consumado la vulneración del derecho/declaración de caducidad del contrato.</p>

Marco jurisprudencial	
<p>Sentencia C-533 de 2013. Corte Constitucional.</p>	<p>Ratificó lo expuesto en el artículo 47 de la Ley 1551 de 2012, el cual dispone que la conciliación prejudicial será requisito de procedibilidad de los procesos ejecutivos que se promuevan contra los municipios.</p> <p>Establece la libertad del acreedor de concurrir al proceso sin abogado, así como estableció que no era necesaria la aprobación judicial del acuerdo al que se llegue.</p>
<p>Sentencia C-830 de 2013. Corte Constitucional.</p>	<p>Resolvió acogerse a lo resuelto en la sentencia C-533 de 2013, en la cual se declararon EXEQUIBLES los tres primeros incisos y el parágrafo 1 del artículo 47 de la Ley 1551 de 2012.</p>
<p>Sentencia DRAGACOL del 3 de diciembre de 2020. Consejo de Estado. Sección Primera. Rad. 00712-01</p>	<p>Proceso de responsabilidad fiscal. Cambio sustancial entre cargo fiscal y el establecimiento de la responsabilidad. Gestión fiscal y nexo causal. Silencio administrativo positivo. Efectos del fallo del 31 de mayo de 2002 proferido por el Consejo de Estado.</p>
<p>Sentencia C-071 de 2024.</p>	<p>La Sala Plena de la Corte Constitucional estudió la acción pública de inconstitucionalidad que presentó un ciudadano contra unos segmentos y expresiones del artículo 113 de la Ley 2220 de 2022, que regula el trámite de aprobación judicial de la conciliación extrajudicial en lo contencioso administrativo.</p> <p>Declaró inexecutable las expresiones <i>“y a la Contraloría General de la República para que conceptúe ante el juez de conocimiento sobre si la conciliación afecta o no el patrimonio público, para lo cual tendrá un término de 30 días contados a partir de la recepción del acuerdo conciliatorio”</i> del inciso primero; <i>“a la fecha en que venza el plazo de la Contraloría para conceptuar”</i> del inciso cuarto; y <i>“y a la Contraloría”</i> del inciso sexto, al igual que los incisos segundo, tercero y décimo, todos del artículo 113 de la Ley 2220 de 2022.</p>

1.2 Los orígenes de la conciliación

1.2.1 El nacimiento de la conciliación administrativa en 1825

Desde el siglo XIX en la era republicana se dio valor a la conciliación. En la Ley 13 de 1825 se dispuso la celebración de una audiencia de conciliación como requisito previo para acudir a la justicia ordinaria ante el alcalde del municipio del lugar donde surgía la controversia. Este funcionario cumplía con los atributos de la conciliación, que en los tiempos actuales realizan los procuradores, toda vez que el alcalde tenía a su cargo la función de procurar transigir las diferencias existentes y avenirlas entre sí por los instrumentos de una conciliación amigable. La justicia ordinaria, en esa época, era la jurisdicción competente para todo tipo de conflictos, incluidos aquellos contra los agentes o instituciones del Estado.

La Ley 120 de 1921 consagró la conciliación en materia laboral como mecanismo alternativo de solución de controversias en la solución de los conflictos colectivos de trabajo. La conciliación se perfiló para el estudio de asuntos de naturaleza ordinaria y laboral. La Constitución Nacional de 1886 guardó silencio en materia de conciliación y, en general, nada dijo sobre otros MASC. En la legislación de comienzos del siglo XX no se pensó aún en la conciliación como un mecanismo de solución de conflictos que debía aplicar para las controversias contra el Estado, que en esa época seguía conociendo la jurisdicción ordinaria en cabeza de la Corte Suprema de Justicia.

El primer referente legislativo previo a la promulgación de la Carta de 1991 se encuentra en la Ley 23 de 1991, expedida por el Congreso de la República, cesado en sus funciones para darle paso al nuevo parlamento que estableció dicha Carta. Una de sus últimas leyes es la mencionada, que tenía el objeto de crear mecanismos para descongestionar los despachos judiciales, como ya se mencionó. Allí, su artículo 59 es el hito, pues consagra por primera vez la posibilidad de que las personas jurídicas de derecho público puedan acudir a la conciliación prejudicial o judicial para dirimir conflictos de carácter particular y de contenido patrimonial ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, donde se ventilan los intereses de tales personas a través de las acciones consagradas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo, Decreto-Ley 01 de 1984, CCA.³

³ Código derogado por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011.

Es relevante mencionar que la Ley 2220 de 2022 derogó a través de su artículo 146 una serie de normas entre las cuales se destacan los artículos 24, 25, 35, 47, 49, 50, 51, 52, 53, 59, 61, 62, 63, 64, 65A, 65B, 66, 67, 76, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87 y 89 de la Ley 23 de 1991.

1.2.2 La Constitución Política de 1991

La Constitución Política de 1991 incorporó una novedad respecto a la Constitución de 1886, ya que eleva a rango constitucional la conciliación. El artículo 116, inciso 3, facultó transitoriamente a los particulares para administrar justicia en condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derechos o en equidad.

En el artículo 277, numeral primero, la Constitución Política establece que el Procurador General de la Nación, sus delegados y agentes tienen la función de vigilar el cumplimiento de las decisiones judiciales y de los actos administrativos. En ese mismo artículo, en el numeral séptimo, se prevé la función de intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales y administrativas en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, y de los derechos y garantías fundamentales.

En los debates que se dieron al interior de la Asamblea Nacional Constituyente de la Constitución de 1991, cabe resaltar la importancia que se dio a los MASC al consagrar la conciliación como un mecanismo de solución de conflictos que contribuyera, entre otros fines, a la promoción de los derechos fundamentales, a la participación de los individuos, a la convivencia pacífica, a descongestionar los despachos judiciales y a generar un ahorro patrimonial para el Estado.

Las finalidades y reglas de la conciliación en las últimas décadas se inspiran también en los propósitos de la Constituyente con la Ley 23 de 1991 (sancionada el 21 de marzo, unos meses antes de la promulgación de la Carta el 4 de julio). Es un legado que fue promovido por el ministro de Justicia, Jaime Giraldo Ángel, en el Gobierno del presidente César Gaviria. Esos postulados han sido desarrollados por nuevas normas y por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado. Así mismo, la Procuraduría General de la Nación ha desempeñado un rol fundamental en el uso de los MASC, especialmente en la conciliación y arbitraje público.

De acuerdo con la doctrina, en la evolución de la conciliación se pueden identificar cinco momentos. Los tres primeros: el inicial corresponde a la Constitución Política de 1991 y pasa por la base que contempla la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia. El segundo comienza con la entrada en vigencia de la Ley 640 de 2001 y va hasta la Ley 1285 de 2009 que reforma la ley estatutaria. El tercero viene dado con la expedición de la Ley 1285 de 2009⁴. Se identifica un cuarto momento con la expedición de la Ley 1367 de 2009, con la Ley 1347 de 2011 (en adelante CPACA), el Código General del Proceso (en adelante CGP) y luego con la compilación de los medios alternativos de solución de conflictos, Decreto 1069 de 2015. Por último, el quinto hito es la creación del Sistema Nacional de Conciliación con la Ley 2220 de 2022 y la expedición de una norma que ya es un estatuto en esta materia.

1.2.3 Ley 270 de 1996: la base estatutaria para el desarrollo de la figura

La Ley 270 de 1996 es la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia que le da desarrollo a la Constitución Política. A partir del artículo 2 consagra los principios de la administración de justicia: acceso a la justicia, derecho de defensa, celeridad y oralidad, autonomía de la rama, gratuidad, eficiencia y uso de mecanismos alternativos de solución de conflictos⁵. A partir de esta ley los particulares tienen competencias como administradores de justicia. Respecto a las competencias de los particulares en conciliación, los artículos 13 y 42A institucionalizan y señala los eventos de requisito de procedibilidad forzoso:

“Artículo 13. (...)

3. Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en los términos que señale la ley. Tratándose de arbitraje, en el que no sea parte el estado o alguna de sus Entidades, los particulares podrán acordar las reglas de procedimiento a seguir, directamente o por referencia a la de un Centro de Arbitraje, respetando, en todo caso los principios Constitucionales que integran el debido proceso”.

“Artículo 42A. (Artículo adicionado por el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009). Conciliación judicial y extrajudicial en materia contencioso-administrativa. A partir de la vigencia de esta ley, cuando los asuntos sean

⁴ La conciliación en el derecho administrativo colombiano, pág. 33.

⁵ Ley 270 de 1996. Art. 8.

conciliables, siempre constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan, el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial.

1.2.4 Ley 446 de 1998: un MASC y estatus al conciliador

A través de la Ley 446 de 1998 se le da un estatus especial a la conciliación como sujeto de las controversias, definiéndola como un MASC para la solución directa de controversias, frente a un tercero (conciliador) caracterizado por ser neutral y calificado. Esta ley dedicó el capítulo 2 del título I de la parte III a la regulación de aspectos relacionados con la conciliación para asuntos administrativos y la estatuye como requisito de procedibilidad. El artículo 80 dispone que la conciliación prejudicial es facultativa para los medios de control, nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y la acción contractual:

“Antes de incoar cualquiera de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo, las partes individual o conjuntamente podrán formular solicitud de conciliación prejudicial, al agente del Ministerio Público asignado al juez o corporación que fuere competente para conocer de aquéllas. La solicitud se acompañará de la copia de la petición de conciliación enviada a la entidad o al particular, según el caso, y de las pruebas que fundamenten las pretensiones [...]”.

El artículo 81 de la ley en mención determina que esa modalidad de conciliación facultativa solo procede cuando la denominada vía gubernativa del CCA se haya agotado o no sea procedente. Así, la conciliación prejudicial bajo esta normativa queda supeditada a la vía gubernativa.

“Artículo 81. Procedibilidad. El artículo 61 de la Ley 23 de 1991, quedará así:

Artículo 61. La conciliación administrativa prejudicial sólo tendrá lugar cuando no procediere la vía gubernativa o cuando ésta estuviere agotada.

Si no fuere posible acuerdo alguno, el agente del Ministerio Público firmará el acta en que se dé cuenta de tales circunstancias, declarará cerrada la etapa prejudicial, devolverá a los interesados la

documentación aportada y registrará en su despacho la información sobre lo ocurrido. (...)”.

Es relevante mencionar que la Ley 2220 de 2022 derogó a través de su artículo 146 una serie de normas entre las cuales se destacan de la Ley 446 de 1998 los artículos 64, 65, 66, 69, 70, 71, 72, 73, 75, 77, 80, 81, 83, 84, 86, 91, 92, 94, 96, 99, 100, 104, 105, 106, 107, 108, 109 y 110.

1.2.5 Análisis comparado en asuntos laborales y la protección constitucional en derechos ciertos e indiscutibles

El presente acápite tiene por objetivo delimitar los aspectos legales y jurisprudenciales de la figura de conciliación judicial y extrajudicial en la jurisdicción ordinaria laboral. Para llevar a cabo este análisis se desarrollaron los siguientes temas: i) referentes normativos y jurisprudenciales de la conciliación en materia laboral; ii) constitucionalización del derecho laboral; iii) competencia del juez laboral para la conciliación judicial y extrajudicial; y iv) la implementación de la Ley 2220 en materia laboral.

La figura de la conciliación en materia laboral se encuentra establecida como parte de las conquistas del Estado social del derecho desde el Código Procesal del Trabajo de 1948, al cual el legislador le dedicó todo un capítulo, lo que permite concluir la gran importancia de esta institución jurídica desde su origen.

La Ley 23 de 1991 continuó con esa importante relevancia de la institución jurídica de la conciliación en materia laboral y, así, le dedicó el capítulo tercero a esta institución, señalando además que debía ser obligatorio acudir ante las autoridades antes de instaurar la demanda. En el artículo 23 la definió como el “acto por medio del cual las partes ante un funcionario competente, y cumpliendo los requisitos de fondo y de forma exigidos por las normas que regulan la materia, llegan a un acuerdo que evita el que éstas acudan a la jurisdicción laboral”. Sin embargo, estas disposiciones no entraron a regir, por cuanto el artículo 46 de la misma norma lo condicionó hasta tanto el Gobierno expidiera las normas que modificaban el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, lo que no ocurrió.

Con posterioridad, el artículo 64 de la Ley 446 de 1998 -incorporado en el artículo 1 del Decreto 1818 de 1998, la definió como “uno de los mecanismos

de resolución de conflictos en virtud del cual dos o más personas por sí mismos o con la ayuda de un tercero neutral y debidamente calificado, denominado conciliador, llegaban a un acuerdo en sus diferencias”. Esa misma norma le dio el carácter de cosa juzgada a la figura de la conciliación, la cual se materializaba en el acta que, además, prestaría mérito ejecutivo.

El legislador consagró la conciliación como requisito de procedibilidad en asuntos laborales en la jurisdicción ordinaria en el artículo 68 de la Ley 446 de 1998, norma que con posterioridad sería declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-160 de 1999 del 17 de marzo (M.P. Antonio Barrera Carbonell). En dicha providencia se consideró que, si bien la norma en sí misma no era inconstitucional, el legislador no había establecido los requisitos operativos mínimos para entrar en funcionamiento y garantizar de manera real y efectiva su puesta en marcha. Así las cosas, queda definido como precedente que, en lo sustantivo sí es precedente la conciliación en materia laboral. En la parte final de este estudio se ratifica la procedencia que en la actualidad tiene como mecanismo prejudicial e incluso ya en la etapa judicial.

La Ley 640 de 2001, que reglamentó las normas relativas a la conciliación, dispuso en su artículo 19 que “se podrán conciliar todas las materias susceptibles de transacción, desistimiento y conciliación ante los conciliadores de los centros de conciliación, los servidores públicos facultados para ello y los notarios”. Sin embargo, estas normas fueron condicionadas por la sentencia C-893 de 2001 del 22 de agosto (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) al declarar que los conciliadores de los centros de conciliación y los notarios carecían de competencia para llevar a cabo las conciliaciones extrajudiciales en materia laboral, en aplicación de la onerosidad que ello pudiera traer para las partes, prevaleciendo entonces la gratuidad como principio esencial y constitucional del derecho laboral.

Recientemente, la Ley 2220 de 2022, Estatuto de la Conciliación, la definió nuevamente y le dio especial importancia a la conciliación extrajudicial como mecanismo para descongestionar la jurisdicción laboral ordinaria. Como se verá, esta institución es parte de la constitucionalización del derecho laboral y no queda la menor duda de su pertinencia en el ordenamiento jurídico actual.

Con la constitucionalización del derecho laboral se ha venido desarrollando un proceso de respaldo de esta área en principios constitucionales y legales en busca de proteger los derechos de los trabajadores, considerados la parte más débil de la relación laboral. En materia de derecho laboral, el artículo 53 de la Constitución de 1991 se encargó de enlistar los principios constitucionales del derecho laboral que orientarían los postulados del trabajo dentro del Estado social de derecho del artículo 2 y, además, dispuso la creación del estatuto del trabajo con posterioridad a la Carta del 91, lo que a la fecha aún no se ha visto materializado. La Corte Constitucional, ante la ausencia del estatuto del trabajo y con el fin de fijar los criterios del carácter vinculante de estos principios, produjo la sentencia C-479 de 1992 del 13 de agosto (M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero) en la que señaló:

Estos principios son mínimos en el sentido de que constituyen presupuesto necesario y obligatorio de las normas que el Congreso apruebe al expedir el estatuto del trabajo y, por tanto, ya hacen parte del ordenamiento jurídico en su base misma -la Constitución-, de tal manera que, aún no estando incluidos los artículos 25 y 53 dentro de la enumeración de los derechos de aplicación inmediata (artículo 85 C.N.), por ser principios mínimos de naturaleza constitucional, no necesitan esperar la expedición de una ley para que sea exigible su observancia”.

Ahora bien, en materia de conciliación y específicamente en torno a esta figura en materia ordinaria laboral, se ha venido decantando que es posible acudir a la conciliación con el fin de resolver diferencias y lograr la finalización del vínculo laboral.

La conciliación en asuntos laborales ha sido delimitada en relación con la posibilidad de conciliar única y exclusivamente derechos sobre los cuales cabe la presunción de ser derechos ciertos e indiscutibles, es decir, aquellos que operan de pleno derecho y no es necesario para el trabajador entrar a demostrar otras circunstancias ajenas, más allá de la existencia de la relación laboral, para hacerse acreedor a su satisfacción.

Referente a los derechos ciertos e indiscutibles de los trabajadores, en reiteradas ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia⁶ y la Corte Constitucional⁷ los han definido así:

“Un derecho es cierto si está incorporado en el patrimonio del trabajador. Esto sucede cuando operan los supuestos de hecho de la norma que consagra el derecho, así no se haya configurado aún la consecuencia jurídica de la misma. De otro lado, se ha indicado que un derecho es indiscutible si existe certidumbre alrededor de su caracterización, es decir, sobre los extremos del derecho.”

Aunado a lo anterior, las altas cortes han reconocido como derechos ciertos e indiscutibles los siguientes:

Los reconocidos por la Corte Suprema de Justicia:

- Acreencias laborales como salarios, cesantías, intereses a las cesantías, prima legal de servicios y vacaciones.
- Cotizaciones causadas a seguridad social en casos de pensión de vejez
- Derechos pensionales causados o derivados de una convención
- Indexación de la primera mesada pensional
- Pensión de sobrevivientes
- Bono pensional.

Al tenor de la Corte Constitucional los derechos a:

- Seguridad social
- Pensión
- Cesantías
- Valor de la primera mesada pensional

Estos derechos en un margen general vienen siendo los derechos ciertos e indiscutibles sobre los cuales no procede la conciliación.

Ahora, en el ámbito internacional, tenemos que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha promovido instrumentos relativos a la promoción y la protección del derecho de negociación colectiva que contienen disposiciones

⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia SL10249-2017.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-662 de 2012.

relativas a los mecanismos de solución de conflictos. Así las cosas, el Convenio 154, en el párrafo 2 del artículo 5, establece: “Los órganos y procedimientos de solución de conflictos laborales deben ser concebidos de tal manera que contribuyan a fomentar la negociación colectiva”. La Recomendación 92 de la OIT sobre la conciliación y el arbitraje voluntarios establece que los gobiernos deben proporcionar los mecanismos de conciliación voluntaria, los cuales deben ser gratuitos y expeditivos, para asistir en la prevención y resolución de controversias laborales.

Finalmente, en lo que atañe a la competencia del juez laboral para la celebración de la conciliación, en primer lugar no cabe duda sobre la competencia de aquellos para efectos de celebrar la conciliación judicial, pues así se encuentra delimitado en el artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social en el cual, incluso, se le da la posibilidad al juez en desarrollo de esta audiencia de presentar a las partes fórmulas de arreglo que puedan zanjar sus diferencias y lograr la suscripción de un acuerdo que ponga fin a la disputa. Ahora, en lo que atañe a la facultad con la que cuentan los jueces laborales para el conocimiento de la conciliación extrajudicial, es evidente que cabe y que por sistema de reparto debe asignarse la misma, como lo indica la Corte Suprema.

Al comienzo de este estudio se hizo la reflexión de un Estado donde sus autoridades y sus ciudadanos pueden ser más efectivos en la solución de sus conflictos y disputas. En ese marco superior que emana del preámbulo y pasa por los artículos 2, 209, 228 y 229 de la Constitución Política, sería incomprensible que un juez laboral se negara a conocer de una conciliación extrajudicial, bien sea para aprobarla o para improbarla en atención a los derechos tutelados en su jurisdicción.

1.2.6 Referencias a la conciliación civil

La conciliación en asuntos civiles consiste en la aplicación de este mecanismo para solucionar conflictos referidos a derechos y obligaciones que han sido producto de la autonomía privada de la voluntad o, de manera inmediata, en la ley, tales como relaciones de propiedad, obligaciones y contratos no mercantiles contraídos entre ellos y, en general, a relaciones y situaciones jurídicas de contenido patrimonial que no sean de carácter mercantil ni sucesoral.

El artículo 445 del Código de Procedimiento Civil de 1970 contempló el trámite de conciliación propiamente dicho como parte de la audiencia del proceso verbal. Así las cosas, este mecanismo tuvo como objeto principal la forma anormal de terminación del proceso judicial. Seguidamente, el Código de Comercio de 1971 asignó a las cámaras de comercio la función de "prestar sus buenos oficios a los comerciantes para hacer arreglos entre acreedores y deudores, como amigables componedores"⁸, con fundamento en la cual surgieron en el país los primeros centros de arbitraje y conciliación promovidos por tales instituciones.

En vista de lo anterior, resulta pertinente referir los asuntos de naturaleza civil que no son susceptibles de conciliar, entre los que destacan: i) los relativos al estado civil, ya que los derechos y estados que de él se derivan son irrenunciables, imprescriptibles, inconciliables, intransigibles e indisponibles; ii) los derechos patrimoniales personalísimos, como lo son el derecho al nombre y los derechos de uso y habitación; iii) Los negocios de enajenación y de constitución de gravámenes de los bienes inmuebles de los incapaces, así como la enajenación de sus derechos hereditarios y la división de bienes inmuebles de los menores, a menos que exista decreto judicial previo y aprobación judicial posterior; y iv) los demás asuntos expresamente prohibidos en la ley.

Así las cosas, la conciliación en derecho civil es obligatoria para los siguientes procesos:

- Procesos declarativos de que tratan los artículos 368 en adelante del Código General del Proceso (CGP).
- Servidumbres
- Posesión
- Entrega material de la cosa por el tradente al adquirente
- Rendición de cuentas
- Pago por consignación
- Responsabilidad civil contractual y extracontractual
- Entre otros asuntos que no estén sometidos a trámite especial, esta es la expresión que utiliza el Código y es una disposición amplia y general toda vez que el universo de los asuntos conciliables abarca la diversidad

⁸ Decreto 410 de 1971, Código de Comercio, artículo 86, numeral 8.

de asuntos declarativos a los cuales pertenecen los procedimientos ordinarios, abreviados y verbales referidos a materias comerciales, civiles y laborales. Cabe agregar que cuando las entidades públicas se someten a un régimen de derecho privado o se trata de particulares que manejan recursos públicos, la norma aplicable no es el CPACA sino el CGP, por lo tanto, en esos asuntos también cambiarían este tipo de conciliaciones.

1.3 La primera década del siglo XXI hacia la transformación de la conciliación administrativa

1.3.1 Ley 640 de 2001 como requisito de procedibilidad⁹

En el siglo XXI el artículo 35 de la Ley 640 de 2001 fue más allá en la conciliación como soporte de la justicia y estableció la misma como un requisito de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, civil y de familia. El artículo 37 la desarrolló como requisito de procedibilidad, puesto que debe agotarse obligatoriamente para acudir a la justicia en los asuntos de lo contencioso-administrativo. En particular, para incoar las acciones previstas en los artículos 86¹⁰ y 87¹¹ del anterior CCA si el asunto de que se trate es conciliable.

⁹ La Ley 640 de 2001 fue derogada expresamente por la Ley 2220 de 2022.

¹⁰ Artículo 86. Acción de reparación directa. La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa.

Las entidades públicas deberán promover la misma acción cuando resulten condenadas o hubieren conciliado por una actuación administrativa originada en culpa grave o dolo de un servidor o exservidor público que no estuvo vinculado al proceso respectivo, o cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública.

¹¹ Artículo 87. De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.

El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El Juez Administrativo queda facultado para declararla de oficio

Según Verónica Peláez (2016)¹², en los antecedentes del proyecto de ley que daría origen a la Ley 640 de 2001 se reflejó la importancia de crear mecanismos alternativos de solución de conflictos ante la necesidad de desarrollar una estrategia para facilitar el acceso a la justicia, por lo que era necesario modificar la normatividad vigente.

El parágrafo 1 del artículo 37 de la Ley 640 de 2001 excluyó el requisito de procedibilidad en la acción de repetición, al disponer lo siguiente:

“Parágrafo 1o. Este requisito no se exigirá para el ejercicio de la acción de repetición”.

El artículo 23 de la Ley 640 de 2001 dispuso que las conciliaciones extrajudiciales en materia de lo contencioso administrativo debían adelantarse ante los agentes del Ministerio Público, es decir, procuradores, y ante los centros de conciliación autorizados para conciliar en esta materia. El primer aspecto fue declarado exequible, pero el control de las conciliaciones privadas fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-893 de 2001. Es importante señalar que la Ley 640 de 2001 fue derogada en su totalidad conforme a lo dispuesto en el artículo 146 de la Ley 2220 de 2022.

1.3.2 Sentencia C-314 de 2002 afianza el requisito de procedibilidad

La Corte Constitucional en sentencia C-314 de 2002 declaró la constitucionalidad del artículo 37 de la Ley 640 de 2001. La norma se analizó en cuanto al requisito de procedibilidad, por considerar que el legislador, en uso de su poder de configuración normativa, puede diseñar la estructura, el funcionamiento de los MASC y, en concreto, para definir qué medios de control debe agotar la conciliación como requisito de procedibilidad.

Al respecto se indicó:

“El tratamiento específico que el artículo 37 de la Ley 640 de 2001 otorga a dicha acción se justifica en la medida en que el Estado no puede abstenerse de promover el procedimiento judicial respectivo. Esta

cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes”.

¹² *La conciliación en el derecho administrativo colombiano*, pág. 33.

obligatoriedad en la iniciación de la acción conduce a que la Ley exonere al Estado de la obligación adicional de celebrar la audiencia de conciliación previo a la presentación de la demanda, como una medida que tiende a aligerar su carga procesal. Desde esa perspectiva, el objetivo de la disposición: hacer menos onerosa la carga procesal del Estado en el trámite de reparación del patrimonio público afectado por la conducta de uno de sus agentes, está acorde con los fines constitucionales de promover la prosperidad general y asegurar la prevalencia del interés general (Arts. 1º y 2º C.P)”.

1.3.3 Sentencia C-893 de 2001 afianza la Procuraduría y limita los centros de conciliación privados

El artículo 23 de la Ley 640 de 2001 estableció que los agentes del Ministerio Público están facultados por la ley para actuar como conciliadores. La Corte Constitucional declaró inexecutable lo relativo a las conciliaciones adelantadas por centros de conciliación privados como se preveía en ese artículo; esto mediante la sentencia C-893 de 2001¹³. Por lo anterior, en asuntos contenciosos administrativos la única institución competente para conciliar este tipo de controversias es la Procuraduría General de la Nación.

1.3.4 Ley 1285 de 2009: oportunidad de mejora para la autonomía de la conciliación en la ley estatutaria

Con la expedición de la Ley 1285 de 2009, por medio de la cual se reforma la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, se consagran nuevas concepciones y desarrollos. Esta norma, en el artículo 13, adiciona un nuevo artículo, el 42A en la Ley 270 de 1996. Cabe recordar el sentido de esa norma:

“A partir de la vigencia de esta ley, cuando los asuntos sean conciliables, siempre constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85¹⁴, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en

¹³ Por medio de la cual se declararon inexecutable los artículos 12, 30 y 39 de la Ley 640 de 2001 que permitían, entre otros, la conciliación extrajudicial en materia de lo contencioso administrativo ante los conciliadores de los centros de conciliación autorizados para conciliar en esta materia.

¹⁴ Artículo 85. ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se

las normas que lo sustituyan, el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial”.

Para Sergio González (2011)¹⁵, la Ley 1285 de 2009 “(...) consagró, a partir de su vigencia, la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para el ejercicio de las acciones consagradas en los artículos 85, 86 y 87 del Código de Contencioso Administrativo. Esta novedad legislativa, que impacta directamente sobre el derecho de acceso a la administración de justicia y que fuera declarada exequible mediante sentencia C-713 de 2008, contrasta con un cuerpo normativo que, aunque anterior y disperso, sigue vigente en diversas disposiciones de las leyes 23 de 1991, 446 de 1998 y 640 de 2001”.

1.3.5 Sentencia C-317 de 2008 confirma el requisito de procedibilidad

La Corte Constitucional en sentencia C-317 de 2008, al momento de ejercer el control previo, automático e integral del proyecto de ley estatutaria No. 286 de 2007 Cámara y 023 de 2006 Senado “Por la cual se reforma la Ley Estatutaria de Administración de Justicia”, declaró inexecutable el inciso segundo del artículo 13, que tenía por finalidad aprobar un artículo nuevo para ser incorporado a la Ley 270 de 1996. La norma era del siguiente tenor:

“Artículo 13. Apruébase como artículo nuevo de la Ley 270 de 1996 el siguiente:

Artículo 42A. Conciliación judicial y extrajudicial en materia contencioso-administrativa. A partir de la vigencia de esta ley, cuando los asuntos sean conciliables, siempre constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan, el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial.

Las conciliaciones judiciales y extrajudiciales únicamente requerirán revisión de la jurisdicción de lo contencioso administrativo cuando así lo solicite y sustente el Ministerio Público, dentro de los tres (3) días

le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pagó indebidamente.

¹⁵ Conciliación extrajudicial en asuntos contencioso-administrativos, Codificación U. Externado No. 2. Pág. 9.

siguientes a su celebración. Dicha solicitud sólo será procedente en los casos en que el Ministerio Público considere que los términos de la respectiva conciliación resultan contrarios al ordenamiento vigente o lesivos para el patrimonio público.” (Subrayado declarado inexecutable)

El fundamento de la inexecutable no fue cuestionar las funciones del Ministerio Público en materia de conciliaciones, sino que el legislador haya sido ligero, en forma casual y sin parámetros, al determinar que el control jurisdiccional quedaba al arbitrio del Ministerio Público sin ningún referente *normativo*. En palabras de la Corte Constitucional, “(...) permitiendo una suerte de escogencia casual y sin ningún tipo de parámetros objetivos defendidos por el Legislador”¹⁶. Aunque no cerró la brecha a la conciliación sin aprobación judicial, aquí se objetó la carencia y precariedad de esa atribución. Como se verá más adelante, con la Ley 1551 de 2012 en el numeral 1.4.2. se consagra la conciliación aprobada en forma directa por los procuradores y la Corte examina y declara constitucional dicha opción.

1.4 Implementación de la conciliación con la Ley 1367 de 2009 y el CPACA

La etapa de consolidación inicia con la expedición de la Ley 1367 de 2009, luego se consolida como política pública con el CPACA, el CGP y la compilación de los MASC en el Decreto 1069 de 2015¹⁷.

¹⁶ Así se dijo: “Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 277 de la Constitución, la Procuraduría General de la Nación tiene funciones de vigilancia del cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos; vela por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas; vigila la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas; interviene en los procesos judiciales y administrativos cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales, entre otras”.

¹⁷ En otros países se usa la figura de la “mediación” que coincide con la conciliación, y también es obligatoria para el acceso a las jurisdicciones. En América se vienen fortaleciendo los MASC como política pública regional con el programa de la UE, Euro Social II JUSTICIA.

1.4.1 Ley 1367 de 2009

Esta ley es una respuesta institucional a los mandatos que en materia de conciliación se le habían conferido a la Procuraduría. En esta nueva norma se adicionan unas funciones al Procurador General de la Nación, sus delegados y se dictan disposiciones en competencias y recurso humano. La norma tiene por objeto implementar eficiencia en la institución de la conciliación en la jurisdicción de lo contencioso administrativo para la solución oportuna de conflictos entre el Estado y los ciudadanos.

En su artículo 5 robustece las funciones que desempeñan los procuradores judiciales en materia de conciliación, entre las cuales cabe destacar la de diseñar y adelantar los programas correctivos a fin de prevenir situaciones estructurales generadas por la administración pública, lesivas al interés y al patrimonio público; y la de adelantar las campañas necesarias para fortalecer el conocimiento de los deberes y derechos que se generen por las relaciones entre el Estado y los particulares (numerales 7 y 8).

Para cumplir este propósito se crearon 110 cargos de procuradores judiciales. Con esto se superó lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-160 de 1999 atinente a que no se pueden crear MASC si no se cuenta con los recursos, parámetros y estructuras administrativas adecuadas para la realización de esa función.¹⁸

¹⁸ La capacidad institucional de las Procuradurías Judiciales se refleja en estas cifras: en el año 2018 se promovieron 69.881 audiencias y el monto de reducción de las pretensiones en 4.110 acuerdos ascendió en ese año a 306.000 millones de pesos.

1.4.2 Ley 1437 de 2011 - CPACA



19

Para el Dr. Roberto Serrato Valdés, destacado como procurador delegado, hoy como ex magistrado del Consejo de Estado, el CPACA es la reforma más importante en la materia analizada:

“El nuevo código, al robustecer y modernizar el procedimiento administrativo, evidencia uno de sus objetivos centrales, la desjudicialización de las controversias que se presentan entre los administrativos y las entidades públicas. Se parte del supuesto consistente en que si la administración de justicia funciona con eficacia, aplica la normatividad vigente y la jurisprudencia; garantiza el debido proceso en sede administrativa, y aplica los principios rectores de la función pública, descritos en el artículo 209 de la Constitución Política y cuyos alcances se precisan en el artículo 3 del mismo estatuto, habrá menos conflictos y sólo se acudiría a los estrados judiciales como último recurso para resolver las controversias en que se encuentran involucradas las entidades estatales.

El fortalecimiento de los MASC al que venimos haciendo referencia se materializa en distintas instituciones del estatuto que aparecen descritas

¹⁹ Fuente citada (*Conciliación extrajudicial en asuntos de lo Contencioso Administrativo*. Roberto Serrato Valdés. Legis 2015.

*en el siguiente cuadro y cuyas características se analizarán a continuación*²⁰.

En relación con la conciliación como requisito de procedibilidad de los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales, el CPACA dispuso que es requisito para poder demandar a la administración pública:

“Artículo 161. Requisitos previos para demandar. La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:

- 1. Cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales. En los demás asuntos podrá adelantarse la conciliación extrajudicial siempre y cuando no se encuentre expresamente prohibida. Cuando la Administración demande un acto administrativo que ocurrió por medios ilegales o fraudulentos, no será necesario el procedimiento previo de conciliación.*
- 2. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios. El silencio negativo en relación con la primera petición permitirá demandar directamente el acto presunto. Si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, no será exigible el requisito al que se refiere este numeral.*
- 3. Cuando se pretenda el cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo, se requiere la constitución en renuncia de la demandada en los términos del artículo 8º de la Ley 393 de 1997.*
- 4. Cuando se pretenda la protección de derechos e intereses colectivos se deberá efectuar la reclamación prevista en el artículo 144 de este Código.*

²⁰ *Conciliación extrajudicial en asuntos de lo contencioso administrativo.* Agosto 2015 - Agosto 2016, Legis Editores S.A., 2015, página 572. Roberto Serrato Valdés.

5. *Cuando el Estado pretenda recuperar lo pagado por una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, se requiere que previamente haya realizado dicho pago”.*

1.4.3 Reformas al CPACA con la Ley 2080 de 2021

La Ley 2080 de 2021 introdujo reformas significativas al CPACA en materia del uso de los MASC. A continuación, se indicarán los artículos que reformaron el CPACA en pro de la utilización de este mecanismo.

El artículo 34 de la Ley 2080 de 2021 otorgó la potestad a las partes para decidir si someten a conciliación prejudicial los asuntos laborales, pensionales y ejecutivos diferentes a los regulados en la Ley 1551 de 2012, en los procesos en que el demandante solicite medidas cautelares de carácter patrimonial, en relación con el medio de control de repetición o cuando quien demande sea una entidad pública. Es decir, no es obligatorio.

“Artículo 34. Modifíquese el numeral 1 del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011, el cual quedará así:

Artículo 161. Requisitos previos para demandar. La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos: 1. Cuando los asuntos sean conciliables; el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales. El requisito de procedibilidad será facultativo en los asuntos laborales, pensionales, en los procesos ejecutivos diferentes a los regulados en la Ley 1551 de 2012, en los procesos en que el demandante pida medidas cautelares de carácter patrimonial, en relación con el medio de control de repetición o cuando quien demande sea una entidad pública. En los demás asuntos podrá adelantarse la conciliación extrajudicial siempre y cuando no se encuentre expresamente prohibida. Cuando la Administración demande un acto administrativo que ocurrió por medios ilegales o fraudulentos, no será necesario el procedimiento previo de conciliación”.

Por otro lado, el artículo 40 de la Ley 2080 de 2021 estipula, en su numeral 8, que la audiencia no se suspenderá en caso de no ser aportada la certificación o el acta del comité de conciliación.

“Artículo 40. Modifíquese los numerales 6, 8 y 9 del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 y adiciónense dos párrafos al mismo artículo, así:

(...)

8. Posibilidad de conciliación. En cualquier fase de la audiencia el juez podrá invitar a las partes a conciliar sus diferencias, caso en el cual deberá proponer fórmulas de arreglo, sin que ello signifique prejuzgamiento.

No se suspenderá la audiencia en caso de no ser aportada la certificación o el acta del comité de conciliación.

(...)”

El inciso segundo del artículo 298 del CPACA fue modificado, cambió la redacción e indicó que, si el título lo constituye una conciliación aprobada por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo o un laudo arbitral en que hubiere sido parte una entidad pública, el mandamiento ejecutivo se libraré, previa solicitud del acreedor, condición que la norma anterior no exigía. Así mismo, se adicionó un inciso tercero que determina la competencia para adelantar la ejecución según la naturaleza del título.

“Artículo 80. Modifíquese el artículo 298 de la Ley 1437 de 2011, el cual quedará así:

Artículo 298. Procedimiento. Una vez transcurridos los términos previstos en el artículo 192 de este código, sin que se haya cumplido la condena impuesta por esta jurisdicción, el juez o magistrado competente, según el factor de conexidad, libraré mandamiento ejecutivo según las reglas previstas en el Código General del Proceso para la ejecución de providencias, previa solicitud del acreedor. Si el título lo constituye una conciliación aprobada por esta jurisdicción o un laudo arbitral en que hubiere sido parte una entidad pública, el mandamiento ejecutivo se libraré, previa solicitud del acreedor, una vez transcurridos seis (6) meses desde la firmeza de la decisión o desde la fecha que en ella se

*señale, bajo las mismas condiciones y consecuencias establecidas para las sentencias como título ejecutivo. En este caso, se observarán las reglas establecidas en el Código General del Proceso para la ejecución de providencias judiciales.
(...)”*

1.4.4 Ley 1551 de 2012: referente de aprobación de la conciliación por la Procuraduría en forma directa

Con la expedición de la Ley 1551 de 2012, por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, se estableció que la conciliación sería requisito de procedibilidad en los procesos ejecutivos que se promuevan contra los municipios e introdujo dos grandes novedades para este mecanismo: omitió el requisito de postulación y la aprobación judicial. Esta norma fue declarada exequible²¹ por la Corte Constitucional en sentencia C-533 de 2013 y reiterada en la sentencia C-830 de 2013.

1.4.5 Sentencias C-533 de 2013 y C-830 de 2013 validan la conciliación sin mediar aprobación judicial

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-533 de 2013, ratificó lo expuesto en el artículo 47 de la Ley 1551 de 2012, el cual dispone que la conciliación prejudicial será requisito de procedibilidad de los procesos ejecutivos que se promuevan contra los municipios. Además, establece la libertad del acreedor de concurrir al proceso sin abogado, así como dispuso que no era necesaria la

²¹ La Sala Plena concluye que: (i) el legislador no viola el derecho de acceso a la justicia al establecer la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad en los procesos ejecutivos que se promuevan contra los municipios, por cuanto es una herramienta razonable [busca fines legítimos e imperiosos constitucionalmente, a través de un medio no prohibido, que es conducente para alcanzarlos y que, *prima facie*, no sacrifica desproporcionadamente otros valores, principio o derechos constitucionales]. (ii) El legislador no viola el principio de igualdad al imponer a los deudores de los municipios una carga procesal (conciliación prejudicial) que no tienen los demás deudores en los procesos ejecutivos considerados en general, puesto que se trata de una decisión legislativa que constituye un ejercicio razonable del poder de configuración normativa que busca una finalidad legítima, mediante un medio no prohibido y adecuado para alcanzarlo. (iii) El legislador viola los derechos de los trabajadores que tengan acreencias laborales a su favor, susceptibles de ser reclamadas mediante un proceso ejecutivo, en especial los derechos a la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales (art. 53, CP) y su derecho a la igualdad (art. 13, CP), al exigirles un requisito procesal (la conciliación prejudicial) que está expresamente excluido por la ley para el resto de los trabajadores. Es decir, la conciliación previa no es exigible como requisito de procedibilidad cuando se trata de acreencias laborales susceptibles de ser reclamadas a los municipios.

aprobación judicial del acuerdo al que se llegue y la advertencia de que el incumplimiento de la conciliación “sólo genera la consecuencia de que el acreedor pueda iniciar el proceso ejecutivo correspondiente”²².

De esta manera, el artículo demandado menciona lo siguiente:

Artículo 47. La conciliación prejudicial. La conciliación prejudicial será requisito de procedibilidad de los procesos ejecutivos que se promuevan contra los municipios. La conciliación se tramitará siguiendo el procedimiento y los requisitos establecidos para la de los asuntos contencioso-administrativos.

El acreedor podrá actuar directamente sin hacerse representar por un abogado. Dicha conciliación no requerirá de aprobación judicial, y su incumplimiento solo genera la consecuencia de que el acreedor puede iniciar el proceso ejecutivo correspondiente.

El delegado del Ministerio Público encargado de la conciliación acumulará todas las solicitudes relacionadas con obligaciones de dar una suma de dinero a cargo del municipio y fijará una sola audiencia trimestral en la que el representante legal del municipio propondrá una programación de pagos de los créditos que acepte, la cual deberá respetar el orden de preferencia de las acreencias previsto en la Ley 550 de 1999.

(...)” (Subrayado fuera de texto)

Para la Corte, la conciliación prejudicial tenía una clara relación de conexidad con la autosostenibilidad fiscal y económica de los municipios, puesto que estos presupuestos se inscriben dentro de los criterios de economía y buen gobierno.

No obstante, es preciso mencionar que, frente al requisito de procedibilidad de conciliación extrajudicial, el artículo 613 del CGP determina que no están cobijados los procesos ejecutivos de cualquier clase, aquellos donde se soliciten medidas cautelares de carácter patrimonial o cuando el demandante sea una entidad pública. Conforme a lo expuesto anteriormente, resulta claro que se exime de la conciliación extrajudicial, como requisito de procedibilidad, en

²² Corte Constitucional, Sentencia C-533 de 2013. Exp. D-9493.

procesos ejecutivos administrativos como en aquellos que se soliciten medidas cautelares patrimoniales²³.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-830 de 2013 resolvió acogerse a lo resuelto en la sentencia C-533 de 2013, en la cual se declararon EXEQUIBLES los tres primeros incisos y el parágrafo 1 del artículo 47 de la Ley 1551 de 2012.

1.4.6 Sentencia de unificación del 31 de julio de 2012

Puntualmente, mediante sentencia de unificación 11001031500020090132801 del 31 de julio de 2012²⁴, la Sala Plena del Consejo de Estado unificó la jurisprudencia contradictoria de algunas de sus salas en relación con la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en el sentido de que “estando de por medio derechos de carácter laboral, que algunos tienen la condición de irrenunciables e indiscutibles y otros de inciertos y discutibles, en cada caso en particular debe analizarse el publicitado requisito de procedibilidad, puesto que el mismo no siempre resulta obligatorio. Inicialmente, de acuerdo con una interpretación sistemática de las normas aplicables y de la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Sala considera necesario precisar que, para el caso de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, son conciliables los aspectos de contenido económico que suelen contener los actos administrativos”.

1.4.7 Sentencia de unificación en MASC del 11 de octubre de 2018

En reciente sentencia de unificación, de radicado 17001-23-33-000-2016-00440-01, la Sección Primera del Consejo de Estado reivindicó la importancia de los MASC e indicó que la audiencia especial de pacto de cumplimiento es una modalidad de estos mecanismos.

Para tal efecto, insta a los comités de conciliación a realizar un estudio del caso presentado.

²³ Arias, F., (2013, 4 de abril). *El impacto del Código General del Proceso en la jurisdicción contenciosa administrativa*. Revista Principia Juris No. 19. Pág. 51-52. Recuperado de:

<http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/viewFile/765/762>

²⁴ Consejo de Estado. Sentencia de unificación del 31 de julio de 2012. Rad. 11001031500020090132801.

*“(...) para determinar y hacer cumplir las políticas públicas de las entidades respecto a la prevención del daño antijurídico y la defensa de sus intereses, lo cual implica la evaluación de los litigios en curso para su adecuado y eficaz trámite, el análisis de los procesos culminados para determinar las causas e índices de condenas y prevenir deficiencias en las actuaciones administrativas, la pertinencia del llamamiento en garantía o de la acción de repetición, así como, la procedencia en la utilización de los mecanismos alternativos de solución de conflictos”.*²⁵

Por lo anterior:

“(...) previamente a la audiencia de pacto de cumplimiento, el comité de conciliación de la entidad que sea parte de una acción popular debe realizar un análisis de los argumentos y pruebas de la demanda, así como de la actuación y competencias de la entidad frente al caso, adoptar la decisión respecto a su procedencia o improcedencia del acuerdo y fijar los parámetros dentro de los cuales el representante legal o el apoderado puede comprometer a la entidad respecto a las obligaciones de hacer, no hacer o dar para la debida protección de los derechos o intereses colectivos amenazados o vulnerados”.

1.4.8 Ley 1955 de 2019: Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022²⁶

La Ley 1955 de 2019, en su artículo 53, desarrolló lo concerniente al pago de sentencias o conciliaciones. Al respecto, prevé la norma:

“Artículo 53. Pago de sentencias o conciliaciones en mora. Durante la vigencia de la presente Ley, la Nación podrá reconocer como deuda pública las obligaciones de pago originadas en sentencias o conciliaciones debidamente ejecutoriadas y los intereses derivados de las mismas, que se encuentren en mora en su pago a la fecha de expedición de la presente Ley. Este reconocimiento operará exclusivamente para las entidades que hagan parte del Presupuesto General de la Nación y por una sola vez. En estos casos, dichas obligaciones de pago serán reconocidas y pagadas

²⁵ Número de Radicado: 17001-23-33-000-2016-00440-01(AP), actor: Enrique Arbeláez Mutis; demandado: CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CALDAS - CORPOCALDAS Y OTROS. M.P. Roberto Augusto Serrato Valdés.

²⁶ “Pacto por Colombia, pacto por la equidad”.

bien sea con cargo al servicio de deuda del Presupuesto General de la Nación o mediante la emisión de Títulos de Tesorería TES Clase B.

Para el cumplimiento de lo señalado en este artículo y con el objetivo de suministrar la respectiva liquidez, la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público administrará, en una cuenta independiente el cupo de emisión de TES que se destine a la atención de las obligaciones de pago originadas en sentencias o conciliaciones ejecutoriadas, y los intereses derivados de las mismas. Para estos efectos, la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional estará facultada para realizar las operaciones necesarias en el mercado monetario y de deuda pública.

En todo caso, las entidades de las que trata el inciso primero de este artículo deberán tener en cuenta:

- 1. La veracidad, oportunidad, verificación de los requisitos para el pago de las obligaciones, así como la responsabilidad de adelantar las gestiones pertinentes radica exclusivamente en cada una de las entidades, sin que implique responsabilidad alguna para las demás entidades que participan en el proceso de pago de las sentencias o conciliaciones, de conformidad con lo que para el efecto defina el Gobierno nacional. El incumplimiento de lo dispuesto en este numeral acarreará las sanciones penales, disciplinarias y fiscales a que haya lugar.*
- 2. El cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 262 de la Ley 1819 de 2016.*
- 3. Podrán celebrar acuerdos de pago o conciliaciones extrajudiciales con los beneficiarios finales, respecto de los montos adeudados.*
- 4. La responsabilidad por el pago de las obligaciones es exclusivamente de la entidad. El Gobierno nacional reglamentará la materia.*

PARÁGRAFO PRIMERO. La emisión de Títulos de Tesorería TES Clase B de que trata el presente artículo no implica operación presupuestal y sólo debe presupuestarse para efectos del pago de intereses y la redención de los títulos.

PARÁGRAFO SEGUNDO. Las entidades del Presupuesto General de la Nación de las que trata el presente artículo deberán suscribir con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público los acuerdos de pago para asumir el principal e intereses de los títulos con cargo a sus presupuestos de gasto y procederán con los registros contables que sean del caso para extinguir dichas obligaciones”.

80

La norma transcrita debe ser reglamentada por el Gobierno nacional, pero surgen varias preocupaciones para la Procuraduría General de la Nación frente a esta: i) que en el proyecto de decreto se habilite a las entidades nacionales para contratar con un liquidador, en la medida que varias entidades tienen al día las liquidaciones; ii) que las prioridades estén dadas por quienes presenten la solicitud de acuerdo y conforme los turnos que establece el artículo 15 de la Ley 962 de 2005. Sin desconocer estas normas, la Procuraduría ha propuesto la posibilidad de reconocer las sentencias y conciliaciones en firme con especial atención de las víctimas, aquellas donde existió privación injusta de la libertad, la contingencia de la Rama Judicial y las obligaciones laborales pendientes; iii) que, si bien estos pagos van con cargo a la deuda pública, es claro que el beneficiario del acuerdo debe reducir el monto de sus pretensiones para lograrlos.

Por otro lado, cabe señalar lo expuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-161 de 2022, mediante la cual se demandó el artículo 130 de la Ley 1955 de 2019.

“Artículo 130. Contribución especial para laudos arbitrales de contenido económico. Créase la contribución especial para laudos arbitrales de contenido económico a cargo de la persona natural o jurídica o el patrimonio autónomo a cuyo favor se ordene el pago de valor superior a setenta y tres (73) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Estos recursos se destinarán a la financiación del sector Justicia y de la Rama Judicial.

Serán sujetos activos de la contribución especial, el Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, con destino al Fondo para la Modernización, Descongestión y Bienestar de la Administración de Justicia La contribución especial se

causa cuando se haga el pago voluntario o por ejecución forzosa del correspondiente laudo.

La base gravable de la contribución especial será el valor total de los pagos ordenados en el correspondiente laudo, providencia o sentencia condenatoria. La tarifa será el dos por ciento (2%). En todo caso, el valor a pagar por concepto del impuesto no podrá exceder de mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La entidad pagadora, ya sea persona natural o entidad pública o privada, en el momento en que efectúe pagos totales o parciales de las cuantías ordenadas en el laudo arbitral, deberá retener en la fuente la totalidad de la contribución especial causada con el respectivo pago. La retención practicada deberá ser incluida y pagada en la respectiva declaración mensual de retenciones en la fuente del agente retenedor, de acuerdo con las normas que regulan la retención en la fuente contenidas en el Estatuto Tributario.

(...)" (Subrayado fuera de texto)

Para la Corte, se vulneró lo dispuesto en el artículo 338 superior, dado que el inciso segundo del mencionado artículo únicamente permite que las tasas y contribuciones especiales puedan destinarse a la recuperación de los costos en los que incurran las entidades que prestan un servicio público inherente al Estado o la participación en los beneficios que les sean proporcionados, y no para el financiamiento de todos los gastos de funcionamiento e inversión de las mismas, lo cual es inobservado por la disposición demandada, dado que los recursos se destinarán de manera específica a la financiación del sector justicia y de la Rama Judicial²⁷.

Finalmente, es de advertir que la Ley 1955 de 2019, conocida como el Plan Nacional de Desarrollo del periodo 2018-2022, tiene una vigencia que corresponde al periodo presidencial para el cual fue diseñado, es decir, su vigencia abarca desde el año 2019 hasta el 2022.

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-161 de 2022. Exp. D-14189.

1.4.9 Ley 2294 de 2023: Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026²⁸

En relación con la ley del Plan Nacional de Desarrollo para el periodo de 2022 a 2026, es pertinente remitirnos al artículo 190, el cual establece una serie de prohibiciones para financiar con recursos del Sistema General de Participaciones (SGP), entre las que resaltan los fallos judiciales y las conciliaciones.

82

“Artículo 190. Adiciónese el artículo 84A a la Ley 715 de 2001, así:

Artículo 84A. Prohibición de gastos. Los recursos del Sistema General de Participaciones (SGP) son rentas de destinación específica se asignan para inversión y gasto corriente del sector y deben destinarse de forma exclusiva a conceptos de gasto que tengan fundamento legal y constitucional.

Está prohibido financiar con recursos del Sistema General de Participaciones:

(...)

3. Fallos judiciales y conciliaciones. Cada sección presupuestal debe contar con el rubro de sentencias y conciliaciones, el mismo debe provisionarse con recursos propios de libre destinación para el pago inmediato de sentencias ejecutoriadas.

(...). (Subrayado fuera de texto)

Aunado a lo anterior, es válido precisar que el Plan Nacional de Desarrollo estableció que cada sección deberá contar con el rubro de sentencias y conciliaciones, destinando sus propios recursos para el pago de estas. Pero si la sentencia es para garantizar un servicio, por ejemplo, por vía de tutela, no hace sentido esa restricción que acarrea la desfinanciación del sistema y va en contra del principio de sostenibilidad. Igual sucede con las sentencias que ordenan pagos justos por servicios prestados como impedir que ello sea reconocido. De este modo, con la entrada en vigor de la Ley 2220 de 2022, se acarrea una

²⁸ “Colombia potencia mundial de vida”.

obligación adicional, ya que esta ordenó priorizar el pago de las conciliaciones y, a su vez, mantener la preferencia de turno.

También es pertinente señalar lo dispuesto por el Plan Nacional de Desarrollo en materia de pago de sentencias o conciliaciones en mora por parte de la Nación, quedando en cabeza del Gobierno nacional reglamentar lo estipulado en el artículo 338 de la norma en mención.

“Artículo 338. Pago de sentencias o conciliaciones en mora. Durante la vigencia de la presente ley, la nación podrá continuar reconociendo como deuda pública las obligaciones de pago de las entidades que hagan parte del Presupuesto General de la Nación, originadas en sentencias o conciliaciones debidamente ejecutoriadas y los intereses derivados de las mismas que se encuentren en mora de pago hasta el 31 de diciembre de 2023. Estas obligaciones de pago serán reconocidas y pagadas con cargo al servicio de deuda del Presupuesto General de la Nación.

Las entidades de las que trata el inciso primero de este artículo deberán tener en cuenta lo siguiente:

1. El jefe y/o representante legal de cada órgano que utilice el mecanismo a que hace referencia el presente artículo será responsable por la adecuada identificación de las obligaciones a pagar y la gestión para su expedito reconocimiento. Por lo tanto, la veracidad, oportunidad, verificación de los requisitos para el pago de las obligaciones, así como la responsabilidad de adelantar las gestiones pertinentes radica exclusivamente en cada una de las entidades, sin que implique responsabilidad alguna para las demás entidades que participan en el proceso de pago de las sentencias o conciliaciones.

2. El cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 262 de la Ley 1819 de 2016.

3. La posibilidad de celebrar acuerdos de pago o conciliaciones extrajudiciales con los beneficiarios finales, respecto de los montos adeudados.

El Gobierno nacional reglamentará lo previsto en el presente artículo.

Parágrafo. Con el propósito de evitar la acumulación del pago de sentencias y conciliaciones y sus intereses moratorios, cada órgano del Presupuesto General de la Nación, solicitará en el anteproyecto de presupuesto el monto requerido de acumulación en el Fondo de Contingencias de Entidades Estatales para cubrir y pagar las contingencias judiciales de conformidad con lo previsto en la Ley 448 de 1998 y su metodología de valoración”. (Subrayado fuera de texto)

Es relevante lo establecido por el parágrafo, ya que le da la función a cada órgano del Presupuesto Nacional de la Nación de solicitar el presupuesto requerido para pagar las contingencias judiciales, dicho rubro debe ser solicitado en el anteproyecto.

1.5 El nuevo Estatuto de Conciliación en Colombia - Ley 2220 de 2022

1.5.1 Principios y reglas con seguridad jurídica

La Ley 2220 de 2022 expidió el Estatuto de Conciliación, a través del cual se logró dar identidad a la conciliación en Colombia, puesto que dicho mecanismo venía siendo regulado por una normatividad de tipo procedimental, con la cual no se lograba tener una estructura clara y consolidada.

El estatuto desarrolla las principales reglas de la conciliación, así como su estructura y, en materia contencioso-administrativa, logró establecer las definiciones y los lineamientos clarificando el procedimiento, así como los asuntos susceptibles de conciliación y aquellos que no son conciliables.

Es así como la conciliación extrajudicial contencioso-administrativa ha sido definida por dicho estatuto de Conciliación como: “un mecanismo alternativo de resolución de conflictos, autocompositivo, por medio del cual las partes, por conducto de apoderado, gestionan ante un agente del Ministerio Público neutral y calificado la solución de aquellas controversias cuyo conocimiento corresponda a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”²⁹, definición con la que se brinda una clara identidad del mecanismo.

²⁹ Ley 2220 de 2022, artículo 88.

Aunado a lo anterior, el estatuto desarrolló una serie de principios y objetivos para la conciliación contencioso-administrativa, lo que resulta en un entorno muy significativo para el procedimiento en la solución de controversias. Los principios establecidos por el estatuto, y que son de estricto cumplimiento, se encuentran establecidos en dos categorías: generales y específicos. Los generales son los siguientes:

- a) Autocomposición,
- b) Garantía de acceso a la justicia,
- c) Celeridad,
- d) Confidencialidad,
- e) Informalidad,
- f) Economía,
- g) Transitoriedad de la función de administrar justicia del conciliador particular,
- h) Independencia del conciliador,
- i) Seguridad jurídica,
- j) Principio de neutralidad e imparcialidad, y
- k) Principio de presunción de buena fe.

En el mismo sentido, los tres principios especiales propios de la conciliación contencioso-administrativa establecidos en el artículo 91 de la ley en mención son:

- i) La salvaguarda y protección del patrimonio público y el interés general;
- ii) La salvaguarda y protección de los derechos ciertos e indiscutibles, y
- iii) La protección reforzada de la legalidad.

También serán aplicables los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política. Igualmente, serán aplicables los principios de que trata el CPACA, en cuanto resulten compatibles con la naturaleza y características de estos MASC. De esta manera, se alcanza un enfoque axiológico y no meramente procedimental como el que se configuraba en la legislación anterior.

1.5.2 El procedimiento de la conciliación administrativa

El procedimiento de la conciliación contencioso-administrativa se rige por el título V del estatuto, 'Normas especiales relativas a la conciliación en asuntos

de lo contencioso administrativo' y, en los aspectos no regulados, por el libro primero del CPACA, seguido del libro segundo del CPACA y, de manera supletoria, por el CGP, siempre y cuando vaya en armonía con las disposiciones especiales y taxativamente mencionadas. Con ello se edifican algunas reglas especiales y prevalentes que fortalecen su naturaleza consensual y autocompositiva.

86

Con anterioridad a la nueva ley existía un vacío en materia de procedimiento aplicable que daba lugar a diversas posiciones jurídicas, entre las que destacan el procedimiento administrativo, procedimiento similar al judicial o procedimiento *sui géneris* que no comprendía ninguno de los anteriores. Con la llegada del estatuto y, en especial, del capítulo II 'Del procedimiento conciliatorio en asuntos de lo contencioso administrativo' del título V, se ve cómo ese vacío quedó totalmente superado.

En principio se establece que el trámite conciliatorio, por regla general, tendrá lugar de manera electrónica, iniciando con la radicación de la petición de conciliación en los canales digitales dispuestos por el Ministerio Público y deberá cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 101 del Estatuto de Conciliación, 'Petición de convocatoria de conciliación extrajudicial', los cuales serán evaluados por el funcionario designado para la revisión integral de la petición, quien podrá admitir o inadmitir. Para aclaración, adición y/o reforma de la petición, el interesado dispone de diez días contados a partir de la radicación de la misma³⁰.

Con la inserción de la figura que rechaza de plano la solicitud, el artículo 103 del estatuto estableció que la misma se configura en el caso que: i) sea admitida una demanda basada en los mismos hechos y pretensiones, de tratarse de un asunto donde exista pacto arbitral cuando se haya asumido la competencia por parte de los árbitros en la primer audiencia del trámite; y ii) cuando ya se haya presentado solicitud de conciliación extrajudicial por los mismos hechos y pretensiones, salvo que las partes la presenten de mutuo acuerdo.

³⁰ Ley 2220 de 2022, artículo 102, parágrafo 3. La aclaración, adición y reforma de la petición de conciliación podrá realizarse en los mismos eventos previstos para la demanda en la Ley 1437 de 2011 o la norma que la sustituya o modifique, dentro de los diez (10) días siguientes a su radicación. En estos eventos el agente del Ministerio Público verificará que los asuntos objeto de aclaración, adición o reforma sean conciliables en los términos señalados en esta ley.

El estatuto determina tácitamente el trámite de la audiencia de conciliación en aspectos como la oportunidad de intervención de los apoderados, del agente del Ministerio Público, y la toma de decisiones para lograr llegar a un acuerdo; así como el contenido del acta suscrita en la audiencia de conciliación.

En cuanto a la competencia para la conciliación extrajudicial adelantada por los agentes del Ministerio Público, la PGN, a través de la Resolución 035 de 27 de enero de 2023, en el artículo tercero, 'Reparto de las peticiones de convocatoria a conciliación extrajudicial en asuntos de lo contencioso administrativo', dispuso que la asignación y competencia para conocer de las peticiones de conciliación por parte de los procuradores judiciales I y II continuará adelantándose de acuerdo con las reglas de competencia establecidas para los jueces y magistrados en el CPACA, salvo en lo relativo al factor de la cuantía para el reparto efectuado a los procuradores judiciales II.

La PGN brindará las garantías de reparto equitativo de la carga, asegurando así la imparcialidad y neutralidad frente al asunto de conciliación. Para este fin, se facultará al procurador delegado para la Conciliación Administrativa la función de definir y, de ser necesario, variar las reglas de reparto en casos particulares.

Dicha disposición se mantendrá hasta tanto no se implemente un sistema único nacional de radicación y reparto de peticiones de convocatoria a conciliación extrajudicial en asuntos de lo contencioso administrativo por parte de la Oficina de Tecnología, Innovación y Transformación Digital, conforme lo ordena el parágrafo segundo del artículo 2 de la resolución en mención de la PGN³¹.

1.5.3 Cambios sustanciales para los comités de conciliación

Frente a estas instituciones cabe indicar que en varios espacios académicos a estos cuerpos colegiados se les ha llamado, en forma irónica, "comités de no conciliación". Lo cual no es del todo cierto, como lo indican las cifras y los logros que destacó esta publicación desde su primera edición, donde el ex procurador Carrillo Torres analizó limitantes y obstáculos que se debían superar frente a los comités de conciliación. Sin embargo, varios comités en estas dos décadas

³¹ Resolución 035 de 2023, artículo 2, parágrafo 2. Dentro del año siguiente a la expedición de la presente resolución, la Oficina de Tecnología, Innovación y Transformación Digital deberá implementar un sistema único nacional de radicación y reparto de peticiones de convocatoria a conciliación extrajudicial en asuntos de lo contencioso administrativo.

de los MASC no han realizado un esfuerzo por darle cumplimiento a su objetivo primordial. Con el propósito de modificar esta situación, se han introducido las reformas que se vienen destacando. Particularmente, los artículos 115 y 130 del estatuto se ocupan de este asunto.

A continuación, enunciamos los principales aspectos:

- a) La identidad legal de los comités y sus competencias. Ahora las competencias, atribuciones y procedimientos tienen una base legal.
- b) La aplicación de los principios en la toma de decisiones de los comités.
- c) El estudio y aplicación de sentencias de unificación del Consejo de Estado y la jurisprudencia de las altas cortes con el objetivo de identificar la probabilidad de condena.
- d) Para efecto de tomar decisiones en asuntos que versen sobre vigilancia y control fiscal, deberá invitar a participar en dicho comité a la autoridad fiscal correspondiente.
- e) Definición de las fechas y formas de pago de las diferentes conciliaciones, con lo cual se autoriza la celeridad, y de este modo se crea un incentivo para que se acuda a este mecanismo.
- f) Deber de incorporar un sistema que establezca un número consecutivo a las peticiones para su estudio.
- g) Deberes de diligencia y cuidado ante la conciliación extrajudicial.

1.5.4 Creación del Sistema Nacional de Conciliación y del Consejo Nacional de Conciliación

El artículo 133 del estatuto crea el Sistema Nacional de Conciliación, integrado por el Ministerio de Justicia y del Derecho; el Consejo Nacional de Conciliación y Acceso a la Justicia, previsto en esta ley como órgano operativo; entidades formadoras en conciliación; órganos de operación de la conciliación; conciliadores; órganos disciplinarios y de control, inspección y vigilancia; entidades y órganos que coadyuvan a la conciliación; y órganos de planeación y financiamiento.

Con la creación del sistema, el Ministerio de Justicia y del Derecho busca la implementación de la política pública de conciliación, esto con la finalidad de impulsar la promoción, el fortalecimiento y el desarrollo de la conciliación en las entidades interinstitucionales.

El Consejo Nacional de Conciliación también fue creado por el estatuto como el órgano operativo del sistema. Estará integrado por el ministro de Justicia y del Derecho o su delegado; el procurador general de la Nación o su delegado; el director de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado o su delegado; dos representantes de los centros de conciliación de entidades sin ánimo de lucro de naturaleza privada; un representante de los centros de conciliación de entidades públicas, distintos de la Procuraduría General de la Nación; un representante de los puntos de atención de conciliación en equidad del país; dos representantes de los consultorios jurídicos de las instituciones de educación superior; y dos representantes de las entidades territoriales que tengan programas locales de justicia en equidad.

Con la instalación del consejo, se deberá implementar un plan estratégico para que en este sean establecidos los programas, objetivos, estrategias, acciones, metas e indicadores que permitan el cumplimiento de los objetivos propios del sistema, como la promoción, fortalecimiento y desarrollo de la conciliación.

1.5.5 La aprobación judicial, recursos y la inexecutable parcial para la Contraloría

Una vez se logre el acuerdo conciliatorio, el agente del Ministerio Público deberá enviar, dentro de los tres días siguientes a la celebración de la audiencia, el acta para la aprobación judicial al juez o corporación competente. A su vez, el estatuto, en su artículo 113, ordenaba que el acuerdo conciliatorio y sus anexos sean remitidos también a la CGR para que brinde concepto ante el juez correspondiente como mecanismo de protección del patrimonio público, esta remisión al órgano de control fue declarada inexecutable.

Para dichos trámites se han establecido términos perentorios e improrrogables. Para la aprobación judicial, la autoridad competente en todo caso cuenta con dos meses para aprobar o improbar el acuerdo conciliatorio, contados a partir del vencimiento del plazo de remisión del respectivo procurador.

En cuanto al auto que apruebe o impruebe la conciliación, procede la oportunidad para interponer recurso de apelación por parte del agente del Ministerio Público, por el convocante y/o el convocado. Dicho auto presta mérito ejecutivo y tendrá efecto de cosa juzgada. En caso de aprobación parcial, procederá sólo con la declaración expresa de las partes. Finalmente, frente a las actuaciones adoptadas por el agente del Ministerio Público, procederá el

recurso de reposición a partir de los tres días siguientes a la notificación de la decisión.

Lo desarrollado precedentemente se encuentra reglado en el artículo 113 de la Ley 2220 de 2022 y fue demandado en una acción de inconstitucionalidad, basándose en dos cargos principales. El primero de ellos contra el inciso segundo del artículo, que obligaba a la CGR a rendir un concepto ante el juez en casos donde el acuerdo superara los 5.000 SMMLV. El demandante alegó que esto violaba la autonomía de la CGR y la competencia del contralor para formular advertencias. El segundo cargo de la demanda también cuestionaba el concepto obligatorio, además de otras dos partes del artículo: el inicio del término para que el juez decida después del concepto y la posibilidad de apelar la decisión de aprobación o improbación del acuerdo, argumentando que estas disposiciones violan la independencia judicial y la separación de poderes al permitir la injerencia de la CGR ante la Rama Judicial.

La decisión de la Corte Constitucional con la sentencia C-071 de 2024 declara parcialmente inexecutable el artículo en mención, dejando sin efecto la participación de la CGR tanto en lo relativo al concepto que debía rendir de manera obligatoria en asuntos con cuantía superior a los 5.000 SMMLV y la presentación del recurso de apelación contra la decisión que improbara el acuerdo.

La Corte basó su decisión en estas cuatro razones principales:

“(i) el concepto de la entidad no encuadra dentro de la función de control fiscal, tanto posterior y selectiva como preventiva y concomitante, toda vez que la Constitución no le asignó una función tal a la entidad, el juez no es gestor fiscal y tampoco tiene las características de selectividad y excepcionalidad propias de dichos modelos, además de desconocer la competencia del contralor general para formular advertencias;

(ii) el propósito de la disposición es, de acuerdo con el trámite legislativo, impedir el ejercicio del control fiscal con posterioridad a que se rinda el concepto, lo que impacta la autonomía de la Contraloría y desnaturaliza el control fiscal, el cual no se ejerce dentro de un proceso judicial;

(iii) desconoce la independencia judicial, pues el concepto tiene un poder disuasivo respecto del juez, como consecuencia de la naturaleza constitucional de la Contraloría, como organismo técnico y responsable de la vigilancia fiscal; y

(iv) la protección del patrimonio público no se puede lograr desconociendo la independencia judicial, como expresión de la separación de poderes, por medio de la vinculación del organismo de control en un trámite judicial para determinar uno de los aspectos que, en derecho, debe decidir el juez, esto es, la afectación o no del patrimonio público”.³²

La disposición demanda con la inexecutable parcial queda así:

“ARTÍCULO 113. APROBACIÓN JUDICIAL. <Apartes tachados INEXEQUIBLES> El agente del Ministerio Público remitirá, dentro de los tres (3) días siguientes a la celebración de la correspondiente audiencia, el acta de acuerdo total o parcial de conciliación, junto con el respectivo expediente al juez o corporación competente para su aprobación ~~y a la Contraloría General de la República para que conceptúe ante el juez de conocimiento sobre si la conciliación afecta o no el patrimonio público, para lo cual tendrá un término de 30 días contados a partir de la recepción del acuerdo conciliatorio.~~

~~El concepto de la Contraloría será obligatorio en aquellos casos superiores a 5000 salarios mínimos legales mensuales.~~

~~El juez competente al asumir el conocimiento del trámite conciliatorio informará a la Contraloría respectiva sobre despacho judicial a cargo del trámite.~~

La decisión de aprobación o improbación judicial deberá ser adoptada dentro de los dos (2) meses siguientes ~~a la fecha en que venza el plazo de la Contraloría para conceptuar.~~ El plazo que tiene el juez para adoptar la

³² Corte C. Comunicado 09 del 6 y 7 de marzo de 2024.

decisión podrá prorrogarse por una única vez hasta por dos (2) meses adicionales para la práctica de pruebas, en caso de resultar necesario.

Los términos aquí establecidos son perentorios e improrrogables.

La providencia que decida sobre el acuerdo conciliatorio deberá ser notificada a las partes y al agente del Ministerio Público que adelantó la conciliación extrajudicial ~~y a la contraloría~~ quienes podrán interponer el recurso de apelación contra el auto que apruebe o impruebe la conciliación.

No podrá realizarse aprobación parcial de los acuerdos conciliatorios, salvo aceptación expresa de las partes.

La improbación del acuerdo conciliatorio no hace tránsito a cosa juzgada.

El acta de acuerdo conciliatorio total o parcial adelantado ante el agente del Ministerio Público y el correspondiente auto aprobatorio debidamente ejecutoriado, prestarán mérito ejecutivo y tendrán efecto de cosa juzgada.

~~La Contraloría General de la República, conformará grupos de trabajo especializados a través de las delegadas correspondientes según el sector, para la atención oportuna de los traslados en conciliaciones que se surtan ante esta."~~

En síntesis, desaparece el traslado desde la PGN a la CGR. No se emite concepto desde el órgano de control fiscal al juez que conocerá la conciliación. Y, finalmente, este organismo pierde competencia para presentar recursos ante la decisión judicial.

1.5.6 La utilización de medios de prueba

Con el estatuto se superan las incertidumbres respecto a la utilización de los medios de prueba, ya que el artículo 107 contempla que las partes podrán aportar las pruebas que consideren necesarias con la presentación de la petición de conciliación o en la audiencia, siguiendo los requisitos consagrados

en el artículo 243 y subsiguientes del CGP, cuya normatividad consagra las reglas básicas para el aporte de documentos.

El agente del Ministerio Público tiene la potestad de solicitar las pruebas que crea convenientes para el trámite de la audiencia de conciliación y las partes cuentan con un término de 20 días calendario para aportar las pruebas solicitadas. Dicho término se cuenta dentro de los tres meses del trámite conciliatorio. Si no se aportan las pruebas solicitadas se dará fin al trámite conciliatorio, ya que se entenderá que no se logró el acuerdo.

Adicionalmente, se crea la reserva legal para que las entidades no revelen sus estrategias de defensa jurídica. Así las cosas, los documentos que sean solicitados a las entidades, con el fin de esclarecer los supuestos fácticos y jurídicos, contarán con dicha facultad, ello en el evento que exista ánimo conciliatorio. El agente del Ministerio Público podrá solicitar el apoyo técnico de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la PGN, así como también de las entidades públicas competentes para el efecto.

1.5.7 La conciliación como requisito de procedibilidad o como oportunidad de libre disposición de las partes

Una de las reformas más relevantes en este tópico reside en que no quedan dudas de la posibilidad que tienen los actores de buscar una conciliación de común acuerdo, como un medio de solución de problemas para evitar futuras controversias. Con ello se busca que las partes, previo a acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso- Administrativo, tengan dicha oportunidad, siendo la conciliación un requisito de obligatorio cumplimiento. Aunado a lo anterior, es relevante indicar que la ausencia del agotamiento de la conciliación como requisito de procedibilidad dará lugar al rechazo de plano de la demanda por parte del juez de conocimiento. Esta regla, a su vez, previene la dilatación del proceso.

Frente al estado de cosas en materia de conciliaciones de lo contencioso laboral como requisito de procedibilidad, no se introdujeron cambios sustanciales y eventualmente se hizo un análisis complementario. Frente a lo anterior, el artículo 105 del estatuto establece que será superado el agotamiento del requisito de procedibilidad expidiendo la correspondiente constancia en los siguientes eventos:

“1. Cuando se presente una solicitud para la celebración de una audiencia de conciliación y el asunto de que se trate no sea conciliable de conformidad con la ley. En este evento, la constancia deberá expedirse en el plazo establecido en el artículo 104 de la presente ley.

2. Cuando las partes o una de ellas no comparezca a la audiencia. En la constancia deberán indicarse, expresamente, las excusas presentadas por la inasistencia, si las hubiere, o la circunstancia de que no fueron presentadas. En este evento, la constancia deberá expedirse al día siguiente del vencimiento del término para la presentación de las excusas por inasistencia.

3. Cuando se efectúe la audiencia de conciliación sin que se logre acuerdo. En este evento, la constancia deberá expedirse y ponerse a disposición del interesado al finalizar la audiencia.”

Esto para acreditar el cumplimiento del requisito de procedibilidad ante la autoridad judicial competente, en dicha constancia se dejará expresamente establecido el objeto de la petición. Así las cosas, los requisitos de procedibilidad se conservan. Esta norma le da un nuevo sentido a la conciliación y la refuerza, toda vez que, como se verá en el siguiente numeral, incluso los procuradores han quedado investidos de facultades y se les han delegado actuaciones para reforzar la efectividad y eficiencia de este mecanismo.

1.5.8 Nuevas atribuciones en la Procuraduría General de la Nación para los procuradores

La función que cumple el Ministerio Público en materia de conciliación ha evolucionado en la medida que las actuaciones de los procuradores judiciales no se encontraban enunciadas en ninguna norma.

De este modo, la Ley 2220 de 2022, en su artículo 98, abordó una serie de atribuciones especiales para los agentes del Ministerio Público, permitiendo que estos brinden las garantías para las partes dentro del proceso, entre las cuales se destacan:

a) *“Solicitar cuando hubiere lugar a la complementación de la petición de conciliación.*

- b) *Citar a la audiencia de conciliación al ordenador del gasto con capacidad de conciliar.*
- c) *Podrá solicitar a las partes pruebas nuevas o complementar las ya presentadas, para contribuir al acuerdo conciliatorio.*
- d) *Solicitar el apoyo técnico de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación. Dichos informes o conceptos ostentan la calidad de prueba en el procedimiento conciliatorio.*
- e) *Solicitar la reconsideración de la decisión adoptada por los comités de conciliación en los siguientes eventos:*
 - I. Alta probabilidad de condena.*
 - II. Que existan sentencias de unificación o jurisprudencia reiterada sobre la materia.*
 - III. Se considere que la fórmula de conciliación compromete la legalidad, en cuanto en el mismo sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley, o no esté conforme al interés público o social o se atente contra él o del mismo se derive un agravio injustificado a una de las partes o a un tercero, o sea lesivo para el patrimonio público³³.*
- f) *Podrá realizar audiencias privadas con las partes para explorar fórmulas de arreglo”.*

Adicionalmente, en el evento de que el comité de conciliación presente fórmula de arreglo y esta sea rechazada total o parcialmente por el apoderado del convocante (rechazo que debe ser plenamente justificado), el agente del Ministerio Público ordenará la comparecencia del convocante (la persona natural o del representante legal al tratarse de una persona jurídica) para exponerle la fórmula de arreglo presentada. Si el agente del Ministerio Público lo considera procedente, podrá compulsar copias para que se investiguen las faltas disciplinarias del apoderado de la parte convocante, en especial, las previstas en el artículo 38 de la Ley 1123 de 2007 o las normas que las modifiquen.

1.5.9 Preferencia de turno en el pago de las conciliaciones

La conciliación por mandato expreso del artículo 143 tendrá un derecho de preferencia de turno. La ley dispone que los acuerdos conciliatorios en materia

³³ Artículo 98 del Estatuto de Conciliación.

contencioso-administrativa tienen prelación de turno, por lo tanto, se deben asumir de manera inmediata para ser revisados por la jurisdicción contenciosa. Por ser una disposición nueva, el Gobierno nacional deberá reglamentar la materia y adoptar un sistema de turnos preferencial.

Por su parte, las entidades estatales deben establecer un sistema de turnos preferencial para el pago de los acuerdos conciliatorios aprobados por la jurisdicción, siendo este un incentivo para la celebración de acuerdos conciliatorios, contribuyendo así a que se disminuyan altas condenas que afectan el patrimonio del Estado por los altos intereses que se deben pagar al cabo de varios años que a veces son más de dos lustros.

1.5.10 Adopción del estatuto por parte de la Procuraduría General de la Nación

La Procuraduría General de la Nación, con el fin de dar cumplimiento y aplicación a las disposiciones del Estatuto de Conciliación para lo contencioso administrativo, expidió la resolución 035 de 27 de enero de 2023, "Por medio de la cual se imparten instrucciones administrativas para la implementación de la Ley 2220 de 2022 en el trámite de los procedimientos de conciliación extrajudicial en asuntos de lo contencioso administrativo y se dictan otras disposiciones". En concordancia con el estatuto, resolvió que, en el trámite conciliatorio adelantado ante los agentes del Ministerio Público, la utilización de medios electrónicos será la principal herramienta para todas las etapas procesales desde su radicación. El uso del medio físico tendrá que ser justificado y probado por la imposibilidad del acceso digital. Por esta razón, en el artículo segundo de la resolución se establecen los canales digitales habilitados por la PGN para la radicación y demás gestiones necesarias inherentes al trámite conciliatorio.

El trámite conciliatorio extrajudicial llevado a cabo por medios electrónicos se regirá por los siguientes principios: economía, neutralidad tecnológica, autenticidad, integridad, interoperabilidad y recuperabilidad de la información, y armonización directa con las corporaciones o despachos judiciales.

El parágrafo segundo del artículo segundo ordena a la Oficina de Tecnología, Innovación y Transformación Digital la creación e implementación de un sistema único nacional de radicación y reparto de peticiones de convocatoria a

conciliación extrajudicial en asuntos de lo contencioso administrativo. El sistema debe entrar en funcionamiento el 28 de enero de 2024, según lo dispuesto por la PGN.

En cuanto al reparto de las peticiones de conciliación con ocasión de la asignación de competencia y cuantía, se mantiene la dinámica de reparto hasta que entre en funcionamiento el sistema mencionado, esto es, con las reglas de competencia establecidas para los jueces y magistrados en el CPACA, con la salvedad en cuanto al factor de la cuantía para el reparto efectuado a los procuradores judiciales II.

Para la realización de las audiencias de conciliación, el agente del Ministerio Público hará uso de la plataforma Microsoft Teams, integrada a la suite de Office 365, autorizada y habilitada por la PGN, con el fin de garantizar la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de dichas diligencias, así como la plena identificación y representación de los intervinientes e interesados. Las audiencias deberán grabarse en audio y video, circunstancia que será informada a los intervinientes y de lo cual se dejará expresa constancia en el acta correspondiente. La grabación hará parte del respectivo expediente electrónico.

Se podrán llevar a cabo las audiencias de conciliación de manera presencial en el evento de que alguna de las partes lo solicite con cinco días de anterioridad a la fecha establecida para la audiencia. En la solicitud de audiencia presencial se deberán indicar las razones por las que no podría realizarse la audiencia de manera no presencial sincrónica, haciendo uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones. La resolverá de plano el procurador, quien podrá ordenar que se realice bajo las dos modalidades, esto es, combinando la presencial y la no presencial sincrónica.

El auto por medio del cual se fija la fecha de la audiencia de conciliación deberá cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 106 de la Ley 2220 de 2022, que contiene los requisitos del auto admisorio de la solicitud de conciliación extrajudicial en asuntos contencioso-administrativos.

En los eventos en que el asunto no sea conciliable o no se llegue a un acuerdo conciliatorio, el agente del Ministerio Público expedirá la constancia de agotamiento del requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial y la

remitirá al correo institucional del interesado. Cuando se logre acuerdo conciliatorio entre las partes, se deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 109 del estatuto, que establece el contenido del acta de conciliación, la cual deberá ser remitida junto al expediente a través de medios electrónicos al juez o corporación judicial competente, así como a la Contraloría General de la República, dentro de los tres días hábiles siguientes a la realización de la audiencia, en los términos del artículo 113 de la Ley 2220 de 2022.

Frente a la inasistencia a la audiencia de conciliación, en los casos en que no se presente justificación fundamentada en un caso fortuito o fuerza mayor, se entenderá que no hay ánimo conciliatorio, por lo que se declarará fallido el trámite y se ordenará la expedición de la constancia de agotamiento del requisito de procedibilidad, en los términos del numeral 2 del artículo 105 de la Ley 2220 de 2022. Para presentar la justificación se cuenta con el término de tres días. Si se manifestare dentro del término de la justificación un ánimo conciliatorio, se deberá revocar la decisión de declarar fallido el trámite y se fijará nueva fecha para llevar a cabo la audiencia.

Es así como la PGN resolvió adoptar el Estatuto de Conciliación y en cumplimiento de este adecuó el trámite conciliatorio al uso de las tecnologías de la información y la comunicación, desde su radicación hasta su archivo.

1.5.11 La Contraloría General de la República y sus competencias ante la conciliación

Al margen de la inexecutable ya comentada, el Decreto Ley 403 de 2020 con la sentencia C-071 de 2024, en consonancia con otras normas de la Ley 2220 de 2022, establecen varios dispositivos de intervención para la Contraloría General de la República, algunos de los cuales son extensivos para todas las contralorías territoriales. Es pertinente mencionar que el Decreto Ley 403 de 2020, que toma medidas legales para adoptar el acto Legislativo 04 de 2019, establece como órganos encargados de la vigilancia y el control fiscal de la gestión fiscal a la CGR, las contralorías departamentales, las contralorías distritales, las contralorías municipales y la Auditoría General de la República, cada uno en sus respectivos ámbitos de competencia³⁴.

³⁴ Artículo 2 del Decreto Ley 403 de 2020. La disposición define la vigilancia y el control fiscal, así: *Vigilancia fiscal. Es la función pública de vigilancia de la gestión fiscal de la administración y*

Es así como, para la adopción de lo indicado por el Estatuto de Conciliación, la CGR expidió la resolución 053 de 31 de enero de 2023 por medio de la cual reglamentó su competencia señalada en el artículo 113 y el numeral 6 del artículo 120 de la Ley 2220 de 2022. Es importante mencionar que la CGR dio un paso histórico y en aplicación de sus competencias legales de vigilancia y de un control oportuno, al intervenir sin coadministrar, creando un grupo interno de trabajo. En la resolución mencionada desarrolló las competencias que le fueron asignadas a la entidad. Parte de esa resolución se ve afectada por la sentencia C-071 de 2024 ya mencionada y que deja sin efectos lo referente a la norma, declarado parcialmente inexecutable en la intervención ante la autoridad judicial.

En el contexto anterior se presentan las disposiciones legales y las reglas aplicables a la contraloría en esta materia:

- En las modalidades de acompañamiento y sus etapas no quedó previsto ningún referente para intervenir en los Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos (Arbitrajes - Amigables - Transacciones - Mediaciones) y solo para las Conciliaciones ante la Procuraduría General de la Nación un tratamiento especial.
- En las audiencias de conciliación ante la Procuraduría General de la Nación se interviene con voz y sin voto, su intervención no es vinculante y proceden posteriores ejercicios de vigilancia y control fiscal en relación con el asunto que es tratado en la audiencia, no se daría concepto en cuanto a la decisión que se adopte en materia de conciliación.
- Se podrá participar en los comités de conciliación a los que sea invitada con el fin de escuchar sus opiniones, sin que las mismas tengan un carácter vinculante para el comité. La Corte Constitucional destacó esa participación y es evidente la importancia que reviste un instrumento de consulta previos a cada comité donde la respectiva contraloría

de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, que ejercen los órganos de control fiscal de manera autónoma e independiente de cualquier otra forma de inspección y vigilancia administrativa. Consiste en observar el desarrollo o ejecución de los procesos o toma de decisiones de los sujetos de control, sin intervenir en aquellos o tener injerencia en estas, así como con posterioridad al ejercicio de la gestión fiscal, con el fin de obtener información útil para realizar el control fiscal.

indique si existe o no una acción de control en curso sobre cada actuación particular.

- La Corte Constitucional al revisar la exequibilidad del artículo 113 del Decreto Ley 2220 de 2022 también determinó que la Contraloría no debe presentar concepto ante la autoridad judicial que conoce de la aprobación judicial del acuerdo conciliatorio toda vez que ello desconocería la independencia judicial como expresión de separación de poderes, ello en atención a que la vinculación del organismo de control en el trámite judicial irrumpe aspectos que en derecho debe decidir el juez, esto es la afectación o no del patrimonio público.

Con todo lo anterior, para los trámites conciliatorios la CGR habilitó el buzón de correo electrónico conciliaciones_cgr@contraloria.gov.co para recibir las actas de acuerdos de conciliación y sus anexos, que sean remitidos por la PGN para que se emita el respectivo concepto ante el juez de conocimiento sobre si la conciliación afecta o no el patrimonio público. Dicho buzón será administrado por la Oficina Jurídica. Cabe recordar que esta competencia es el desarrollo de aquella que fue prevista en el artículo 67 del Decreto 403 de 2020 y está vigente sin que medie pronunciamiento expreso de la Corte Constitucional³⁵.

“ARTÍCULO 113. APROBACIÓN JUDICIAL. <Apartes tachados INEXEQUIBLES> El agente del Ministerio Público remitirá, dentro de los tres (3) días siguientes a la celebración de la correspondiente audiencia, el acta de acuerdo total o parcial de conciliación, junto con el respectivo expediente al juez o corporación competente para su aprobación ~~y a la Contraloría General de la República para que conceptúe ante el juez de conocimiento sobre si la conciliación afecta o no el patrimonio público, para lo cual tendrá un término de 30 días contados a partir de la recepción del acuerdo conciliatorio.~~

³⁵ ARTÍCULO 67. Del control fiscal concomitante y preventivo. El ejercicio del control fiscal concomitante y preventivo se manifestará mediante la emisión de una advertencia sobre el evento o riesgo identificado, con sustento en los ejercicios de vigilancia y seguimiento permanente al recurso público.

Cuando el evento o riesgo impacte a más de una entidad u objeto de control, podrá emitirse una advertencia general.

Parágrafo. La facultad de advertir estará en cabeza del Contralor General de la República de manera exclusiva, la cual no podrá delegarse.

El concepto de la Contraloría será obligatorio en aquellos casos superiores a 5000 salarios mínimos legales mensuales.

El juez competente al asumir el conocimiento del trámite conciliatorio informará a la Contraloría respectiva sobre despacho judicial a cargo del trámite.

La decisión de aprobación o improbación judicial deberá ser adoptada dentro de los dos (2) meses siguientes ~~a la fecha en que venza el plazo de la Contraloría para conceptuar~~. El plazo que tiene el juez para adoptar la decisión podrá prorrogarse por una única vez hasta por dos (2) meses adicionales para la práctica de pruebas, en caso de resultar necesario.

Los términos aquí establecidos son perentorios e improrrogables.

La providencia que decida sobre el acuerdo conciliatorio deberá ser notificada a las partes y al agente del Ministerio Público que adelantó la conciliación extrajudicial ~~y a la contraloría~~ quienes podrán interponer el recurso de apelación contra el auto que apruebe o impruebe la conciliación.

No podrá realizarse aprobación parcial de los acuerdos conciliatorios, salvo aceptación expresa de las partes.

La improbación del acuerdo conciliatorio no hace tránsito a cosa juzgada.

El acta de acuerdo conciliatorio total o parcial adelantado ante el agente del Ministerio Público y el correspondiente auto aprobatorio debidamente ejecutoriado, prestarán mérito ejecutivo y tendrán efecto de cosa juzgada.

~~La Contraloría General de la República, conformará grupos de trabajo especializados a través de las delegadas correspondientes según el sector, para la atención oportuna de los traslados en conciliaciones que se surtan ante esta.~~

La sentencia C-071/24 establece que la protección del patrimonio público no se puede lograr desconociendo la independencia judicial como expresión de la

separación de poderes, por medio de la vinculación del organismo de control en un trámite judicial para determinar uno de los aspectos que, en derecho debe decidir el juez, esto es, la afectación o no del patrimonio público.

Quedan algunas preguntas que seguramente la sentencia las resolverá: ¿Qué pasa con la intervención de la CGR en los procesos penales para la resolución de perjuicios que autoriza hoy la ley?

1.5.12 Aproximación a los criterios de impacto al patrimonio público

Este es un punto de análisis que como se vio le será forzoso a las contralorías tener en consideración a la hora de intervenir en los comités de conciliación o en la audiencia de la Procuraduría, y ponderar el impacto, que no es otra cosa que valorar la relación costo-beneficio que conlleva el mecanismo o instrumento que se esté aplicando. Para este ejercicio se deberán tener en cuenta los siguientes criterios:

- A. Economía en cuanto a una reducción. Este aspecto lo verifica siempre el respectivo procurador en su enfoque de Ministerio Público.*
- B. El ahorro que representa la conciliación para el patrimonio público comparado con los costos de un proceso de larga duración en la jurisdicción de lo contencioso administrativo y con probabilidades de éxito inciertas.*
- C. La proporcionalidad del reconocimiento que están pactando las partes. Es decir, que el monto pagado sea razonable en donde estén demostrados los gastos contractuales, el efecto económico de las situaciones imprevistas, los soportes contables de los gastos, si se presentare un lucro cesante que el mismo esté debidamente justificado.*
- D. Eventualmente los impactos positivos en los costos de oportunidad que puedan resultar del acuerdo de conciliación y, de ser el caso, los efectos que ello pueda tener sobre la continuidad de la prestación del servicio público. En sentido contrario, los impactos negativos de no llegar a punto de conciliar o acordar.*

Cabe indicar que también se debe determinar el impacto y el balance del costo-beneficio por medio de los criterios expuestos en los literales del A al D, por lo que se deberá identificar si el acuerdo conciliatorio representa o no un daño para el patrimonio público; destacando si este representa más beneficios que costos o, en su defecto, más costos que beneficios. Con todo lo anterior, este es un aspecto que está llamado a ser desarrollado mediante fórmulas de beneficios que calculen estas variables en los análisis, toda vez que resulta innegable que promover la conciliación y los MASC ofrecerá importantes beneficios económicos. Sin embargo, eventualmente pagos desproporcionados, desmesurados y que no tengan una razonabilidad no deberían ser aprobados por el procurador judicial, que es el guardián de la legalidad, tampoco en las audiencias de los comités de conciliación o de la PGN.

Es imperativo recordar siempre que la nueva valoración que realiza un procurador en el marco de unos principios que le son de forzosa aplicación (La salvaguarda y protección del patrimonio público y el interés general; la salvaguarda y protección de los derechos ciertos e indiscutibles, y la protección reforzada de la legalidad.) y, para el caso de los análisis de la Contraloría, los principales referentes serán que la decisión contribuya a la efectividad del proyecto o asunto conciliado, se evidencien soluciones que sean eficientes y, por último, que se contribuya a la economía, según los criterios que fueron analizados.

1.6 Casos de conciliación administrativa en los que intervino la Procuraduría General de la Nación (2016 – 2021)

Como se indicó en el desarrollo de esta sección, la participación del Ministerio Público en la resolución de controversias es de gran relevancia, así como sus actuaciones. Los MASC, dentro de los que se destaca la conciliación extrajudicial, constituyen una herramienta de especial importancia en el marco de las controversias que se generan entre el Estado y los particulares.

Parafraseando a Estanislao Zuleta, las controversias contenciosas pueden ser un camino bastante largo y, propiamente, indefinido o incierto. Por ello, en las mesas de trabajo que facilita la PGN puede exponerse un mínimo de condiciones que acerquen a las partes en su legítima reivindicación de derechos. Es deber de los ciudadanos y de las instituciones, en el marco de la Constitución Política, contribuir a un orden económico y social justo, y aportar con solidaridad a todo

aquello que sea pacífico y evite disputas. Si una parte cree que solo tiene derechos, eso puede llevar a algo muy restringido, individualista y excluyente. A la vez, en las mesas de trabajo, un derecho de derechos es el de diferir y un deber de las partes es ponerse en el lugar del otro, como lo enseñó el profesor Zuleta.

Para la PGN, como máximo organismo del Ministerio Público que defiende los intereses de la sociedad, bajo la suprema dirección del procurador general de la Nación, es de suma importancia construir caminos para implementar y fortalecer la institución de la conciliación en la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo, promoviendo así la cultura de la conciliación con la oportuna solución de los conflictos entre el Estado y los particulares, en el marco de las funciones que mediante la Ley 1367 de 2009 le fueron asignadas.

La práctica de esta entidad en los cuatro años comprendidos entre 2016 y 2020 ha dado resultados en proyectos estratégicos de los sistemas de transporte, de infraestructura de transporte carretero, generación de energía, saneamiento básico (acuerdos plantas PTAR) y en asuntos minero-energéticos, entre otros. La acreditación obtenida en el periodo mencionado da cuenta de los logros que se edificaron con las partes intervinientes en las distintas mesas de trabajo.

A través de la moderación de la Procuraduría Delegada para la Conciliación Administrativa se buscó ofrecer a los involucrados en un conflicto de alto impacto y complejidad, un espacio de preparación, a partir de la mirada del conflicto, su análisis y comprensión conjunta, que les permita abordar con mayor contexto, herramientas sólidas y posibles salidas ante controversias difíciles.

Esta vía es un medio de acercamiento voluntario, previo a la audiencia de conciliación extrajudicial, como un ejercicio plenamente alineado con el objeto de la Ley 1367 de 2009 y compatible con el trámite establecido en la Ley 640 de 2001, el Decreto 1069 de 2015 y demás normas que rigen la materia.

A continuación, se relacionan los casos más relevantes en los que, a través de mesas de trabajo desarrolladas por la PGN, se lograron grandes resultados de interés general.

1.6.1 Mesas de trabajo con el Ministerio de Defensa

Dentro de las mesas de trabajo que se han adelantado con el Ministerio de Defensa, se ha reforzado la implementación de políticas de prevención del daño antijurídico, especialmente en los asuntos con mayor litigiosidad, a saber:

- Lesiones de conscripto durante la prestación del servicio, de manera accidental.
- Muerte cuestionada en combate.
- Muerte de civil por militar con arma de dotación oficial.
- Muerte de soldado profesional, oficial o suboficial en operativo militar.
- Lesiones o daños causados con vehículo oficial.
- Lesión de conscriptos en operaciones militares.
- Lesión a militar por explosión de granada o mina.
- Daños causados en ataques guerrilleros a instalaciones y poblaciones civiles.
- Enfermedad de conscripto adquirida en el servicio y/o mala incorporación.

Asuntos que la entidad está conciliando:

- Graves violaciones a derechos humanos que están en primera o segunda instancia, así como en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Es necesario destacar la importancia de la conciliación extrajudicial en conflictos derivados de la vulneración de derechos humanos principalmente en cuanto a casos que cursan ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, dentro del cual, en instancia de solución amistosa o recomendación al Estado y a la luz de la Ley 288 de 1996, la conciliación ante la Procuraduría constituye el único mecanismo para el reconocimiento y liquidación de perjuicios.
- Temas referentes a lesiones de conscriptos, aunque en el caso de lesiones con un índice de pérdida de capacidad laboral inferior al 20%, solo reconocen perjuicios morales a los parientes en primer grado de consanguinidad.
- Asuntos correspondientes a las llamadas ejecuciones extrajudiciales por miembros de la fuerza pública, cuando hay sentencia penal o disciplinaria condenatoria ejecutoriada, o acogimiento a sentencia anticipada.

- Casos en que se demuestren los elementos para deducir responsabilidad objetiva, por ejemplo, en accidentes aéreos.
- La diferencia del 20% en el sueldo de los soldados voluntarios que pasaron a ser soldados profesionales. Mediante oficio 282 del pasado mes de febrero, que se anexa, se exigió a esa cartera dar cumplimiento a la sentencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado, proferida el 25 de agosto de 2016, respecto al reconocimiento a estos soldados del incremento adicional del 20% a su salario.
- Reajuste de pensiones de invalidez con IPC.

106

Adicionalmente, el 13 de agosto de 2019, la Procuraduría General de la Nación realizó una jornada intensa, hasta finalizar el día de *'Conciliación Oportuna y Garante de Derechos'* que promovió la efectividad de la justicia para los ciudadanos que presentan reclamaciones para demandar al Ministerio de Defensa. Al finalizar el día, se obtuvo este balance: se atendieron dos centenares de apoderados y se suscribieron acuerdos conciliatorios por valor de \$781.949.222, de pretensiones estimadas inicialmente por los reclamantes en \$2.100.000.000, aproximadamente. Esta ardua actividad fue liderada por el procurador delegado para la Conciliación Administrativa, Iván Darío Gómez Lee, y contó con la participación de 10 procuradores judiciales y 70 apoderados, para tratar la conciliación de 108 demandas potenciales. Sandra Parada fue la líder y coordinadora del grupo contencioso constitucional del Ministerio de Defensa.

La mecánica de la sesión consistió en que el equipo especializado, en intervalos de veinte minutos, adelantó audiencias de *"conciliación prejudicial"* planeadas previamente. Todos los casos contaron con el estudio del Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Ministerio de Defensa. Los asuntos objeto de acuerdos conciliatorios fueron los siguientes: i) el reconocimiento y pago de perjuicios ocasionados a uniformados en servicio militar obligatorio *"conscriptos"*, ii) el reajuste de pensiones por invalidez según el IPC, y iii) el reajuste de la asignación básica del 20% de soldados profesionales y asuntos de derechos humanos. Un aspecto esencial de la jornada fue la prevención del daño y el inicio de nuevas medidas conciliatorias eficaces en los juzgados administrativos, tribunales contenciosos y en el Consejo de Estado.

1.6.2 MinEducación – Fiduprevisora. Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Advirtiendo, a través de los informes presentados por los procuradores judiciales adscritos a las secciones segundas de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo, en concordancia con lo manifestado por los miembros de la respectiva sección del Consejo de Estado, en reunión sostenida con el procurador delegado para la Conciliación, ante la magnitud de la problemática financiera y de defensa jurídica del FOMAG y las graves repercusiones que esta problemática tiene en el erario público, la Procuraduría Delegada para la Conciliación Administrativa instaló el 9 de octubre de 2017 una mesa permanente de trabajo con la participación del Ministerio de Educación Nacional y la Fiduprevisora, en el marco del proyecto estratégico de *‘Gerencia Jurídica y Eficiencia Institucional’*. Lo anterior se hizo con el fin de efectuar un diagnóstico concreto de la situación y tomar de manera urgente los correctivos necesarios para cerrar la vena rota por la que se desangran los dineros del Estado, a través del pago de intereses moratorios por el pago tardío de cesantías al personal docente, así como por una deficiente defensa ejercida por la Fiduprevisora en el tema.

En este contexto se trazaron tres objetivos principales:

1. La prevención de la sanción moratoria por el pago extemporáneo de las cesantías del personal docente.
2. La solución extrajudicial de las controversias suscitadas por el referido concepto.
3. El fortalecimiento de la defensa jurídica del FOMAG en términos de calidad y oportunidad.

Desde la instalación de la mesa, a la fecha, se han celebrado más de 30 mesas de trabajo verificando los siguientes avances:

1.6.2.1 Adecuación jurídica de la reglamentación para el procedimiento administrativo de reconocimiento y pago de las cesantías al personal docente

Se logró la expedición del Decreto 1272 de 2018, en el cual se establece un procedimiento con línea de tiempo continua y precisa que señala con claridad las obligaciones a cargo de cada actor y los plazos otorgados para ello, cuya

suma en ningún caso excede del término máximo previsto por la Ley 1071 de 2006.

1.6.2.2 Ajuste de la política institucional del Ministerio de Educación en conciliación y lineamientos estratégicos en el procedimiento conciliatorio para la promoción de acuerdos

El Ministerio Público solicitó al Ministerio de Educación Nacional la reconsideración estructural de la decisión de no conciliar ningún tema relacionado con el FOMAG y, producto de ello, la instancia competente expidió el acuerdo 001 de 18 de junio de 2018, el cual mantuvo la política general de no conciliación *“con excepción de la sanción por mora en el pago de cesantías, la cual podrá conciliarse cuando así lo determine el Comité, previa recomendación de Fiduprevisora S.A”*. A partir del acuerdo antes mencionado se estableció la posibilidad de conciliar aquellos nichos litigiosos relacionados con la sanción moratoria en los eventos que la Fiduprevisora así lo recomiende.

Mediante memorando 009 de 2018, expedido por el suscrito procurador delegado para la Conciliación Administrativa con destino a los procuradores judiciales para Asuntos Administrativos de todo el país, se adoptaron medidas estratégicas orientadas a la construcción de soluciones concertadas entre las partes dentro del procedimiento conciliatorio extrajudicial. Es este mismo sentido, el Ministerio de Educación, a través de su Comité de Conciliación, determinó unos rangos a través de los cuales ha definido porcentajes que oscilan entre el 75 % y 90 % sobre el monto total de la mora que se ofrece en la propuesta conciliatoria, dependiendo del rango económico de esa sanción.

Materialmente, la política de conciliación empezó a ejecutarse hacia finales del 2018 cuando se celebró el primer acuerdo conciliatorio y en el primer semestre de 2019 fue aumentando paulatinamente el volumen de acuerdos, en el segundo semestre se fue afianzando y, fundamentalmente, se ha ido incrementando desde 2020, de manera relevante, en los tiempos de implementación de la estrategia de jornadas masivas de conciliación no presencial que fue desarrollada en el Estado de Emergencia.

Con esto se ha logrado contribuir a la efectividad de los derechos que tienen los docentes de percibir la sanción moratoria con prontitud a través de la solución extrajudicial de las controversias, lo que les evita gastos asociados al tiempo y

dinero que demanda un medio de control ordinario y, de otro lado, se ha contribuido a la reducción en el impacto negativo que ello genera en los recursos públicos por cuenta del ahorro propio de los acuerdos conciliatorios.

1.6.2.3 Reforma legal del procedimiento administrativo de reconocimiento y pago de las cesantías a los docentes oficiales

Otro logro significativo fue la implementación del esquema previsto en el inciso primero del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 para el reconocimiento y pago de las cesantías al personal docente. A partir de dicha disposición se eliminó el procedimiento complejo previsto en el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 que demandaba la aprobación del acto administrativo por parte de la entidad fiduciaria previo a su expedición en el ente territorial. De esta forma se sustituyó esta especie de control previo por uno posterior que tiene la vocación de cumplir el mismo cometido (solo que diferido a la etapa previa al pago) y que adicionalmente contribuye al cumplimiento de los plazos previstos en la ley para el reconocimiento y pago de la prestación, con la consecuente mitigación del riesgo de generación de la mora y de la sanción que de ella se deriva.

Es así cómo, a partir del trabajo efectuado en mesa, se ha disminuido considerablemente la mora en el pago de las cesantías hasta el punto que, en el año 2020, de los cerca de 35 mil trámites radicados a nivel nacional con corte al 30 de mayo, el 62% se cancelaron oportunamente, en contraste con cifras de años anteriores en que solo el 20% aproximadamente se cancelaban dentro de los términos señalados en la ley, arrojando un avance en la defensa de los derechos de los docentes y disminuyendo el impacto fiscal negativo para el patrimonio público.

En ese contexto, y para facilitar la comprensión básica de la conciliación y resaltar su efectividad, la PGN ha emitido múltiples publicaciones, entre las que se destaca la cartilla *'Solución de conflictos contractuales. Efectividad de la conciliación y los mecanismos alternativos de solución de conflictos en tiempos de la pandemia por el Covid-19'*, que contiene lineamientos para promover los MASC y contribuir a la continuidad de los servicios del Estado, relacionados con la contratación pública. Como se indicó, la propuesta de esta cartilla ya ha dejado importantes resultados, especialmente en concesiones de infraestructura.

En este orden de ideas, y con el propósito de establecer una base de entendimiento que facilite los espacios de diálogo, la intervención de las partes, así como el entendimiento con las entidades que, eventualmente, puedan realizar un acompañamiento institucional, la Procuraduría Delegada para la Conciliación Administrativa señaló algunos criterios orientadores, cuya implementación permitió mayor eficiencia en el ejercicio de las mesas de trabajo:

110

1. Es importante diferenciar el momento de las conversaciones preliminares, respecto de otros escenarios de posibles acuerdos totales o parciales. En el primero de ellos, si las partes lo tienen a bien, pueden adoptar como regla que los análisis o posibles posiciones que busquen acercamientos para un entendimiento no puedan ser utilizados como argumento por la otra parte, de presentarse una controversia jurisdiccional o arbitral. Si así lo convienen, habrá un compromiso de confidencialidad.
2. Otro momento que no se sabe si se llegará a presentar durante las mesas de trabajo, es el de la construcción de acuerdos que pueden ser de carácter general, denominados memorandos de entendimiento (MOU), que pueden tener o no un efecto vinculante y que, incluso, se pueden limitar a fijar propósitos comunes en medio de la controversia.
3. El siguiente momento tiene como finalidad la exploración de los puntos de coincidencia en cuanto a objetivos comunes, desde lo cual se pueden alcanzar algunos acuerdos preliminares.
4. Teniendo en cuenta que la audiencia de conciliación es un espacio diferente al de las mesas de trabajo, los avances en acuerdos se perfeccionarán en dicha audiencia. Incluso, si fracasare la conciliación, las partes podrán seguir contando con este espacio de diálogo y acercamiento, si así lo consideran.
5. Una constante de varias controversias tratadas en estas mesas de trabajo es que las partes hacen un amplio despliegue mediático. Por tal razón, se invitará a las mismas en forma comedida a que, en el evento en que vayan a informar lo que está sucediendo, lo hagan en forma responsable y con respeto frente a los demás participantes.

6. Para facilitar la suficiente ilustración de quienes participarán, y en aras de enriquecer las sesiones de trabajo, los participantes podrán elaborar documentos o guías de su presentación, en las que reflejen su mirada del conflicto, su análisis y la comprensión que tengan del mismo. Tales documentos podrán ser enviados con antelación a la primera sesión de las mesas de trabajo o compartirlos durante estas. En todo caso, la falta de un documento o guía no impedirá la participación en aquellas.

7. La participación en las mesas de trabajo es voluntaria y predomina el principio de autonomía de la voluntad que establece la legislación colombiana en materia de contratos y que permite suscribir acuerdos que tienen el efecto de un negocio jurídico, siempre y cuando sean asuntos transigibles. El marco constitucional de estos acuerdos lo delimitan los principios de la gestión fiscal cuando involucran la disposición de recursos públicos, los principios de la función administrativa para entidades que hacen parte de la rama ejecutiva del poder público o que cumplen dicha función y, de otra parte, para asegurar la continuidad del servicio público y del contrato, donde son aplicables principios como la buena fe, la solidaridad, la prevalencia del interés general, la seguridad jurídica y la proporcionalidad.

SEGUNDA SECCIÓN. EL ARBITRAJE NACIONAL

2.1 Referentes normativos y jurisprudenciales del arbitraje

A continuación, se relacionan los referentes normativos y las sentencias que constituyen el marco jurídico del arbitraje en Colombia:

Marco legal
Constitución de Popayán de 1814: artículo 112 (juicios civiles).
Constitución de Cundinamarca de 1815: artículo 67.
Constitución provisional de Antioquia de 1815: artículos 1 y 10.
Constitución de la República de Colombia de 1830: artículo 137.
Constitución de la Nueva Granada de 1832: artículo 200.
Constitución Política de 1886: artículo 60.
Constitución Política de 1991: artículo 116.
Ley orgánica del poder judicial de 1825: artículo 162.
Ley 105 de 1890: Título XIX, artículos 307 a 322.
Ley 02 de 1938
Ley 04 de 1964: artículo 13.
Decreto 2279 de 1989: artículos 1 a 48.
Decreto 2651 de 1991: artículos 11 a 20.
Ley 23 de 1991: artículos 90 a 117.
Ley 80 de 1993, Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública: artículo 68.
Decreto 1818 de 1998: artículos 115 a 222.
Ley 446 de 1998: artículos 111 a 129.
Decreto 262 de 2000
Ley 270 de 1996: artículos 8 y 13.

Marco legal
Ley 1285 de 2009: artículos 3 y 6.
Ley 1437 de 2011: artículos 104,130, 149, 164 y 297.
Ley 1563 de 2012, Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional
Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso: artículo 45.
Ley 1682 de 2013. Ley de infraestructura: artículo 14.
Ley 1742 de 2014: artículo 2.
Resolución 104 de 2017: por la cual se le asignan funciones a la Procuraduría Delegada para la Conciliación Administrativa.

Marco jurisprudencial
Corte Constitucional. Sentencia C-163 de 1999. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.
Corte Constitucional. Sentencia C-672 de 1999. Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell.
Corte Constitucional. Sentencia SU-091 de 2000. Magistrado ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis.
Corte Constitucional. Sentencia C-1195 de 2001. Magistrado ponente: Dr. Manuel José Cepeda.
Corte Constitucional. Sentencia C-060 de 2001. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.
Corte Constitucional. Sentencia C-098 de 2001. Magistrado ponente: Martha Victoria Sáchica.
Corte Constitucional. Sentencia T-017 de 2005. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.
Corte Constitucional. Sentencia SU-174 de 2007. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.
Corte Constitucional. Sentencia C-378 de 2008. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.
Corte Constitucional. Sentencia T-511 de 2011. Magistrado ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.
Corte Constitucional. Sentencia C-330 de 2012. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.
Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 26 de febrero de 1998. Sala Contencioso Administrativo. Expediente No. 11477. Consejero ponente: Daniel Suárez Hernández.
Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. 13 de agosto de 2009. Rad. 11001-03- 06-000-2009-00033-00 (1952). Consejero ponente: Enrique José Arboleda Perdomo.
Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 7 de marzo de 2012. Rad 18013. Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

Marco jurisprudencial
Consejo de Estado. Sección Tercera. Sala de lo Contencioso Administrativo. 18 de abril de 2013. Sentencia de unificación. Radicación 85001-23-31-000-1998-00135-01 (17859). Consejero ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera.
Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 2012-00071 del 30 de octubre de 2013. Radicación: 1100103226000201200071-00 (45.557). Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez.
Consejo de Estado. Sección Tercera, subsección A. Sala de lo Contencioso Administrativo. Concepto del 15 de abril de 2015. Rad. 11001-03-26-000-2010-00004-00 (38053). Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón (E).
Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 27 de noviembre de 2017. Radicación: 11001-03-26-000-2017-00122-00 (59913). Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. 12 de diciembre de 2017. Concepto No. 00071 de 2017. Rad. 11001-03- 06-000-2017-00071-00 (2338). Consejero ponente: Óscar Darío Amaya Navas.
Consejo de Estado. Sección Tercera Sala Plena. Sentencia del 27 de febrero de 2020. Radicación: 205223211001-03-26-000-2018- 00012-0060714. Consejero ponente: María Adriana Marín.
Consejo de Estado. Sección Tercera. Sala de lo Contencioso Administrativo. Radicación: 2500023260002008 0014102. Consejero ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera.
Consejo de Estado. Sección Tercera. Sala de lo Contencioso Administrativo. Radicación: 11001-03-26-000-2022-00173-00 (68.994). Consejera ponente: María Adriana Marín.
Consejo de Estado. Sección Tercera. Sala de lo Contencioso Administrativo. Radicación: 11001-03-26-000-2021-00189-00 (67507) Consejero ponente: Jaime Enrique Rodríguez Navas.

Para el desarrollo de esta sección se hace una incorporación parcial del texto contenido en el libro El arbitraje y sus dimensiones desde el Ministerio Público, tomo V de la colección Arbitraje 360°, de la editorial Ibáñez36. De dicha publicación se abordan los aspectos normativos y doctrinales sobre el arbitraje y el Ministerio Público, así como también, las cuatro dimensiones de la intervención de un procurador. Este trabajo se presenta con varios aportes nuevos.

2.2 Reglas claves del arbitraje

El arbitraje es un MASC que ha tenido amplio desarrollo en la literatura jurídica especializada. Ha contado con varias obras, de las cuales la colección Arbitraje 360° destaca y recomienda por su profundidad. Precisamente de este aporte y,

³⁶ Directores académicos: Iván Darío Gómez Lee, Hernando Herrera Mercado, Fabricio Mantilla Espinosa

en especial del Doctor Hernando Herrera Mercado, extraigo las 10 REGLAS CLAVES DEL ARBITRAJE de esta jurisdicción alterna a la permanente, así:

1. Los árbitros ejercen en Colombia una función pública como lo dispone la Constitución Política en el artículo 116 y como deviene de la tradición de esta institución referenciada desde su creación en la República del siglo XIX. A los árbitros se les defieren los mismos deberes, poderes, facultades y responsabilidades, disciplinaria y penal, de los jueces. El arbitraje nacional tiene un estatuto que lo regula en forma integral, la Ley 1563 de 2012, y allí también se contempla el arbitraje internacional. Todo arbitraje es institucional al llevarse a cabo en un centro de arbitraje o, es *ad hoc*, cuando los árbitros lo desarrollan directamente. El laudo que dirime la controversia puede ser en derecho, técnico o en equidad. Sin embargo, para controversias de entidades públicas tiene que ser arbitraje institucional y en derecho, al que se le denomina arbitraje público. El arbitraje de inversión es otra modalidad diferente a las enunciadas y proviene de los tratados de libre comercio.
2. La función del árbitro también es eminentemente temporal. Los plazos para emitir el laudo son preclusivos y fallar por fuera del término pactado genera nulidad por falta de competencia. La celeridad es esencial y en ocasiones la designación de los árbitros genera retraso, pero los plazos cuentan desde la audiencia inicial.
3. Los árbitros deben desempeñar su función dentro de los límites que sobre los asuntos o materia hayan sido previstos en los lineamientos del negocio jurídico. En este sentido, el pacto arbitral puede abarcar un conflicto específico o, por el contrario, referirse en general a las discrepancias que puedan surgir de una determinada relación contractual. La cláusula arbitral es autónoma para eventos de vicios originados en el contrato que la contempla (art. 5 EA).
4. La habilitación del panel de árbitros depende de la voluntad de las partes para someter sus diferencias con una decisión que inequívocamente deroga plenamente la jurisdicción ordinaria o contenciosa. Una vez celebrado el negocio jurídico de pacto arbitral en la cláusula compromisoria, del contrato o en documento separado, solo por un nuevo mutuo acuerdo opera un desistimiento o rescisión. De ahí

el principio de autonomía de la voluntad o de necesaria habilitación arbitral convenida.

5. La Corte Constitucional determinó que una estipulación legal que en forma permanente cree justicia arbitral desconoce el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, por implicar el desplazamiento absoluto de la jurisdicción ordinaria o contenciosa para conocer de esas diferencias. Así, la jurisdicción arbitral es excepcional y como se dijo, convencional. No puede sustituir en forma definitiva la jurisdicción permanente que a diferencia de la arbitral onerosa, es gratuita para garantizar su acceso.
6. Se ha determinado que ciertos asuntos por su naturaleza deben ser ventilados a través de la jurisdicción de lo contencioso. Las materias que se excluye son todas aquellas controversias que sean originadas en los actos administrativos que se aplican por cuenta de las llamadas cláusulas especiales o exorbitantes de la ley de contratación estatal. No cabe que se pacte arbitraje para resolver la validez de los actos administrativos que profieren las entidades públicas y autoridades.
7. La justicia arbitral también se caracteriza por su naturaleza procesal, el respeto por los derechos fundamentales de las partes, especialmente el arbitraje se rige por los principios y reglas de imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción; lo cual es entonces la suma del debido proceso (art. 1 del Estatuto de Arbitraje). La remisión al código general del proceso desde el Estatuto de Arbitraje no es general, se da tanto en materias específicas como en contenido de la demanda y pruebas.
8. En materia arbitral, el legislador es el llamado en primer orden a regularlo para pasar a un segundo nivel normativo en los reglamentos del respectivo centro. Las reglas se rigen por un principio de especialidad y supremacía de las decisiones de los árbitros. Por ejemplo, en materia de recursos procede el de reposición y el de anulación del laudo, pero otras normas de recursos no son aplicables. El estatuto en ello es cuidadoso de no generar vías de actuación paralela previstas en otros códigos, como se indicó en el numeral anterior. Por ello, en materia de competencia, las decisiones de los árbitros prevalecen sobre

las de los jueces ordinarios o de lo contencioso (art. 29 del Estatuto de Arbitraje).

9. El laudo resulta asimilable en su contenido y efectos a una providencia judicial y, en tal medida, debe comprender un pronunciamiento sobre los hechos, pretensiones, pruebas y reglas jurídicas aplicables al asunto, a fin de emitir una consecuencia jurídica determinada. Las fuentes del laudo en derecho son las mismas que los jueces tienen al emitir sus sentencias: el imperio de la Constitución y la ley. Cabe separarse de la jurisprudencia y en algunas veces que sucede los árbitros lo sustentan.

Los deberes éticos, de independencia e imparcialidad del árbitro son los más altos de la justicia porque la reputación, la credibilidad y la confianza son los factores más importantes de una alta dignidad como la de árbitro. De ahí que los deberes de revelación de información por relaciones profesionales con las partes y sus apoderados sean más exigentes incluso que las causales de impedimento y recusación de la justicia ordinaria o contenciosa (art. 15 del Estatuto de Arbitraje).

2.3 Aspectos normativos y doctrinales sobre el arbitraje y el Ministerio Público

El arbitraje hace parte de la cultura jurídica nacional y ello comienza en el siglo XIX, como lo evidencian los referentes históricos citados³⁷. Allí es notorio que esta institución del arbitraje evidenció el espíritu democrático y civil de un Estado que confía en sus ciudadanos para que, siendo particulares, tengan la investidura de jueces³⁸. Dentro de esa tradición civil, la Constitución Política de 1991, en el artículo 116, defiere a los árbitros esa trascendental misión judicial: “ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia”. Esa deferencia se consolida definitivamente en la cultura de los abogados e instituciones con el denominado estatuto arbitral o Ley 1563 de 2012. Es la confianza el valor sobre el cual se construye el arbitraje, confianza que se

³⁷ Constitución de Popayán de 1814: art. 112; Constitución de Cundinamarca de 1815: art. 67; Constitución provisional de Antioquia de 1815: arts. 1 y 10; Constitución de la República de Colombia de 1830: art. 137; Constitución de la Nueva Granada de 1832: art. 200; y Constitución de 1886: art. 60. Gómez Lee, Iván Darío. Los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos en Colombia + MASC. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Bogotá, 2020. P. 62.

³⁸ Constitución de Popayán de 1814, Constitución de Cundinamarca de 1815, Constitución provisional de Antioquia de 1815 y Constitución de 1886.

traduce en una alta credibilidad de las partes hacia cada árbitro, ya que a una sala de árbitros se defieren todas las potestades judiciales del Estado.

Parte de esa textura social de confianza reconoce en el estatuto arbitral a los procuradores delegados o judiciales como agentes del Ministerio Público. Tales agentes de la Procuraduría General de la Nación tienen la condición de un sujeto procesal especial en el artículo 49 de la Ley 1563 de 2012 y son una autoridad con una investidura de autoridad pública. Las bases normativas de ese mandato especial las patentó la Carta Política en el artículo 277. Esa intervención para los procuradores en el arbitraje es similar hoy a lo que venían haciendo en el pasado siglo ante las autoridades jurisdiccionales de la rama judicial, por ejemplo, en las intervenciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo o en las altas cortes.

En la doctrina, el Dr. Manuel Eduardo Marín Santoyo escribe un estudio especializado en esta cuestión, cuyo aporte, *El Árbitro y el Ministerio Público*, parte del marco funcional otorgado por la Constitución para extraer la importancia del Ministerio Público como colaborador directo del árbitro en el ejercicio de la administración de justicia. Ese rol lo identifica como virtuoso por un deber que se circunscribe en velar por el debido proceso, por las garantías a las partes y la defensa del orden jurídico. Además, con una característica por lo indicado por el autor: “su función tiene un marco de referencia que le aleja de cualquier posición parcial, siendo ello de gran utilidad para quien funge como juez, pues tiene ante sí, un interviniente cuyo único interés es que la decisión que se emita esté ajustada a Derecho”. Esa identificación lo sitúa entonces como representante de la sociedad en aquellos debates judiciales en los cuales se ventilarán asuntos que pudiesen llegar a afectarle, por lo cual quien ejerce el rol de agente del Ministerio Público asiste en representación de esa sociedad³⁹.

El ex procurador general de la Nación, Fernando Carrillo Flórez, también suma a la doctrina una visión de las competencias de la Procuraduría como un factor de equilibrio: el fiel de una balanza entre los derechos generales de la sociedad, y los derechos subjetivos de un ciudadano en un contrato y en un caso determinado. Así lo expresó el entonces procurador (2016-2021): la función pública de la Procuraduría está enmarcada en prescripciones constitucionales

³⁹ Marín Santoyo, Manuel Eduardo. *El Árbitro y el Ministerio Público en: El árbitro y la función arbitral*. Tomo I. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez. 2017. P. 363.

y legales de alto nivel, es nuestro deber orientarla hacia las finalidades de la Constitución Política y la legislación, acorde con los principios que orientan el Estado social de derecho. “En otras palabras, el interés público no solo se encuentra protegido mediante la garantía de derechos e intereses sociales y colectivos, sino también de los derechos subjetivos, en todo lo cual, se requerirá una justa medida que impida un privilegio indebido la preeminencia irrazonable de derechos”⁴⁰.

Aportes significativos también son los dichos por Mauricio González Cuervo y María Angélica Munar al presentar el libro *Mecanismos Alternativos de solución de Conflictos en Colombia + MASC*⁴¹. Estos aportes conceptuales iniciales fijan la perspectiva que hasta la edición de este libro se había trazado en Colombia para “esta modalidad de función pública, que le genera a los miembros de la sociedad una gran expectativa de defensa o de protección y en virtud de la cual, se confiere estatus especial a los procuradores que actúan en la intervención arbitral”⁴².

En el estado del arte expuesto y con esa caracterización de un estatus especial de autoridad pública al Ministerio Público como interviniente, se desarrollan las cuatro dimensiones constitucionales y legales de las intervenciones de un procurador que fijan los referentes, naturaleza y límites de sus actuaciones.

2.4 Las cuatro dimensiones de la intervención de un procurador

2.4.1 La defensa del orden jurídico

A. Un conjunto vasto de fuentes y usos que integra poderes

⁴⁰ Revista de derecho arbitral del centro de arbitraje y conciliación. Cámara de Comercio de Bogotá. Marzo de 2019.

⁴¹ Muestra de ello lo constituye el rol que ha jugado la PGN en las mesas de trabajo conformadas para encontrar soluciones a las problemáticas generadas en el desarrollo de la labor del Ministerio de Defensa y sus entidades vinculadas, así como los sistemas integrados de transporte público de Cali y Bogotá o el impacto en el sistema concesional de la infraestructura de transporte del país por la declaratoria del estado de emergencia social y económica. Ejemplos como estos ilustran sobre la incidencia que puede tener el Ministerio Público y el valor de trascender su rol en asuntos de envergadura nacional. Gómez Lee, Iván Darío. *Los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos en Colombia + MASC*. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Bogotá, 2020. P. 9.

⁴² Ferrajoli, Luigi. *Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia*. Madrid: Trotta. 2011. P. 208.

En esta primera dimensión se retoman algunas pautas de orden interpretativo y se propone una línea de actuación para el procurador al momento de fijar posición jurídica. El orden jurídico puede entenderse como el conjunto vasto de fuentes normativas que rigen en un lugar y en una época determinada. Los juristas han dedicado esfuerzos para dar un concepto de orden jurídico. Este último, entonces, será una secuencia de sistemas normativos. *“La unidad de esta secuencia y con ello la identidad del orden jurídico estaría dada por la identidad de los criterios usados para la identificación de los conjuntos normativos pertenecientes a la secuencia”*⁴³.

La Corte Constitucional, en sentencia C-486 de 1993 al referirse al concepto de orden jurídico, lo asimiló al de ordenamiento jurídico con fundamento en que los jueces deben aplicar este último, el cual no se compone únicamente del concepto ley, sino que se *“...integra por poderes organizados que ejercen un tipo específico de control social a través de un conjunto integrado y armónico de normas jurídicas. El ordenamiento jurídico, desde el punto de vista normativo, no puede reducirse a la ley. De ahí que la palabra “ley” que emplea el primer inciso del artículo 230 de la C.P. necesariamente designe “ordenamiento jurídico”. En este mismo sentido se utilizan en la Constitución las expresiones “Marco Jurídico” (Preámbulo) y “orden jurídico (art. 16)”*⁴⁴.

El orden jurídico es el conjunto vasto de normas que se integra por sistemas jurídicos que se integran a partir de la estructura normativa de la Constitución⁴⁵. Cada especialidad del derecho, es decir, cada subsistema, se compone de principios, y reglas específicas y propias. El derecho administrativo o el derecho procesal hacen parte de esos subsistemas. Para determinar el alcance de la noción de orden jurídico, es importante hacer referencia a las fuentes del derecho y al estado actual de las mismas. En el caso colombiano, las fuentes principales son: i) la Constitución, que es la estructura normativa del sistema jurídico; ii) los tratados e instrumentos internacionales que integran el bloque de constitucionalidad; iii) la ley; iv) la jurisprudencia; v) los principios generales del derecho; vi) la costumbre; y, vii) la doctrina.

⁴³ Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio. Revista Hispanoamericana de Filosofía, Aug., 1976, Vol. 8, No. 23 (Aug., 1976), pp. 3-23 y 54.

⁴⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-486 de 1993. Exp. D-244.

⁴⁵ El profesor Schmidt-Assmann sostiene que “La dimensión sistemática del Derecho administrativo y de sus bases constitucionales se halla condicionada por la estructura normativa de la Constitución”. Schmidt-Assmann, Eberhard. La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema. Madrid y Barcelona: Marcial Pons, 2003, p. 4

B) Armonía entre el derecho público y privado

Para el Alto Tribunal Constitucional, el orden jurídico en el marco de la función de intervención judicial de la Procuraduría General de la Nación se traduce en el *“...cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos, es decir, la armonía social que se logra mediante la observancia de las normas jurídicas tanto en el campo del derecho público como del derecho privado. Por patrimonio público, en sentido amplio se entiende aquello que está destinado, de una u otra manera, a la comunidad, y que está integrado por los bienes y servicios que a ella se le deben como sujeto de derechos”*⁴⁶.

C) Una concepción sistémica e interdisciplinaria

Las fuentes del derecho han evolucionado y, por lo tanto, en el marco de la intervención judicial, los procuradores deben tener en cuenta esa evolución con la finalidad de comprender que la noción de fuente no puede ser entendida en un sentido formal o tradicional. Por el contrario, a las posturas tradicionales en materia de fuentes, el orden jurídico es un concepto que puede asimilarse por las razones ya expuestas al sistema jurídico, lo cual permite contar con una noción amplia, pero cuyo alcance puede fijarse en cada especialidad del derecho, teniendo presente que el sistema jurídico es uno solo en el cual confluyen otros subsistemas y especialidades.

La perspectiva del Ministerio Público deber ser sistémica y se quiere interdisciplinaria. Convergen en las controversias arbitrales aspectos técnicos, de ingeniería civil, de las TIC y de orden minero-energético; así como asuntos contables, financieros de control o *compliance*, y un largo etcétera de especialidades. De ahí, que el apoyo técnico de instituciones o dependencias especializadas sea indispensable para el procurador en asuntos que van mucho más allá de lo jurídico, en un sentido estricto, y que emanan pruebas o referentes definitorios de la controversia.

D) Neutralidad e imparcialidad durante el proceso y concepto final

Ahora bien, en cuanto a los aspectos jurídicos que en cada caso particular puedan enmarcar cada controversia, el Ministerio Público, como sujeto procesal especial al igual que los árbitros, está impedido para tomar desde el comienzo de la actuación arbitral una posición jurídica de fondo respecto de las

⁴⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-479 de 1995. Exp. D-873.

tesis expuestas por la actora o por la defensa. La neutralidad e imparcialidad son esenciales para brindar certeza y confianza por parte de sus agentes y su posición debe definirse, por lo menos, hasta que se corra traslado para alegar de conclusión. Así, a diferencia de las partes que fijan posición desde la demanda al contestarla o reconvenirla, el Ministerio Público expresa su concepto especial después de haberse surtido a cabalidad las distintas etapas procesales. Esta intervención debe velar por el respeto de los preceptos constitucionales y legales, de la protección del erario, y por los derechos que son inherentes y esenciales a las personas.

Por último, la posición que en los alegatos de conclusión tome el Ministerio Público respecto del problema jurídico o fijación del litigio que se efectúe y las opiniones que el delegado de dicho ministerio formule dentro del proceso, si bien constituyen un concepto de autoridad, no son vinculantes para el Tribunal Arbitral en sus providencias y sentencias. El artículo 230 Superior exige que el juez sólo esté sometido al imperio de la ley y el árbitro es constitucionalmente un juez, conforme lo preceptuado por el artículo 116 Superior como se analizó en la primera parte.

2.4.2 La defensa del patrimonio público

A) Concepto de patrimonio público

En esta segunda dimensión, lo primero es hacer una referencia desde la doctrina y la jurisprudencia al concepto de patrimonio público, teniendo en cuenta un aspecto fundamental que hace parte del núcleo de la responsabilidad fiscal y es el concepto de patrimonio público con el carácter de ser general o difuso. Ello por la falta de un tratamiento actual e integral en la legislación. La doctrina pretende coadyuvar a suplir el vacío sobre la noción de patrimonio público, específicamente la de bienes públicos, a partir de la construcción de un test de afectación que permita determinar el régimen jurídico aplicable a esos bienes y de esa forma establecer su naturaleza. Sobre este test, desde la academia se señaló: *“...parte de la constatación de dos realidades en el derecho colombiano, la primera es que existe una pluralidad de afectaciones que pueden existir sobre un mismo bien; en el estado actual del derecho positivo es posible identificar en el seno de la afectación al interés general una serie de intereses que se refieren a la protección ambiental, de la cultura, del orden público urbano, del uso público, etc.; la segunda realidad es que esas afectaciones se dan*

*sobre los bienes públicos y privados, en este último caso en aplicación de la función social de la propiedad reconocida en el artículo 58 de la Constitución*⁴⁷.

No obstante, la carencia de una definición clara de lo que debe entenderse por patrimonio público, siendo un concepto relevante para el ordenamiento jurídico por la trascendencia que tiene, puesto que a partir de este se establece qué bienes hacen parte del erario, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se ha pronunciado sobre él. El Consejo de Estado se ha ocupado del concepto de patrimonio público a través de sentencias mediante las cuales ha resuelto varias acciones populares⁴⁸. El Consejo de Estado, en sentencia del 8 de junio de 2011, se esmera en dar lineamientos para la protección del patrimonio público, con ponencia del consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sobre la defensa del patrimonio público como derecho colectivo, señala que la eficiencia y transparencia en el manejo y administración de los recursos públicos y la utilización de los mismos de acuerdo con su objeto y, en especial, con la finalidad social del Estado, son aspectos que hacen parte del derecho colectivo al patrimonio público⁴⁹.

Así mismo, el Alto Tribunal, en una providencia de unificación en la que se llevó a cabo la revisión de una sentencia proferida en una acción popular en la cual se pretendía la protección del patrimonio sumergido de la Nación -caso del Galeón San José-, manifestó que el concepto de patrimonio público cobija la *“...totalidad de bienes, derechos y obligaciones, que son propiedad del Estado y*

⁴⁷ Pimiento Echeverri, Julián Andrés. Derecho administrativo de bienes. Los bienes públicos: historia, clasificación, régimen jurídico. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2015, pp. 718 y 719.

⁴⁸ Las acciones populares son mecanismos constitucionales previstos en la Constitución Política de 1991. Según el artículo 88, “La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella”. Este mecanismo constitucional fue objeto de desarrollo y regulación en la Ley 472 de 1998. En relación con el concepto de patrimonio público pueden consultarse las siguientes sentencias proferidas por el Consejo de Estado: 1) Sala Plena, sentencia de unificación del 13 de febrero de 2018. C.P. William Hernández Gómez, Rad. 25000-23-15-000-2002-02704- 01; 2) Sección Primera, sentencia del 13 de mayo de 2010, C.P. Marco Antonio Velilla, Rad. No. 05001-23-31-000-2006-04776-01(AP); 3) Sección Tercera, sentencia del 21 de febrero de 2007, C.P. Mauricio Fajardo, Rad. No. 25000-23-25-000-2004-00413-01 (AP).

⁴⁹ Consejo de Estado, Sentencia del 8 de junio de 2011, Sección Tercera, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Rad. No. 25000-23-26-000-2005-01330-01(AP).

*que se emplean para el cumplimiento de sus atribuciones de conformidad con el ordenamiento normativo*⁵⁰.

Por último, en cuanto al concepto de patrimonio público, en la sentencia antes mencionada, el Consejo de Estado reconoce que también se integra por:

*“...bienes que no son susceptibles de apreciación pecuniaria y que, adicionalmente, no involucran la relación de dominio que se extrae del derecho de propiedad, sino que implica una relación especial que se ve más clara en su interconexión con la comunidad en general que con el Estado como ente administrativo, legislador o judicial, como por ejemplo, cuando se trata del mar territorial, del espacio aéreo, del espectro electromagnético etc., en donde el papel del Estado es de regulador, controlador y proteccionista, pero que indudablemente está en cabeza de toda la población”*⁵¹.

B) Independencia, neutralidad y objetividad

La calidad de sujeto especial, al defender el patrimonio público, debe estar revestida por los principios de neutralidad, imparcialidad y objetividad. Así lo ha dejado sentado el Consejo de Estado:

“...el Ministerio Público bajo la égida del nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo “CPACA”, puede ostentar dos calidades: la de parte o la de sujeto procesal especial. En consecuencia, deja de ser catalogado como parte, pero la ley mantuvo las capacidades que desde el Decreto 01 de 1984 se le asignaron a los agentes del Ministerio Público, esto es, la potestad de intervención en todos los procesos e incidentes contencioso administrativos con el fin de defender el ordenamiento jurídico, el patrimonio público y las garantías fundamentales. Se trata, por consiguiente, de un sujeto procesal que con total independencia y autonomía de las partes defiende los principios de legalidad, de prevalencia del interés general, y de protección y garantía de los derechos fundamentales de las personas que intervienen en los procesos. Por lo tanto, el Ministerio Público sigue siendo bajo la nueva

⁵⁰ Consejo de Estado. Sentencia de unificación del 13 de febrero de 2018, Sala Plena, C.P. William Hernández Gómez, Rad. 25000-23-15-000-2002-02704-01.

⁵¹ *Ibíd.*

*legislación un tercero garante que, con total independencia de las partes, defiende la protección de intereses jurídicos superiores establecidos por el Constituyente*⁵².

Es entonces, dentro de este marco, que la actuación de la Procuraduría General de la Nación como sujeto procesal calificado, y no como parte, debe participar en la actuación arbitral o en cualquier otro MASC (ejemplo, la amigable composición), lo que significa que su intervención debe estar alejada del querer tanto de la parte actora como de la parte demandada. Esto significa que no puede avalar como regla general la posición de la parte convocante y mucho menos actuar en defensa de la entidad estatal demandada, puesto que su funcionalidad es eminentemente neutral y sus conceptos deben ser presentados con objetividad, circunscritos a colaborar y dar claridad sobre la controversia exponiendo cuál es el marco legal y jurisprudencial aplicable en cada caso concreto según sus hechos y circunstancias particulares. En punto de este análisis cabe recordar que los jueces en Colombia, por mandato del artículo 90 Superior, deben ordenar que se repare el daño por las actuaciones antijurídicas que les sean imputables a los agentes del Estado.

En síntesis, la defensa del patrimonio público ante este marco constitucional y del medio de control de controversias contractuales (Art. 141 del CPACA) como medio de reparación legal, la defensa del interés público y particular se traduce en posiciones que, de llegar a una condena, la misma sea razonable y proporcionada. Como se indicó, la fuente constitucional de las condenas contra el Estado es la Carta de 1991, es el artículo 90 ya referido, donde el Estado responde por los hechos antijurídicos que le sean imputables y ello de una eventual condena a manera de responsabilidad estatal contractual, es el deber de ponderación razonada del procurador, para proponerla a un punto o desestimarla.

Resulta contrario a las concepciones y finalidades del arbitraje y los MASC y, por supuesto, al interés público, utilizar el pacto que origina el arbitraje o la amigable composición, para pretender la modificación de aspectos esenciales del contrato compromiso, así como el planteamiento de pretensiones incongruentes e irrazonables que busquen desviar los fines de la contratación

⁵² Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 27 de septiembre de 2012. Expediente 44541.

estatal que venimos analizando. En esta segunda eventualidad de excesos en pretensiones infundadas que no tienen base en el contrato, la oposición a la condena es lo razonable.

C) Promover actuaciones al margen del tribunal. Traslados y acciones.

Al margen de la justicia arbitral, la defensa del patrimonio compete al agente del Ministerio Público, razón por la cual podrá compulsar copias a los demás entes de control, como las Contralorías, la Fiscalía, además de las dependencias de la Procuraduría que sean competentes para salvaguardar los recursos públicos y ejercer las acciones fiscales, penales o disciplinarias pertinentes. Se precisa que lo expuesto es en paralelo al foro arbitral, sin que ello pueda desviar la congruencia de cada proceso o exacerbar su delimitación. Esas responsabilidades no involucran la gestión de los árbitros ni la de los procuradores -quienes no son gestores fiscales- cuando operan esos traslados obligatorios para el Ministerio Público, por las actuaciones de las entidades públicas contratantes o concedentes del respectivo contrato ante el cual, por su gestión antieconómica, ineficiente, ineficaz o ilícita, se protege el patrimonio público en esas órbitas o instancias.

Otro aspecto en la intervención ante la justicia arbitral, es que ella no impide que a la vez el procurador intente otro proceso para reparar el daño por la vulneración de derechos colectivos como la moralidad o la protección del patrimonio público, impulsando una acción popular. Este medio de control que es independiente o ajeno a la legitimidad que la ley le confiere a la acción arbitral, si resulta complementario según las voces del artículo 2 de la Ley 472 de 1998 y cabe observar dentro de su concepto la defensa del mismo como sujeto procesal especial cuando las circunstancias propias del asunto lo obliguen. Este medio de control se analiza en el estudio de Acciones Populares en Contratación Pública y Seguridad Jurídica Contra la Corrupción⁵³. Ejemplo

⁵³ "Recursos públicos y eficiencia. Se trata de entender la actividad del Estado en términos del adecuado uso de los recursos públicos, a lo cual se le denomina eficiencia, frente a la necesidad de defender, entre otros, el patrimonio público y los recursos naturales. En cuanto a la eficiencia, el tema se centra en discernir sobre la capacidad, es decir, cómo las instituciones pueden cumplir sus fines específicos con resultados mensurables y cómo se relacionan con la sociedad y sus activos para alcanzarlos. El análisis de esos aspectos económicos debe valorar los costos de transacción y los efectos de medidas de intervención jurídica, con órdenes suspensivas o preventivas o mediante la función restitutiva para el erario. Medidas de intervención judicial idóneas son aquellas necesarias, pero reales y posibles". Gómez Lee, Iván Darío. Acciones populares en contratación pública y seguridad jurídica contra la corrupción en: Contratación

de una medida de restitución de bienes y recursos públicos en una acción popular que se presenta por la Procuraduría al margen de la controversia arbitral es la decisión de primera instancia que será citada y que protege el patrimonio público y la moralidad por los actos de corrupción de Odebrecht⁵⁴.

2.4.3 La defensa de los derechos y garantías fundamentales

A) Los derechos fundamentales

Esta tercera dimensión es la más general, puede tornarse esencial en ciertos casos según sus supuestos fácticos. Para aproximarse a la noción de derechos y garantías fundamentales, es necesario acudir a los pronunciamientos de la Corte Constitucional, a la cual se le ha encomendado la guarda y protección de la Constitución Política⁵⁵. Según el Alto Tribunal, los derechos fundamentales son aquellos derechos constitucionales que funcionalmente están dirigidos a lograr la dignidad humana y son traducibles en un derecho subjetivo⁵⁶.

Segura. Cuarta ed. Instituto de estudios del Ministerio Público. Bogotá, 2020, p. 60. Blog: www.ivandariogomezlee.com

⁵⁴ El 6 de diciembre de 2018 se profiere el fallo dentro de la acción popular instaurada por la Procuraduría General, en la que se acogieron sus pretensiones y se ordenó una indemnización de \$ 715.656.144.362, por actos de corrupción de Odebrecht. También se determinó la solidaridad de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., las sociedades que la conforman y personas naturales por haber incurrido en actos de corrupción (Constructora Norberto Odebrecht S.A., Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S., Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. – EPISOL S.A.S., CSS Constructores S.A. y a las personas naturales Gabriel Ignacio García Morales, José Elías Melo Acosta, Otto Nicolás Bula, Luiz Antonio Bueno Junior, Luiz Antonio Mameri y Luiz Eduardo Da Rocha Soares). Adicionalmente, fueron inhabilitadas por 10 años para celebrar contratos con entidades oficiales; igualmente se declaró la suspensión definitiva de los efectos del Contrato 001 (Ruta del Sol), las adiciones y modificaciones (otrosíes). Por ello, se ordenó también mantener los embargos con el fin de garantizar el pago de la sentencia y para esos efectos se afectaron las cuentas, bienes y dividendos de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. Sentencia 06 de diciembre de 2018. Exp. 250002341000201700083-00.

⁵⁵ Constitución Política. Art. 241. “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. (...)”.

⁵⁶ “En este orden de ideas, será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo. Es decir, en la medida en que resulte necesario para lograr la libertad de elección de un plan de vida concreto y la posibilidad de funcionar en sociedad y desarrollar un papel activo en ella. Tal necesidad no está determinada de manera apriorística, sino que se define a partir de los consensos (dogmática del derecho constitucional) existentes sobre la naturaleza funcionalmente necesaria de cierta prestación o abstención (traducibilidad en derecho subjetivo), así como de las circunstancias particulares de cada caso (tópica). Así, por ejemplo, en la actualidad existe consenso en torno a la absoluta necesidad de que los procedimientos judiciales y administrativos estén fijados normativamente (principio de legalidad) y que prevean la posibilidad de controvertir pruebas, presentar las propias y de rebatir argumentos y ofrecer los propios (derecho de defensa), para que la persona pueda ser libre y activa en sociedad; mientras que serán las circunstancias

Por lo tanto, los derechos constitucionales tendrán la condición de fundamentales en la medida en que resulten necesarios para lograr la libertad de elegir un plan de vida y la posibilidad de funcionar en la sociedad y desarrollar un papel activo en la misma⁵⁷. La Constitución Política, en el Capítulo I sobre derechos y garantías fundamentales, enumera varios derechos que les son propios a todos los ciudadanos y a las personas en Colombia. Lo cual, como lo ha señalado la propia Corte Constitucional, no significa que no pueda tener la condición de fundamental otro derecho previsto en la Constitución que no se encuentre en el Capítulo I, como lo es, por ejemplo, el derecho al *habeas data* o los denominados derechos económicos, sociales o culturales y del medio ambiente. Estos pueden adquirir la condición de fundamentales como lo ha señalado el Alto Tribunal Constitucional.

Vale la pena recordar la clasificación de los derechos constitucionales. Los de primera generación, previstos en el Capítulo I de la Constitución serán aquellos de carácter fundamental; los de segunda generación, señalados en el Capítulo II corresponden a los derechos sociales, económicos o culturales; y los de tercera generación, enunciados en el Capítulo III, son los derechos colectivos y del ambiente⁵⁸. La Corte Constitucional ha establecido diferentes criterios para establecer en los casos puntuales cuándo un derecho que no sea de primera generación puede llegar a ser fundamental si de la protección del mismo depende la efectividad de un derecho de primera generación. Tales criterios son: i) conexidad⁵⁹, ii) derechos de sujetos de especial protección o pertenecientes a grupos vulnerables⁶⁰, iii) derechos innominados que adquieren rango fundamental⁶¹, entre otros.

concretas las que definan si una cirugía estética únicamente persigue intereses narcisistas o responde a una necesidad funcional, para que la persona pueda ser activa en sociedad (v. gr. alteraciones funcionales y dolor que exigen una reducción de senos). Resulta ejemplarizante la discusión en torno el reconocimiento de derechos fundamentales a personas jurídicas, en la cual el consenso logrado únicamente se explica por la necesidad de proteger elementos funcionalmente indispensables para la correcta operación jurídica de estas instituciones". Corte Constitucional, Sentencia de tutela T-227 del 17 de marzo de 2003. Exp. T- 669050.

⁵⁷ *Ibíd.*

⁵⁸ En relación con los derechos sociales un referente importante es la obra de Baldassarre, Antonio. *Los derechos sociales*. Universidad Externado de Colombia. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 20, Bogotá, 2004.

⁵⁹ Corte Constitucional, Sentencia de tutela T-491 de 13 de agosto de 1992. Exp. T-2193.

⁶⁰ Corte Constitucional, Sentencia de unificación de tutela SU-225 de 20 de mayo de 1998. Exp. T-140800.

⁶¹ Corte Constitucional, Sentencia de tutela T-426 de 24 de junio de 1992. Exp. T-824.

B) La conexidad

En relación con el criterio de conexidad, el Alto Tribunal ha señalado que todas aquellas prerrogativas que de acuerdo con las circunstancias concretas pueden ser objeto de atribución de connotación fundamental, debido a la importancia imprescindible que revisten para la vigencia de otros derechos fundamentales, pueden ser catalogadas como fundamentales. En una acción de tutela la Corte consideró que la seguridad social puede ser un derecho fundamental acudiendo al criterio de conexidad⁶². La Corte manifestó que los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que no siendo fundamentales por mandato expreso de la Constitución, admiten tal calificación en un caso puntual en virtud “...de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueran protegidos en forma inmediata los primeros se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos”⁶³.

Recientemente la Corte Constitucional señaló que la noción de derechos fundamentales se ha consolidado y construido a partir de cuatro criterios: i) construcción tradicional de los derechos derivada de los principios de indivisibilidad, integralidad y universalidad; ii) relación del derecho con la dignidad humana; iii) teoría positivista; y iv) teoría de la conexidad. Aunque actualmente el carácter fundamental de un derecho dependerá de la relación del derecho con la dignidad humana y de los consensos que existan sobre el mismo, esta dimensión de protección encomendada al Ministerio Público como sujeto procesal especial o como interventor directo resulta la más importante en defensa de los derechos humanos que deben ser amparados cuando se observen vulnerados o amenazados.

C) La función de garantía en lo público y privado

Es de la esencia de la función de un procurador velar por la guarda de los derechos humanos de contenido universal, esto es, tanto los fundamentales como los económicos y sociales en términos constitucionales; los mismos constituyen la razón de ser del Ministerio Público, por lo que, como sujeto procesal especial, podrá hacer caer en cuenta a los árbitros y a las partes de estas violaciones para que se garanticen en forma inmediata dichos derechos; o podrá intervenir directamente ante los jueces competentes en ejercicio de los instrumentos constitucionales de protección de los derechos humanos tales

⁶² Corte Constitucional, Sentencia T-491 de 13 de agosto de 1992. Exp. T-2193.

⁶³ Ibíd.

como la acción de tutela o los instrumentos del derecho convencional que permitan materializar estos derechos y garantías en forma subsidiaria y efectiva.

Para finalizar este punto se reitera que los particulares también son destinatarios de esos derechos y garantías fundamentales y en ocasiones con protección en tratados internacionales de inversión. La intervención del Ministerio Público en este ámbito debe equilibrar los derechos y prevenir el daño antijurídico por arbitrajes de inversión, recursos de anulación o tutelas contra laudo. Por ello, esta última dimensión tan sensible de ese recurso y de la tutela queda aún abierta y conecta con el ideario de seguridad jurídica en una concepción de proporcionalidad, buena fe y certeza porque el reconocimiento de derechos implica también una condena contra la entidad de la administración pública. La intervención del procurador habrá de ponderar en una *ratio legis* en cada caso y en clave de las prescripciones que han sido expuestas. En este contexto, concluimos este estudio introductorio para dar paso a los estudios de los procuradores.

2.4.4 El alcance de los conceptos del procurador

Desde el año 2009, la Procuraduría General de la Nación en su circular 010 se ocupó de precisar el alcance de los conceptos y en ninguna circunstancia su efecto es obligatorio o vinculante, por dos razones fundamentales: la primera es que los conceptos no tienen la fuerza vinculante de una manifestación de voluntad que por sí misma tenga la capacidad de definir con obligatoriedad situaciones jurídicas que son tratadas en los mismos. La segunda razón estriba en la naturaleza de la decisión, ya que la profiere una autoridad que, si bien tiene un estatus especial reconocido por la Constitución Política, su esencia es la independencia de las ramas del poder y, por ello, para el tribunal de arbitraje no impone pautas de sujeción especial, sin que por ello pierda la esencia de controvertir con sus decisiones a tal punto que puede llegar a solicitar la anulación del laudo.

En arbitrajes internacionales comerciales la intervención del Ministerio Público dista completamente de las facultades o prerrogativas que se tienen en los arbitrajes nacionales. De manera concreta, esa intervención del procurador en el ámbito internacional no está prevista en el estatuto arbitral y si esa posibilidad se dispuso para el arbitraje nacional, para arbitrajes

internacionales, *contrario sensu*, es improcedente⁶⁴. Como se aprecia en la directiva citada, si el Ministerio Público estima necesario ejercer alguna vigilancia sobre un caso particular, la única posibilidad que tiene es coordinarse con la entidad pública que sea convocada o convocante. Se deriva un deber de información al Ministerio Público para ejercer la prerrogativa de presentar recurso de anulación en virtud del artículo 109 de la Ley 1563 de 2012, impugnación contra el laudo al finalizar la actuación. Sin embargo, ello es para efecto de asistir a las audiencias con la entidad, pero en ningún caso para presentar actuaciones autónomas⁶⁵.

La autonomía que explica la fuerza no vinculante es un aspecto que se destaca en este documento institucional de la Procuraduría y el BID:

“La función misional de INTERVENCIÓN en los procesos judiciales, ha sido entendida como “el conjunto de actuaciones que en virtud de la competencia atribuida por la Constitución Política y desarrollada por las leyes, las directrices y regulaciones expedidas por el Procurador General de la Nación, según el caso, adelanta o impulsa, por medio de sus agentes, el Ministerio Público en su calidad de órgano constitucional autónomo - como expresión de colaboración armónica que debe darse entre las ramas y los órganos del poder público-, en condición de sujeto procesal, de manera imparcial, independiente, eficaz y razonablemente selectiva, con sujeción a las exigencias, oportunidades y disposiciones procesales, cuando ello es necesario según los criterios establecidos por la Ley o por las regulaciones correspondientes, con el fin último y primordial de defender el orden jurídico, el patrimonio público o los derechos y las garantías fundamentales”⁶⁶.

Se destaca también de este aporte que el Procurador General es quien tiene la dirección del Ministerio Público, de ahí que en la circular citada él definió que

⁶⁴ Directiva 020 de 2019. Procuraduría General de la Nación.

⁶⁵ “En un momento inicial, podría pensarse que las partes y los árbitros podrían obviar la vinculación del Ministerio Público, por tratarse de un arbitraje comercial internacional, toda vez que no existe una norma expresa que ordene su notificación y vinculación al proceso; no obstante, sí existen disposiciones que permiten establecer que el legislador quiso que el Ministerio Público estuviera vinculado al proceso arbitral, con independencia de que el arbitraje fuera internacional”. Consejo de Estado. Sección Tercera. Aclaración de voto. Rad. 60714.

⁶⁶ Las funciones de intervención y conciliación del Ministerio Público, Procuraduría General de la Nación, Banco Interamericano de Desarrollo, Fajardo Abogados-Deloitte, Bogotá, 2007, p. 57.

en casos de especial importancia desplace a sus delegados o agentes y asuma en forma preponderante la intervención⁶⁷.

Dentro de las características de dicha intervención –y, desde luego, de la función de conceptualización–, se destacan la de i) imparcialidad, ii) oportunidad y iii) eficacia:

132

- h) La **imparcialidad**, derivada de lo dispuesto en los artículos 209 y 230 de la Constitución Política, se concreta, entre otros, en el mandato contenido en el artículo 161 del CCA, norma que regula los impedimentos y recusaciones de los agentes del Ministerio Público ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa. ii) El Agente del Ministerio Público, al rendir su concepto, ha de respetar íntegramente la normatividad aplicable, especialmente, en cuanto hace referencia a esta característica, las normas adjetivas que establecen los términos para cada una de las etapas del proceso, de manera que su intervención no solo sea imparcial, sino también oportuna.

Ahora bien, el referente de la eficacia es muy significativo y, como lo afirma este análisis, es de la mayor importancia la fuerza argumentativa para que el concepto sea eficaz como instrumento de persuasión, no por jerarquía sino desde lo dialéctico: iii) La **eficacia** de la intervención no puede medirse en términos de su aceptación o no por parte de la autoridad judicial destinataria del concepto, sin embargo, puede evaluarse en términos de su calidad. Al respecto se ha sostenido:

“Siguiendo las orientaciones de la denominada teoría de la argumentación jurídicas, bien puede concluirse que así como se ha indicado que la medida adecuada para calificar de bueno o de malo un determinado fallo, radica en la argumentación que finalmente le sirve de fundamento, en la consistencia de las razones que se invoquen como su sustento y en la coherencia de las mismas, también hay lugar a precisar que la eficacia, la utilidad e incluso la bondad de la correspondiente intervención del Ministerio Público dependerán de los análisis que se incluyan en sus respectivas actuaciones, de los razonamientos que se invoquen como soporte, de la lógica que oriente sus planteamientos y de

⁶⁷ Directiva 028 de 2020. Procuraduría General de la Nación.

la justificación extrema suficiente que le sirva de motivación; en una palabra: la eficacia, la utilidad y las bondades de la intervención del Ministerio Público dependerán básicamente de la calidad de su contenido, independientemente de que el juez o funcionario competente las acoja, o no, de manera total o parcial. De hecho puede considerarse que una intervención que finalmente no sea acogida por el juez o funcionario competente podría resultar en extremo útil y eficaz, en cuanto hubiere llevado a esa autoridad a reflexionar sobre los planteamientos del Ministerio Público para efectos de apartarse de los mismos”⁶⁸.

Finalmente, en relación con el estatus y la actuación del agente del Ministerio Público como la parte procesal que equilibra las cargas en los asuntos contencioso-administrativos, el Alto Tribunal, en sentencia de unificación, indicó:

“Su autonomía e independencia convierten a la institución en instrumento al servicio del interés público al paso que la tornan en factor generador de balance, equilibrio e igualdad de cargas, cuandoquiera que el desconocimiento del ordenamiento jurídico y de los derechos constitucionales fundamentales lo rompan. Por ello mismo, resulta poco factible fijar de antemano cómo y con qué alcances deberán proceder en cada asunto particular el Ministerio Público o sus agentes judiciales para restaurar el balance o el equilibrio perdido y para asegurar la igualdad de cargas de modo que se sirva óptimamente el interés público”⁶⁹.

Como se analizó, la autonomía e independencia de la Procuraduría y el carácter orientador de sus conceptos, mas no vinculante, es una característica del mandato especial que le han confiado la Constitución y la ley, y que le dan un estatus especial, empoderando al Ministerio Público como un órgano que tiene el reto de ponderar un adecuado balance en las tres dimensiones analizadas y establecer así un equilibrio que esté siempre al servicio de intereses superiores.

⁶⁸ Las funciones de intervención y conciliación del Ministerio Público, Op. cit, p. 127. 35

⁶⁹ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. 26 de febrero de 2018. Rad.: 66001-23-31-000-2007-00005-01(36853). MP. Danilo Rojas Betancourth

2.5 El recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales y la tutela

El presente acápite tiene por objeto abordar desde la jurisprudencia el estudio de las causales de uso más frecuente en el recurso extraordinario de anulación contra laudos arbitrales nacionales y en los pocos referentes existentes del mismo recurso en laudos internacionales, como la sentencia correspondiente al caso de Gecelca S.A. ESP. Por ello, el principal foco de análisis son las sentencias ante las anulaciones que se elevan al Consejo de Estado en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y el estudio de tutelas contra laudos arbitrales desde la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional. Para alcanzar ese objetivo se desarrollan los siguientes aspectos: primero, una introducción de valoración cuantitativa sobre los recursos que se han tramitado en el Consejo de Estado y las referencias jurisprudenciales que serán analizadas; segundo, lineamientos esenciales jurisprudenciales en materia de arbitraje en la Corte Constitucional y en anulación de laudos en el Consejo de Estado; tercero, tutela contra laudos arbitrales y contra sentencias que resuelven el recurso de anulación; y cuarto, análisis por causales de anulación (artículo 41 de la Ley 1563 de 2012). En esta publicación de carácter institucional, los abogados de la Procuraduría Jorge Sebastián Castro Forero y Lina Marcela Parra apoyaron la investigación con valiosos aportes y para un caso particular los estudios que en tutela hizo el procurador judicial Carlos Mantilla Námén.

2.5.1 Análisis cuantitativo del recurso extraordinario de anulación y las referencias jurisprudenciales de esta investigación

Producto de una búsqueda en el sistema de relatoría del Consejo de Estado durante el periodo 2018, se evidenció que la Sección Tercera de ese alto tribunal profirió 36 sentencias mediante las cuales resolvió recursos de anulación presentados en contra de laudos arbitrales. De estas, en 33 se declaró infundado el recurso de anulación propuesto⁷⁰, en otra se declaró parcialmente

⁷⁰ Las 33 sentencias son: i) Sección Tercera. Sentencia de 14 de diciembre de 2018. Exp. 62219; ii) Sección Tercera. Sentencia de 14 de diciembre de 2018. Exp. 61437A; iii) Sección Tercera. Sentencia de 14 de diciembre de 2018. Exp. 61686; iv) Sección Tercera. Sentencia de 10 de diciembre de 2018. Exp. 61486A; v) Sección Tercera. Sentencia de 3 de diciembre de 2018. Exp. No. 61335; vi) Sección Tercera. Sentencia de 3 de diciembre de 2018. Exp. 61082; vii) Sección Tercera. Sentencia de 29 de noviembre de 2018. Exp. 61959; viii) Sección Tercera. Sentencia de 26 de noviembre de 2018. Exp. 58705; ix) Sección Tercera. Sentencia de 21 de noviembre de 2018. Exp. 61140; x) Sección Tercera. Sentencia de 6 de noviembre de 2018. Exp. 61562; xi) Sección Tercera. Sentencia de 29 de octubre de 2018. Exp. 59166; xii) Sección Tercera. Sentencia de 1 de octubre de 2018. Exp. 61350A; xiii) Sección Tercera. Sentencia de 27 de septiembre de

la anulación de algunos apartes de la parte resolutive del laudo⁷¹ y en tan solo dos de los casos se decidió la anulación total de la parte resolutive del laudo⁷².

Para 2019 la Sección Tercera del Consejo de Estado profirió 35 sentencias mediante las cuales resolvió recursos de anulación presentados en contra de laudos arbitrales. En 31 casos se decidió infundado el recurso de anulación propuesto⁷³, en tres de las providencias se declaró parcialmente la anulación de

2018. Exp. 61538A; xiv) Sección Tercera. Sentencia de 20 de septiembre de 2018. Exp. 59374; xv) Sección Tercera. Sentencia de 7 de septiembre de 2018. Exp. 58647; xvi) Sección Tercera. Sentencia de 30 de agosto de 2018. Exp. 56455; xvii) Sección Tercera. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Exp. No. 46992; xviii) Sección Tercera. Sentencia de 9 de julio de 2018. Exp. 59216A; xix) Sección Tercera. Sentencia de 9 de julio de 2018. Exp. 57593; xx) Sección Tercera. Sentencia de 9 de julio de 2018. Exp. 60056; xxi) Sección Tercera. Sentencia de 14 de junio de 2018. Exp. 60045; xxii) Sección Tercera. Sentencia de 24 de mayo de 2018. Exp. 60292; xxiii) Sección Tercera. Sentencia de 26 de abril de 2018. Exp. 58120; xxiv) Sección Tercera. Sentencia de 23 de abril de 2018. Exp. 60181; xxv) Sección Tercera. Sentencia de 9 de abril de 2018. Exp. 59270; xxvi) Sección Tercera. Sentencia de 20 de marzo de 2018. Exp. 59836; xxvii) Sección Tercera. Sentencia de 20 de marzo de 2018. Exp. 60465; xxviii) Sección Tercera. Sentencia de 14 de marzo de 2018. Exp. 58227; xxix) Sección Tercera. Sentencia de 1 de marzo de 2018. Exp. 60178; xxx) Sección Tercera. Sentencia de 1 de marzo de 2018. Exp. 59630A; xxxi) Sección Tercera. Sentencia de 7 de febrero de 2018. Exp. 60024; xxxii) Sección Tercera. Sentencia de 14 de febrero de 2018. Exp. 5 8663; xxxiii) Sección Tercera. Sentencia de 1 de marzo de 2018. Rad. 11001032600020170059878.

⁷¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 10 de diciembre de 2018. Exp. 61431.

⁷² Las 2 sentencias son: i) Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 3 de diciembre de 2018. Exp. 60716; y, ii) Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 23 de abril de 2018. Exp. 59731.

⁷³ Las 31 sentencias del Consejo de Estado son: i) Sección Tercera. Sentencia del 3 de octubre de 2019. Exp. 64244; ii) Sección Tercera. Sentencia del 18 de enero de 2019. Exp. 62476; iii) Sección Tercera. Sentencia del 18 de enero de 2019. Exp. 60855; iv) Sección Tercera. Sentencia del 10 de julio de 2019. Exp. 63982; v) Sección Tercera. Sentencia del 28 de junio de 2019. Exp. 63494; vi) Sección Tercera. Sentencia de 19 de junio de 2019. Exp. 62253; vii) Sección Tercera. Sentencia de 19 de junio de 2019. Exp. 61809; viii) Sección Tercera. Sentencia de 10 de abril de 2019. Exp. 62569; ix) Sección Tercera. Sentencia del 8 de mayo de 2019. Exp. 63101A; x) Sección Tercera. Sentencia del 8 de mayo de 2019. Exp. 62125; xi) Sección Tercera. Sentencia del 8 de mayo de 2019. Exp. 63419; xii) Sección Tercera. Sentencia del 24 de enero de 2019. Exp. 58543; xiii) Sección Tercera. Sentencia del 10 de abril de 2019. Exp. 60793; xiv) Sección Tercera. Sentencia del 28 de marzo de 2019. Exp. 63318; xv) Sección Tercera. Sentencia del 4 de marzo de 2019. Exp. 61887; xvi) Sección Tercera. Sentencia del 4 de marzo de 2019. Exp. 62702; xvii) Sección Tercera. Sentencia del 28 de agosto de 2019. Exp. 62203; xviii) Sección Tercera. Sentencia del 31 de enero de 2019. Exp. 60937; xix) Sección Tercera. Sentencia del 31 de enero de 2019. Exp. 62467; xx) Sección Tercera. Sentencia del 29 de marzo de 2019. Exp. 62197; xxi) Sección Tercera. Sentencia del 29 de abril de 2019. Exp. 63053; xxii) Sección Tercera. Sentencia de 30 de mayo del 2019. Exp. 62596; xxiii) Sección Tercera. Sentencia del 31 de mayo de 2019. Exp. 62086; xxiv) Sección Tercera. Sentencia del 28 de octubre de 2019. Exp. 64280; xxv) Sección Tercera. Sentencia de 28 de octubre de 2019. Exp. 62010; xxvi) Sección Tercera. Sentencia del 15 de noviembre de 2019. Exp. 62535; xxvii) Sección Tercera. Sentencia del 4 diciembre de 2019. Exp. 63319; xxviii) Sección Tercera. Sentencia del 12 diciembre de 2019. Exp. 64142; xxix) Sección Tercera. Sentencia del 12 diciembre de 2019. Exp. 64878; xxx) Sección Tercera. Sentencia del 13

algunas secciones de la parte resolutive de los laudos⁷⁴ y en un caso se resolvió la anulación total de la parte resolutive del laudo⁷⁵.

Entre enero de 2020 y octubre del mismo año, la Sección Tercera del Consejo de Estado profirió nueve sentencias mediante las cuales resolvió recursos de anulación presentados en contra de laudos arbitrales. Del total, en seis casos se declaró infundado el recurso de anulación propuesto⁷⁶, en dos de las providencias se concluyó parcialmente la anulación de algunos apartes de la parte resolutive de los laudos⁷⁷ y en un solo caso se resolvió la anulación total de la parte resolutive del laudo⁷⁸.

En síntesis, el contexto analizado permite observar que entre 2018 y 2020 se profirieron 80 sentencias que resolvieron recursos de anulación contra laudos arbitrales, de las cuales 70 declararon infundado el recurso, es decir, el 87.5 %; tan solo en cuatro sentencias, que representan el 5 %, se accedió a la anulación total del laudo y el restante 7,5 % corresponde a seis sentencias en las cuales se declaró la anulación parcial del laudo. La conclusión es, entonces, que existe una baja probabilidad de éxito para quienes presentan ese recurso, aunque en el año 2020 se aprecia una modificación parcial de esa tendencia, toda vez que el número de laudos por año tiende a seguir aumentando, como se aprecia en el resumen del informe de la PGN arbitraje nacional 2017-2020⁷⁹.

de diciembre de 2019. Exp. 62209; xxxi) Sección Tercera. Sentencia de 13 diciembre de 2019. Exp. 64143.

⁷⁴ Las 3 sentencias del Consejo de Estado son: i) Sección Tercera. Sentencia de 28 de febrero de 2019. Exp. 62203; ii) Sección Tercera. Sentencia de 3 de octubre de 2019. Exp. 64318; iii) Sección Tercera. Sentencia de 19 de septiembre de 2019. Exp. 62027.

⁷⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 8 de mayo de 2019. Exp. 56343.

⁷⁶ Las 7 sentencias del Consejo de Estado son: i) Sección Tercera. Sentencia del 10 de septiembre de 2020. Exp. 65136; ii) Sección Tercera. Sentencia del 3 de abril de 2020. Exp. 65558; iii) Sección Tercera. Sentencia del 3 de abril de 2020. Exp. 64768; iv) Sección Tercera. Sentencia del 3 de abril de 2020. Exp. 64784; v) Sección Tercera. Sentencia del 5 de marzo de 2020. Exp. 64627A; y vi) Sección Tercera. Sentencia del 5 de marzo de 2020. Exp. 64255. vi) Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 10 de septiembre de 2020. Exp. 65136.

⁷⁷ Las 2 sentencias del Consejo de Estado son: i) Sección Tercera. Sentencia de Sentencia del 5 de mayo de 2020. Exp. 64890; ii) Sección Tercera. Sentencia del 3 de abril de 2020. Exp. 63513;

⁷⁸ Consejo de Estado. Sala Plena Sección Tercera. Sentencia del 27 de febrero de 2020. Exp. 60714.

⁷⁹ Los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos + MASC, Tomo II, p. 94.

2.5.2 Lineamientos esenciales jurisprudenciales en materia de arbitraje en la Corte Constitucional y en anulación de laudos en el Consejo de Estado

En este aparte se identifican cuatro lineamientos de la Corte Constitucional y cuatro del Consejo de Estado que resultan esenciales para el estudio del arbitraje y del recurso de anulación de laudos arbitrales. Punto de partida ineludible al momento de abordar este análisis es el de recordar que la Corte Constitucional ha reconocido en su jurisprudencia que la facultad de administrar justicia por parte del árbitro: primero, denota su naturaleza eminentemente procesal; segundo, marca el carácter de procedimiento judicial de esta figura; tercero, cuenta con todas las garantías del debido proceso; y cuarto, está sometido en su aplicación a todos los derechos constitucionales fundamentales, de ahí la procedencia de la tutela contra los laudos arbitrales que dirimen la controversias⁸⁰. En sentencia C-330 del 22 de marzo de 2000 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), en relación con la naturaleza judicial del arbitraje y la necesidad de que en dicho trámite se ofrezca plena garantía de derechos, la Corte Constitucional indicó:

“El arbitramento es un verdadero procedimiento judicial -en sentido material- y, como tal, está sometido en todas sus etapas a la estricta aplicación de las normas que regulan este tipo de actuaciones tanto desde el punto de vista formal como material. Se trata de un mecanismo en el que han de aplicarse con rigor las garantías del debido proceso aplicables a toda actuación judicial, pues de nada sirve la inclusión de mecanismos de solución de litigios, adicionales y alternativos al sistema ordinario

⁸⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-170 del 19 de marzo de 2014, la cual reitera la sentencia C-330 de 2000, en la que se precisó: “El arbitramento, tal como ha sido concebido en nuestro ordenamiento jurídico, es una figura procesal. Cuando la Constitución defiere a los particulares la función de administrar justicia en calidad de árbitros, les confía, como a todos los demás jueces, la solución de contenciones jurídicas entre las partes en concordancia con la Constitución y las leyes. De ahí que la institución arbitral en nuestro ordenamiento tenga el carácter de un proceso, que garantiza los derechos de las partes enfrentadas disponiendo de una serie de etapas y oportunidades para la discusión de los argumentos, la valoración de las pruebas aportadas y, aun, la propia revisión de los pronunciamientos hechos por los árbitros. El arbitramento es un verdadero procedimiento judicial -en sentido material- y, como tal, está sometido en todas sus etapas a la estricta aplicación de las normas que regulan este tipo de actuaciones tanto desde el punto de vista formal como material. Se trata de un mecanismo en el que han de aplicarse con rigor las garantías del debido proceso aplicables a toda actuación judicial, pues de nada sirve la inclusión de mecanismos de solución de litigios, adicionales y alternativos al sistema ordinario contemplado en la legislación, si su aplicación se traduce en el desconocimiento de derechos constitucionales fundamentales”.

contemplado en la legislación, si su aplicación se traduce en el desconocimiento de derechos constitucionales fundamentales”.

(Subrayado fuera de texto)

Ante el laudo arbitral como decisión judicial, el Consejo de Estado, como máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ha señalado que el recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales: primero, reivindica la incolumidad del principio de legalidad en el procedimiento arbitral; segundo, es un recurso de naturaleza excepcional, restrictiva y extraordinaria⁸¹; tercero, se encuentra sometido al principio dispositivo de las partes y su análisis no comporta aspectos adicionales de aquellos que la parte recurrente presenta en su controversia, ni *ultra petita* ni *extra petita*; cuarto, comporta que el estudio que adelanta el juez de lo contencioso administrativo se ajusta, con exclusividad, a errores o vicios *in procedendo* en los cuales haya podido incurrir el juez arbitral, marcando con ello la improcedencia por vicios *in iudicando*⁸². Finalmente, al reafirmar este último rasgo se evidencia en síntesis, en los pronunciamientos de esta alta corte, que el recurso de anulación no es una instancia adicional de impugnación del laudo dentro del proceso arbitral⁸³.

2.5.3 Tutela contra laudos arbitrales y contra sentencias que resuelven el recurso de anulación

La tutela contra laudos arbitrales es un tema frente al cual la Corte Constitucional ha señalado expresamente que se trata de una situación excepcional y cuya procedencia es restrictiva. La sentencia SU-033 del 3 de mayo de 2018 (M.P. Alberto Rojas Ríos) reitera lo señalado en la sentencia C-590 del 8 de junio de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) y establece que para la procedencia de la tutela contra laudos arbitrales deben verificarse los siguientes requisitos:

⁸¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 19 de septiembre de 2019. Exp. 62027.

⁸² “(...) El control excepcional del laudo por errores *in iudicando* aparece solo en los eventos en que el legislador faculta al juez del recurso de anulación para que se pronuncie sobre el fondo o materia del asunto, como cuando se dan los supuestos para modificar el laudo a través de la corrección y/o la adición. En cambio, cuando se trata del control del laudo por errores de procedimiento el legislador solo le da competencia al juez para anular la decisión arbitral, sacándola del ordenamiento jurídico; en tales eventos no tiene competencia para pronunciarse sobre los puntos sometidos por las partes a conocimiento de la justicia arbitral y decididos por esta (...)”. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 27 de mayo de 2004. Exp. 25156.

⁸³ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 15 de mayo de 1992. Exp. 5326.

a) Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional; b) que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial; c) que se cumpla el requisito de la inmediatez; d) cuando se trate de una irregularidad procesal, debe comprobarse que esta tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora; e) que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial, siempre que esto hubiere sido posible; f) que no se trate de sentencias de tutela.

Así mismo, en la sentencia mencionada anteriormente se establecieron varios requisitos específicos referidos a:

- a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada carece, absolutamente, de competencia para ello.
- b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.
- c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.
- d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales, o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.
- e. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.
- f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones, en el entendido de que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.
- g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como

mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

h. Violación directa de la Constitución.

La sentencia C-590 de 2005 marca un hito en la materia, tan es así que las consideraciones y fundamentos expuestos en esa providencia son posteriormente acogidos por el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 5 de agosto de 2014⁸⁴.

En materia de laudos arbitrales, si bien debe verificarse la configuración de las anteriores condiciones, la jurisprudencia constitucional también ha señalado que el análisis debe ser más riguroso: “La razón para que, tratándose de acciones de tutela dirigidas contra laudos arbitrales, se predique esa lectura particular y más restrictiva de los requisitos de procedibilidad establecidos para la acción de tutela contra providencias judiciales, reside, fundamentalmente, en la consideración de que se está en un escenario en el cual se ha expresado la voluntad de los sujetos de apartarse de la jurisdicción ordinaria y someterse a la decisión que adopte un tribunal de arbitramento”⁸⁵.

La decisión de excluir de la jurisdicción estatal la solución de la controversia comporta una importante incidencia en los controles posteriores de la decisión, puesto que se hace prevalecer la voluntad de las partes en relación con la forma de solución de sus conflictos y las controversias alrededor de la decisión arbitral que solo podrían girar, como se indicó, sobre aspectos procesales y con causales taxativas que deben ser alegadas expresamente y sustentadas por el interesado.

En sentencia de unificación SU-174 del 14 de marzo de 2007 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) la Corte Constitucional, sobre la anterior premisa, definió unas condiciones adicionales para la procedencia de la tutela contra laudos arbitrales, que pueden sintetizarse de la siguiente manera:

- a. Un respeto por el margen de decisión autónoma de los árbitros, que no ha de ser invadido por el juez de tutela e impide a este pronunciarse sobre el fondo del asunto sometido a arbitramento.

⁸⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 5 de agosto de 2014, expediente 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ)

⁸⁵ Corte Constitucional, Sentencia SU -500 de 2015.

- b. La procedencia excepcional de la acción de tutela exige que se haya configurado, en la decisión que se ataca, una vulneración directa de derechos fundamentales.
- c. Si bien es posible y procedente aplicar la doctrina de las vías de hecho a los laudos arbitrales, dicha doctrina ha de aplicarse con respeto por los elementos propios de la naturaleza del arbitraje, lo cual implica que su procedencia se circunscribe a la hipótesis de vulneración directa de derechos fundamentales.
- d. El carácter subsidiario de la acción de tutela se manifiesta con especial claridad en estos casos, ya que solo procede cuando se ha hecho uso de los recursos provistos por el ordenamiento jurídico para controlar los laudos y a pesar de ello persiste la vía mediante la cual se configura la vulneración de un derecho fundamental. En materia de contratos administrativos sobresale el recurso de anulación contra el laudo.

De los anteriores condicionamientos se destaca un mayor acento en la perspectiva constitucional, según la cual el juez de tutela debe realizar una valoración rigurosa y restringida de la subsidiariedad ante el mecanismo de amparo en anulación de laudos. Ese lineamiento lo destacó la sentencia de tutela del 25 de octubre de 2019 del Consejo de Estado⁸⁶.

Adicionalmente, es importante destacar que la Corte Constitucional en materia de laudos arbitrales internacionales, ha considerado una procedencia excepcionalísima del recurso de amparo constitucional. En sentencia T-354 del 6 de agosto de 2019 (M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo), la Corte aclaró que la prohibición expresa de la intervención judicial dispuesta en los artículos 67 y 107 de la Ley 1563 de 2012, no puede ser interpretada en el sentido de la improcedencia de la acción de tutela contra este tipo de fallos, pues en su criterio, con ellos también pueden resultar afectados derechos fundamentales:

La Sala se aparta de esta lectura debido a que las decisiones arbitrales internacionales pueden vulnerar o poner en riesgo derechos fundamentales de las partes y, en ese sentido, tal postura desconocería flagrantemente el principio de supremacía constitucional y el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico colombiano. El derecho a la tutela

⁸⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 25 de octubre de 2019. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

judicial efectiva en su dimensión constitucional es jerárquicamente superior a la ley, razón por la que el legislador no puede limitar la posibilidad reconocida a todas las personas de acudir ante los jueces para asegurar la protección o el restablecimiento de sus derechos ni la competencia de los jueces para conocer de las acciones previstas en la Constitución para tal efecto, como es la tutela.

Para la Corte Constitucional, no obstante, la limitación de la intervención judicial en los procesos arbitrales internacionales, la libertad de escogencia de las normas de derecho aplicables y, particularmente, la causal de anulación del laudo referida a la contrariedad de la decisión arbitral con el orden público nacional de Colombia, imponen serias restricciones a la acción de tutela y, por tanto, para el tribunal constitucional⁸⁷:

“(...) Esta causal limita las posibilidades de acudir directamente a la acción de tutela contra laudos internacionales por no satisfacer el requisito de subsidiariedad. Cuando se interpone una tutela contra un laudo internacional que aplicó al menos parcialmente ley colombiana y el accionante formula pretensiones que pueden encasillarse dentro de un alegato de violación del orden público internacional, se torna indispensable agotar el medio judicial, puesto que, aunque la causal sea oficiosa, nada obsta para que una parte la formule en sede de anulación”.

En lo que tiene que ver con la procedencia de la tutela contra sentencias que resuelven el recurso de anulación contra laudos arbitrales, la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones. Se analizarán tres sentencias que pueden identificarse como aquellas que fijan los lineamientos de esa Corporación Judicial en la materia. La primera es la SU-174 de 2007 del 14 de marzo (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) en la cual se establecieron cuatro elementos que resaltan el carácter excepcional de este mecanismo de amparo en el evento indicado⁸⁸.

⁸⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-354 de 2019.

⁸⁸ “(1) Un respeto por el margen de decisión autónoma de los árbitros, que no ha de ser invadido por el juez de tutela e impide a este pronunciarse sobre el fondo del asunto sometido a arbitramento; (2) la procedencia excepcional de la acción de tutela exige que se haya configurado, en la decisión que se ataca, una vulneración directa de derechos fundamentales; (3) si bien es posible y procedente aplicar la doctrina de las vías de hecho a los laudos arbitrales, dicha doctrina ha de aplicarse con respeto por los elementos propios de la naturaleza del arbitraje, los cual

La segunda es la SU-173 del 16 de abril de 2015 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) en la cual el Alto Tribunal Constitucional manifestó que la competencia del juez contencioso, en relación con la anulación de laudos arbitrales se circunscribe a “(...) revisar los errores *in procedendo*, pues, salvo excepciones legales, no hace parte de la órbita de competencia del juzgador el conocimiento de errores *in iudicando*, siendo estos más propios de una segunda instancia y el recurso de anulación no tiene tal condición”.

La tercera es la SU-656 del 26 de octubre de 2017 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger). En esta sentencia se señaló que el recurso de anulación es el medio previsto por el legislador para amparar los derechos fundamentales que se consideren vulnerados con las actuaciones arbitrales. Por lo tanto, la tutela tiene un carácter excepcional y sólo procederá, entre otros presupuestos, cuando se cumpla con el requisito de subsidiariedad. Esta es la sentencia proferida en el caso Gecelca.

En lo que respecta a la incolumidad del principio de legalidad en el procedimiento arbitral, el estudio que adelanta el juez de lo contencioso administrativo se ajusta, con exclusividad, a errores o vicios *in procedendo* en los cuales haya podido incurrir el juez arbitral y, sólo de manera excepcional, por vicios de fondo o *in iudicando*⁸⁹.

El Consejo de Estado ha señalado, en cuanto al principio de voluntariedad o habilitación en la justicia arbitral, lo siguiente⁹⁰:

implica que su procedencia se circunscribe a hipótesis de vulneración directa de derechos fundamentales; y (4) el carácter subsidiario de la acción de tutela se manifiesta con especial claridad en estos casos, ya que solo procede cuando se ha hecho uso de los recursos previstos por el ordenamiento jurídico para controlar los laudos, y a pesar de ello persiste la vía de mediante la cual se configura la vulneración de un derecho fundamental. En materia de contratos administrativos sobresale el recurso de anulación contra el laudo”.

⁸⁹Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 27 de mayo de 2004, expediente 25156: “(...) El control excepcional del laudo por errores *in iudicando* aparece solo en los eventos en que el legislador faculta al juez del recurso de anulación para que se pronuncie sobre el fondo o materia del asunto, como cuando se dan los supuestos para modificar el laudo a través de la corrección y/o la adición. En cambio, cuando se trata del control del laudo por errores de procedimiento el legislador solo le da competencia al juez para anular la decisión arbitral, sacándola del ordenamiento jurídico; en tales eventos no tiene competencia para pronunciarse sobre los puntos sometidos por las partes a conocimiento de la justicia arbitral y decididos por esta (...)”.

⁹⁰ Consejo de Estado, auto del 26 de marzo de 2004, expediente 25.094.

“El arbitramento está sometido al principio de voluntariedad o habilitación, por virtud del cual solo son los sujetos interesados, quienes pueden poner en funcionamiento la jurisdicción arbitral, mediante la celebración del compromiso, la convocatoria del tribunal de arbitramento y la designación, directa o por delegación, de los árbitros; sin perjuicio de las labores de apoyo que prestan los centros de arbitraje y conciliación. De esta manera, no resulta procedente que sujetos ajenos a los que suscribieron el pacto arbitral, particulares o funcionarios, convoquen el tribunal de arbitramento, razón por lo cual resulta ineficaz remitir el expediente a las cámaras de comercio con fundamento en la existencia de un pacto arbitral”.

144

Capítulo II. La Caracterización de los MASC: Marco Normativo y Lineamientos

Vale la pena destacar que resulta razonable que la acción de tutela sea de utilidad para controvertir laudos arbitrales violatorios del precedente sentado por los órganos de cierre de las diferentes jurisdicciones y, particularmente, dentro de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo respecto de sentencias de unificación que, de conformidad con lo establecido en el artículo 10 del CPACA, constituyen fuente formal del derecho. Cabe plantear, por lo mismo, que un laudo que se aparte de lo señalado en una sentencia de unificación sin una justificación razonada, con un enfoque de debido proceso y derechos fundamentales, podría eventualmente incurrir en un defecto sustantivo de corrección por vía de tutela.

Es claro que existe una línea jurisprudencial en la cual la anulación de laudos arbitrales por el Consejo de Estado es poco frecuente y en efecto es extraordinaria, con un porcentaje de anulación total o parcial de laudos que no llega al 13%. Sin embargo, se sigue presentado con bastante frecuencia el recurso a pesar de las cifras. Un planteamiento similar se puede realizar en materia de tutelas contra los laudos y las sentencias que resuelven el recurso de anulación. Como se analizó, el recurso de anulación es restrictivo, extraordinario y excepcional en sus causales, por lo tanto, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han establecido que la tutela en esos casos debe ser selectiva y cuidadosa, toda vez que los requisitos para su procedencia son bastante estrictos. Esto lo podemos denominar tutela con cautela. La excepción a la regla lo confirma.

Finalmente, este acápite refleja el estado del arte de la jurisprudencia en materia de anulación de laudos arbitrales, que evidencia el atributo de la

predictibilidad en esa materia con la única pretensión de contribuir a la seguridad jurídica en el arbitraje. Igualmente, denota cohesión entre las altas cortes, sin que dejen por ello de presentarse tensiones a ese nivel. Serán otros estudios los que a partir de este ponderen aún más las sentencias analizadas y profundicen nuevos aspectos destacables o miradas críticas. Este trabajo compilador se entregó en forma de línea de base desde la Procuraduría hacia la comunidad académica, las instituciones del Estado y los actores del arbitraje para que sea un insumo que permita generar certeza y confianza en materia de anulación y de acción de tutela contra laudos y sentencias que resuelven el recurso de anulación.

2.6 Análisis por causales de anulación (artículo 41 de la Ley 1563 de 2012)

El recurso extraordinario de anulación de los laudos arbitrales consagrado en el artículo 40 y siguientes de la Ley 1563 de 2012 tiene como finalidad que el juez natural ejerza control sobre la decisión tomada por los árbitros, principalmente sobre los errores en el procedimiento y la corrección de las violaciones flagrantes al debido proceso.

Dicho recurso es extraordinario toda vez que, contrario a los recursos ordinarios que proceden contra cualquier decisión judicial, este recurso procede contra determinadas sentencias, en este caso los laudos arbitrales, providencia que se encuentra ejecutoriada lo que se constituye como una excepción al principio de intangibilidad de las sentencias.

El artículo 40 de la Ley 1563 de 2012 consagra las causales para la interposición del recurso de anulación de los laudos arbitrales, dichas causales son taxativas y la prosperidad del mismo está condicionada al cumplimiento de las causales estipuladas, lo que le da un carácter restringido y excepcional al recurso.

Característica importante del recurso de anulación, es que en el mismo no proceden pronunciamientos sobre el fondo de la discusión, así como no calificará o modificará los criterios, motivaciones, valoraciones probatorias o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral al adoptar el laudo, por lo tanto, solo se limitará el juez a analizar las causales taxativas por las cuales se solicita su anulación, para determinar si existen o no los vicios que permitan declararla.

Otro aspecto de importancia sobre el recurso es el consagrado en el Artículo 42 de la Ley 1563 de 2012, toda vez que en este se hace claridad que la interposición y trámite del recurso no suspende la decisión arbitral, al respecto

el artículo indica: “*La interposición y el trámite del recurso extraordinario de anulación no suspenden el cumplimiento de lo resuelto en el laudo, salvo cuando la entidad pública condenada solicite la suspensión*”.

El estudio que se presenta a continuación se realizó a partir de la jurisprudencia del Consejo de Estado que se emitió hasta el año 2020. Cabe destacar que han surgido investigaciones complementarias como la obra del doctor Hernando Herrera Mercado sobre la impugnación del laudo arbitral.

146

2.6.1 Caducidad de la acción, falta de jurisdicción o de competencia

En cuanto a la procedencia del recurso de anulación con fundamento en la causal segunda prevista en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, el Consejo de Estado ha señalado que el recurrente deberá acreditar: i) que se opuso expresamente a la existencia del pacto arbitral en los eventos en que esta causal es alegada en los términos del parágrafo del artículo 3 de la Ley 1563 de 2012 y ii) que interpuso recurso de reposición contra el auto mediante el cual dicho tribunal se declaró competente (requisito de procedibilidad)⁹¹. De no atenderse la carga antes mencionada, no podrá alegarse en sede de anulación la falta de jurisdicción o competencia, en tanto que debe entenderse que estuvieron conformes con la constitución del tribunal arbitral para dirimir sus diferencias.

Por lo tanto, el tribunal arbitral carecerá de jurisdicción en aquellos eventos en los cuales una de las partes del proceso no suscribió el pacto arbitral o cuando el asunto o materia que se somete a la decisión de los árbitros no es de aquellos que la Constitución Política o la ley autorizan para que sean resueltos en esa sede. En desarrollo del principio de habilitación que rige en materia de arbitramento, el tribunal de arbitramento carecerá de competencia cuando se pronuncie sobre algún asunto que por voluntad de las partes no se encontraba sometido a su decisión.

En lo que concierne a la caducidad de la acción, el Consejo de Estado precisó que al tratarse de controversias en las que se encuentre de por medio un contrato estatal, debe darse aplicación a las normas que regulan los términos de caducidad del medio de control de controversias contractuales; sin que haya lugar a establecer diferencia por causa de la sustitución del juez ordinario por el tribunal arbitral, puesto que las normas que rigen los términos de caducidad

⁹¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 13 de abril de 2016. Exp. 54405.

son de orden público, irrenunciables y no son susceptibles de ser modificadas por las partes⁹².

El legislador exigió como presupuesto para la procedencia de esta causal que el interesado la haya alegado en la primera audiencia de trámite, de no ser así pierde la posibilidad de invocar este motivo en sede del recurso de anulación del laudo. Esto de acuerdo con lo señalado en el penúltimo inciso del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, el cual establece: “Las causales 1, 2 y 3 sólo podrán invocarse si el recurrente hizo valer los motivos constitutivos de ellas mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia”.

En septiembre de 2020 se profirió la sentencia que resolvió el recurso de anulación interpuesto contra laudo arbitral expedido en el proceso entre la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI). Cabe recordar que la participación mayoritaria de esa concesionaria correspondía a Odebrecht (66 %) en el caso de corrupción de Ruta del Sol 2. El laudo que fue objeto del recurso fue aquel en el que se declaró la nulidad absoluta de un contrato de concesión. Sobre este punto el Consejo de Estado señaló:

“Un entendimiento diferente daría lugar a la conclusión, insostenible, de que el Tribunal de Arbitramento estaba habilitado para decidir sobre los posibles incumplimientos contractuales o alteraciones del equilibrio económico del contrato, pero no pudiera pronunciarse sobre la validez del contrato mismo, materia de aquellas pretensiones, dejando de lado la facultad oficiosa que expresamente le ha sido atribuida por la ley en esta materia”⁹³.

En la sentencia que deniega el recurso por el Consejo, se realizan importantes aportes en materia de oportunidad para solicitar la declaratoria de nulidad absoluta por el Ministerio Público y por la Agencia de Defensa Jurídica del Estado; así mismo, analiza las facultades para pronunciarse por los árbitros, en cualquier momento y en forma oficiosa.

2.6.2 No constituirse el tribunal en forma legal

⁹² Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 14 de diciembre de 2018. Exp. 62219.

⁹³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 10 de septiembre de 2020. Exp. 65136.

Respecto de la causal establecida en el numeral 3 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, el Consejo de Estado sostuvo que la indebida integración del tribunal de arbitramento tiene que ver con las condiciones personales del árbitro, con el procedimiento para su designación o con el número de sus integrantes.

Igual que sucede con la causal prevista en el numeral 2 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 antes referida, en el caso de la señalada en el tercer numeral de ese mismo artículo, el legislador exigió como presupuesto para su procedencia que el interesado la haya alegado en la primera audiencia de trámite, so pena de perder la posibilidad de invocar este motivo en sede del recurso de anulación del laudo. Esto de acuerdo con lo señalado en el penúltimo inciso del mencionado artículo 41. De tal manera que si no se alega en esa oportunidad procesal, se entiende que dicha irregularidad se sana como consecuencia del silencio de las partes⁹⁴.

2.6.3 Negarse el decreto de una prueba pedida oportunamente o dejarse de practicar una decretada sin fundamento legal

La procedencia de la causal quinta del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 exige el cumplimiento de los siguientes supuestos: i) el interesado o recurrente debió reclamar las omisiones en la forma y tiempo debidos; ii) la prueba debió ser oportunamente solicitada; iii) la omisión en el decreto o práctica de la misma debió haberse presentado sin fundamento legal; iv) dicha prueba debe incidir en la decisión.

Sobre esta causal, el Consejo de Estado señaló que no basta que las pruebas pedidas por las partes cumplan los requisitos de conducencia y pertinencia, sino que es necesario que sean eficaces, al punto de producir en el juez o en el árbitro el convencimiento que son indispensables para decidir. De igual manera, sostuvo que esta causal procede en caso de que la decisión se soporte en medios de prueba obtenidos con violación del debido proceso⁹⁵. Agregamos que orienta el mismo principio haber presentado recurso de reposición al no decretarse la prueba conducente, pertinente y que se estima necesaria.

En la sentencia citada en torno al caso de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. contra la ANI, al negarse el recurso de anulación en materia de valoración

⁹⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 7 de marzo de 2016. Exp. 51860.

⁹⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 14 de diciembre de 2018. Exp. 62219.

probatoria se realiza un aporte muy importante en cuanto a la libre apreciación racional del tribunal de arbitramento y la sana crítica, aplicando además la Ley 1882 de 2018, así:

“A continuación, el Tribunal de Arbitramento procedió a desarrollar el capítulo correspondiente a “Los reconocimientos entre las partes”⁹⁶, en el que reiteró que daría aplicación y estricto cumplimiento al párrafo del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 y la sentencia C-207 de 2019 de la Corte Constitucional, advirtiendo que “(...) la fórmula de la Ley 1882 no admite ningún tipo de depuración distinta de la que deriva de los elementos en ella previstos y, en consecuencia, en este laudo no puede haber pronunciamiento alguno respecto de los perjuicios sufridos por las partes como consecuencia de la terminación del contrato y de su declaratoria de nulidad”. Luego transcribió la referida norma, se refirió a los lineamientos establecidos por la Corte Constitucional y fijó la fórmula que, con fundamento en los anteriores, debía ser aplicada para efectos de determinar los reconocimientos⁹⁷.

(...)

En cuanto al cargo consistente en que los reconocimientos efectuados en el Laudo Arbitral no fueron validados por un tercero experto, advierte la Sala que, tal y como surge del análisis del fallo cuestionado, en el proceso obraron múltiples pruebas periciales, de las cuales, el Tribunal Arbitral dispuso tener como tercero experto e independiente a Duff & Phelps, y fue a partir de su dictamen que efectuó el estudio y definición de los reconocimientos, para lo cual llevó a cabo el análisis conjunto del acervo probatorio existente⁹⁸.

2.6.4 Fallarse en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho

Según la jurisprudencia del Consejo de Estado, en relación con la séptima causal, para predicar que un laudo fue proferido en conciencia, se requiere la comprobación de que los árbitros al resolver dejaron de lado de manera ostensible las normas legales que debían aplicar, el acervo probatorio obrante

⁹⁶ P. 647 del Laudo Arbitral.

⁹⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 10 de septiembre de 2020. Exp. 65136.

⁹⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 10 de septiembre de 2020. Exp. 65136.

en el plenario y los criterios jurídicos emanados del sistema judicial, basando su decisión exclusivamente en su leal saber y entender, aplicando el sentido común y la verdad sabida y buena fe guardada⁹⁹.

Sólo cuando el fallo omite de manera evidente el marco jurídico dentro del cual se debía decidir, podrá señalarse por el juez de la anulación que se está en presencia de un fallo en conciencia, pero si el árbitro resuelve con fundamento en el ordenamiento jurídico, en el análisis del material probatorio allegado oportunamente al proceso y de conformidad con las reglas de la sana crítica, ese pronunciamiento es en derecho y la causal no estaría llamada a prosperar¹⁰⁰.

De acuerdo con el artículo 1 de la Ley 1563 de 2012, los laudos arbitrales proferidos para dirimir controversias contractuales provenientes de relaciones negociales en las que una parte es una entidad estatal deben ser proferidos en derecho.

El Consejo de Estado ha expuesto varias hipótesis o situaciones en las cuales puede fundarse o no el recurso de anulación por la causal séptima objeto de estudio¹⁰¹. De acuerdo con la sentencia citada, esas hipótesis son:

i) Cuando el tribunal de arbitramento se equivoca en la interpretación del derecho vigente. En este tipo de argumentos, el recurrente cuestiona la norma aplicada por el tribunal de arbitramento; acude a formular sus propias demostraciones acerca de cómo se interpreta la ley para el caso en cuestión y elabora las conclusiones a las que ha debido llegar el referido tribunal.

ii) Cuando el tribunal arbitral funda el laudo en la equidad, como criterio auxiliar para llenar los vacíos legales. Al respecto, esta corporación ha advertido que el criterio de la equidad es un elemento de interpretación

⁹⁹ “En relación con la naturaleza del fallo en conciencia, se observa que es aquel en el cual el juez falla de acuerdo con su leal saber y entender, dejando de lado el derecho positivo aplicable en la solución de la controversia y omitiendo las pruebas que sustentan una decisión; se identifica con el brocardo “ex equo et bono”, porque el panel arbitral, al margen de un parámetro normativo o legal, aplica criterios axiológicos como los de ‘lo correcto o lo bueno’”. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 19 de septiembre de 2019. Exp. 62027.

¹⁰⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 14 de febrero de 2018. Exp. 58663.

¹⁰¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 19 de septiembre de 2019. Exp. 62027.

que puede emplear la justicia arbitral, aun en el marco del arbitramento en derecho, sin que por ello sea procedente la anulación del laudo.

iii) Cuando el tribunal de arbitramento interpreta de manera incorrecta el contrato sometido a la controversia. En estos casos, con fundamento en el propio ordenamiento –particularmente en el Código Civil- se ha precisado que las cláusulas pactadas constituyen derecho o ley para las partes, de suerte que, al interpretarse y aplicarse tales cláusulas a la solución del conflicto en el proceso arbitral, aun si tal ejercicio se realiza en un sentido diferente al que las partes le pretendieron dar, no es posible invocar la causal de fallo en conciencia para solicitar la anulación del laudo.

iv) Por último, si las pruebas fueron apreciadas o valoradas en forma distinta a la que invocaron las partes. En efecto, el recurso de anulación no es una instancia para rebatir o cuestionar la valoración de las pruebas. Solo es posible invocar la causal de fallo en conciencia cuando es inexistente el sustento probatorio o cuando se desconoce en forma manifiesta e injustificada la prueba que sea indispensable para fallar, dado que la decisión debe fundarse en las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso. Por tanto, únicamente el laudo proferido “sin consideración a prueba alguna” ha sido aceptado como susceptible de cuestionamiento por fallo en conciencia, porque se entiende que en estos eventos la decisión está fundamentada única y exclusivamente en la conciencia o en el fuero interno de los árbitros, desligada del sistema o del orden jurídico y normativo.

Vale la pena indicar que la nota característica de las decisiones en conciencia es que son adoptadas con total prescindencia de las reglas de derecho, sin efectuar razonamiento jurídico alguno, y se hallan soportadas únicamente «*en el criterio de justicia inmerso en el juzgador*» o en su «*íntima convicción*»; es decir, se trata de decisiones que provienen «*del fuero interno de los árbitros, sin justificación normativa alguna*»¹⁰². El fallo en conciencia se presenta también en el evento en

¹⁰² Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 3 de abril de 1992. Exp. 6695. Este criterio fue reiterado posteriormente por el Consejo de Estado en sentencia de 4 de mayo de 2000, expediente 16766 y en sentencia de 2 de octubre de 2003, expediente 24320.

que el juez, para tomar sus decisiones, desconoce íntegramente el acervo probatorio¹⁰³.

Igualmente, se ha precisado que el fallo en conciencia se presenta cuando este no se ha fundamentado sobre normas jurídicas o cuando se falla sin tener pruebas de los hechos en los cuales se sustentan las pretensiones o las excepciones, o con pretermisión de la totalidad de las pruebas que obran en el proceso¹⁰⁴.

De acuerdo con el Consejo de Estado, los fallos en equidad se presentan cuandoquiera que el juez o el árbitro inaplica la ley al caso concreto, porque considera que ella es inocua o que conduce a una iniquidad, o cuando se busca por fuera del ámbito de la ley una solución al caso controvertido.

A este tenor, considera dicho alto tribunal que en ninguna de las hipótesis antes mencionadas el juzgador puede prescindir de la motivación o de las pruebas. En tal evento, los fallos ya no serían en equidad sino en conciencia y las decisiones de esta naturaleza están proscritas en el sistema jurídico colombiano, tal como se deduce de los artículos 29, 116 y 230 superiores.¹⁰⁵

2.6.5 Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas

En lo que tiene que ver con la causal octava de anulación de laudos, el Consejo de Estado manifestó que se refiere a la expedición de laudos con contradicciones, errores aritméticos o errores por omisión, cambio o alteración de palabras¹⁰⁶. Según este tribunal, esos yerros deben haberse puesto en conocimiento del tribunal de arbitramento en forma oportuna. Al respecto, señaló¹⁰⁷: “(...) esto es, que dentro de los cinco días siguientes de haberse proferido la decisión se haya pedido o la corrección del error aritmético, del error por cambio de palabras o alteración de estas; o la aclaración o complemento de las disposiciones contradictorias o de los errores por omisión”.

¹⁰³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 14 de septiembre de 1995. Exp. 10468.

¹⁰⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 5 de julio de 2006. Exp. 31887.

¹⁰⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 21 de febrero de 2011. Exp. 38621.

¹⁰⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 19 de junio de 2019. Exp. 61809.

¹⁰⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 27 de noviembre de 2017. Exp. 59913.

Según lo expuesto, el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 prevé dos supuestos para la configuración de la causal octava de anulación de laudos arbitrales. El primero radica en la existencia de disposiciones contradictorias, mientras que el segundo versa sobre la presencia de errores aritméticos, errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas. En ambos casos se exige que estén presentes en la parte resolutive del laudo o que las contradicciones o errores influyan en esta¹⁰⁸.

En lo que tiene que ver con el primer supuesto, la causal octava de anulación objeto de estudio dispuso que podía tratarse de contradicciones en la parte motiva, pero el legislador estableció que ese yerro debe influir en la parte resolutive, es decir, la contradicción debe ser de tal envergadura que imposibilite el cumplimiento de la decisión, que sea imprescindible para entender su contenido o que en el caso de haberse hecho una remisión expresa de esta a aquella, no hubiere congruencia¹⁰⁹.

Vale la pena resaltar en cuanto al tema de disposiciones contradictorias que, según el Consejo de Estado, no procede la anulación del laudo con fundamento en la causal analizada:

(...) cuando la misma se fundamente en una supuesta contradicción entre las afirmaciones del dictamen pericial y la parte resolutive del laudo. En esta providencia se afirmó que el pronunciamiento realizado por el tribunal frente al mérito probatorio de la prueba pericial, en el sentido de no acogerla, no neutraliza la declaración de pago de lo no debido ni la ejecución de la decisión prevista en la parte resolutive del laudo¹¹⁰.

Así mismo, el legislador exigió el cumplimiento de un requisito de procedencia para esta causal, el cual consiste en que se hubiere alegado en la oportunidad debida el error o la contradicción, esto es, en el término previsto para la petición de aclaración, corrección o complementación del laudo proferido¹¹¹. La consagración de la causal octava obedece *"(...) a un típico caso de lapsus calami,*

¹⁰⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 9 de junio de 2017. Exp. 57350.

¹⁰⁹ *Ibíd.*

¹¹⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 20 de agosto de 2014. Exp. 41064. Cit. en: *Ibíd.*, p. 341.

¹¹¹ *Ibíd.*

*un error involuntario en que se incurre en un yerro al momento de escribir lo que concibió el juez en sus consideraciones*¹¹².

2.6.6 Recaer el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, conceder más de lo pedido o no decidir sobre cuestiones sujetas al arbitramento

En lo que tiene que ver con esta causal, el Consejo de Estado, siguiendo lo previsto en el numeral noveno del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, señala que debe verificarse si el laudo se pronunció sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, concedió más de lo pedido o no decidió sobre las cuestiones sujetas al arbitramento.

Se trata de una causal que tiene por finalidad verificar el principio de congruencia en el laudo arbitral previsto en el artículo 281 del Código General del Proceso (CGP). Según el Consejo de Estado, esto implica que:

*(...) los árbitros deben atender y atenerse a lo que fue específicamente pedido en la demanda y propuesto en las excepciones, sin desbordar las pretensiones que le fueron elevadas, condenando por algo que no fue solicitado (fallo extra petita) o por cantidad superior a la pedida (fallo ultra petita), o dejando de resolver alguna cuestión sujeta a su decisión (fallo infra o citra petita).*¹¹³

De lo anterior se advierten tres limitaciones en la competencia de los árbitros que pueden dar lugar a la configuración de la causal novena de anulación, estas son: i) que el laudo recaiga sobre materias no susceptibles de ser sometidas a arbitramento, contrariando con ello la Constitución y la ley; ii) que se aborden asuntos que las partes no pusieron a consideración de la decisión de los árbitros, en vista de que el compromiso o cláusula compromisoria limitó su competencia a ciertos aspectos de la relación jurídico negocial; y iii) que se exceda o se restrinja la relación jurídico procesal delimitada por la demanda y su contestación, violando el principio de congruencia¹¹⁴.

¹¹² AA.VV. Recurso de anulación de laudos arbitrales. Editores Ramiro Bejarano Guzmán, Aída Patricia Hernández Silva y Pablo Moreno Cruz. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 336.

¹¹³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 19 de septiembre de 2019. Exp. 62027. Sobre este aspecto también puede verse la siguiente sentencia: Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 19 de junio de 2019. Exp. 61809.

¹¹⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 1 de marzo de 2018. Exp. 59630A.

Para determinar la configuración de la causal novena debe analizarse lo siguiente: i) si el asunto fue propuesto dentro del proceso arbitral y si podía ser objeto de arbitraje; ii) si se resolvió dentro de los límites pedidos, ni más allá y tampoco menos; y iii) si se resolvió lo pedido. Por lo tanto, los aspectos para estudiar esta causal son el ordenamiento jurídico, las pretensiones que se debaten en el proceso y lo decidido en la parte resolutive del laudo¹¹⁵.

2.7 Casos de arbitraje nacional en los que intervino la Procuraduría General de la Nación (2016 – 2021)

La Procuraduría tiene diferentes roles y participación para el fomento y ejecución de los MASC en el marco de los tribunales de arbitramento, estos roles se pueden dar previos al desarrollo del tribunal, en el desarrollo o por fuera de los mismos, buscando siempre la solución de las controversias que permitan disminuir las contingencias judiciales generadoras de arbitrajes.

Dentro de la implementación y desarrollo de los MASC se han utilizado diferentes mecanismos, siendo ellos principalmente la conciliación, la transacción, los memorandos de entendimiento, mediación entre las partes y asistencia a mesas de trabajo sectoriales, donde la PGN ha sido testigo o moderador de los acuerdos que se pretenden realizar.

Dentro de los tribunales, los procuradores judiciales hacen el estudio de los acuerdos de conciliación presentados a los árbitros, en donde se da concepto favorable o desfavorable para la aprobación del acuerdo por parte del tribunal.

Por fuera del escenario procesal del tribunal arbitral el papel de la PGN ha sido diverso, siempre buscando en los escenarios de solución de controversias que las partes lleguen a acuerdos a través de diferentes mecanismos, ejemplo de ello es el desarrollo de mesas de trabajo con diferentes sectores como el de transporte e infraestructura y sistemas integrados de transporte público. Estas mesas de trabajo han tenido resultados satisfactorios en cuanto a acuerdos conciliatorios y desarrollo de otros mecanismos como arreglos directos entre las partes.

¹¹⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 7 de febrero de 2018. Exp. 60024.

2.7.1 Mesas de trabajo sector infraestructura

La Procuraduría Delegada para la Conciliación Administrativa y los procuradores judiciales administrativos llevaron a cabo con el Ministerio de Transporte y la ANI mesas interinstitucionales en las que periódicamente se analizó la alta litigiosidad del sector de infraestructura y la forma de prevenirla, así como los tribunales arbitrales contra este sector, estudiando las posibles conciliaciones que se pueden dar, la mejor forma de hacerlas, las consecuencias de los laudos arbitrales y la efectividad de su defensa jurídica. Así mismo, en dicha mesa interinstitucional se analizó la alta litigiosidad del sector y la forma de prevenirla.

2.7.2 Mesas de trabajo sector transporte

La Procuraduría Delegada para la Conciliación Administrativa, junto con los procuradores judiciales que intervienen en los tribunales arbitrales relacionados con los sistemas integrados de transporte público, realizaron constantes mesas de trabajo con el sector donde se estudian los tribunales vigentes, los mecanismos alternativos de solución de controversias para la disminución de la litigiosidad y para, ante todo, promover la adecuada prestación del servicio a los usuarios.

Esas mesas de trabajo fueron de vital importancia en la disminución de la litigiosidad arbitral que se estaba presentando contra los sistemas integrados de transporte público, siendo Bogotá y Cali grandes ejemplos de esto.

En el caso del sistema integrado de transporte en la ciudad de Cali, gracias a la intervención de la Procuraduría General de la Nación, se llegó a la conciliación en medio de un tribunal arbitral con las concesionarias Blanco y Negro Masivo y Empresa de Transporte Masivo, ETM, en las cuales se evitó un pago por valor de 367 mil millones de pesos y la reestructuración técnica, legal y financiera de los contratos.

2.7.3 Caso Gmovil S.A.S. vs. Transmilenio S.A.

En materia de controversias contractuales y prestación de servicios públicos, el transporte de pasajeros es uno de los ámbitos más interesantes si se tiene en cuenta que hacia finales del siglo XX en Bogotá existían 110 empresas de transporte público registradas en la Secretaría de Tránsito y Transporte (STT), de las cuales 53 eran de transporte público colectivo urbano. De ellas, unas

mostraban una dispersión en la propiedad y otras una gran concentración, con un altísimo porcentaje de buses afiliados¹¹⁶.

Durante este periodo fue un lugar común señalar que las principales características del sistema urbano de transporte público de pasajeros en Bogotá eran: caótico, deficiente y arcaico. Fue así como se comenzó a desarrollar la propuesta de un Sistema de Transporte Masivo cuyo marco normativo está constituido por las Leyes 86 de 1989, 105 de 1993, 310 de 1996 y 336 de 1996.

El sistema propuso la implementación de corredores especializados para circulación exclusiva del transporte público, alimentados por rutas secundarias de menor jerarquía o ‘rutas alimentadoras’, que garantizarían la conducción de la masa de pasajeros hacia los corredores principales de la troncal. De esta manera se pensaba lograr un manejo más eficiente del alto número de viajes en las principales vías de la ciudad, teniendo prelación vial en el tránsito y utilizando vehículos de alta capacidad con especificaciones adecuadas para el transporte de pasajeros, beneficiando a estos más que a los propietarios de vehículos particulares¹¹⁷.

En el asunto que se estudiaba, el contrato de concesión celebrado entre GMOVIL S.A.S. y TRANSMILENIO S.A. tenía por objeto la prestación del servicio público de transporte de pasajeros a cambio de una remuneración, que consiste en una participación “en los beneficios económicos derivados de la explotación comercial del Sistema durante el término de vigencia del presente contrato”, determinado con la fórmula establecida en la Cláusula 64, aplicando la tarifa a los componentes variables vehículos, pasajeros y kilómetros, conforme la operación sea o no troncal, y las rutas compartidas o no (Cláusula 64).

En la demanda promovida por GMOVIL S.A.S. se relacionaron 1.280 hechos y se formularon 139 pretensiones, varias de ellas con pretensiones subsidiarias, que dificultaban en gran medida el trabajo del Ministerio Público, puesto que se referían a múltiples conflictos en la ejecución contractual que abarcaban casi seis años de historia. El concesionario procuró en su libelo agrupar las pretensiones para facilitar el trabajo de los árbitros, quienes hicieron la siguiente sistematización en el laudo para su identificación¹¹⁸:

¹¹⁶ Concejo de Bogotá, proyecto de acuerdo No. 005 de 1999, p. 21.

¹¹⁷ *Ibidem*, pp. 25 y 26.

¹¹⁸ Basado en el cuadro que se encuentra en las páginas 81 y 82 del libro de arbitraje 360°.

Pretensiones:

- Pretensiones relativas al cierre financiero.
- Pretensiones relativas a la falta de implementación del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP).
- Pretensiones relativas a la no integración de la programación troncal del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP) con las Fases I y II del Sistema Transmilenio.
- Pretensiones relativas al incumplimiento de Transmilenio en relación con la entrega del Patio Troncal Calle 26–El Dorado.
- Pretensiones relativas a la infraestructura transitoria–Ampliación indefinida de la Etapa de Transición Pretensiones relativas a los incumplimientos legales y contractuales de Transmilenio asociados a la gestión de los Contratos de Concesión Nos. 005 y [sic] 012 y 013 de 2010 suscritos con Coobus S.A.S. y/o Egobus S.A.S., respectivamente, y los efectos que desencadenó para el Sistema y particularmente para Gmovil S.A.S.
- Pretensiones relativas a la desintegración física de vehículos (chatarización).
- Pretensiones relativas al Cruce de Flota.
- Pretensiones relativas a la insuficiente socialización del sistema y el acceso al medio de pago.
- Pretensiones relativas al Sistema Integrado de Recaudo, Control e Información y Servicio al Usuario–SIRCI y el Concesionario SIRCI.
- Pretensiones relativas a la evasión en el componente zonal y piratería.
- Pretensiones relativas a otros reconocimientos pendientes tales como la Flota Nueva–Sistema Euro V y Mantenimiento de los Mecanismos de Accesibilidad (distribuidas en dos (2) subsecciones).
- Pretensiones relativas al cambio de las Flota Nueva del Sistema Euro IV al Sistema Euro V.
- Pretensiones relativas al mantenimiento de los equipos (elevadores) para garantizar la accesibilidad para las personas con discapacidad o movilidad y/o comunicación reducida.
- Pretensiones relativas a la asignación de riesgos del contrato.
- Pretensiones relativas a la velocidad comercial y sus efectos.
- Pretensiones relativas al valor de los derechos de participación (complementada con nueve (9) subsecciones).
- Tarifa mensual por kilómetro troncal (TKMT) para vehículos híbridos.

- Restablecimiento de la tarifa mensual por vehículo (TMV) por falta de remuneración de los seguros de forzosa adquisición contractual (RCC, RCE y Todo Riesgo).
- Restablecimiento de la tarifa mensual por vehículo (TMV) por falta de remuneración del diez por ciento (10 %) de rentabilidad mínima con que ha debido estimarse el costo de la inversión por vehículo.
- Restablecimiento de la tarifa mensual por vehículo (TMV) por falta de remuneración del mayor valor de arrendamiento de terminales zonales durante la Etapa de Transición.
- Restablecimiento de la tarifa mensual por vehículo (TMV) por falta de remuneración del mayor valor de adquisición de vehículos usados.
- Velocidad comercial,
- Pago de valores no contemplados en la tarifa mensual por vehículo zonal (TMVZk) y la tarifa mensual por kilómetro zonal (TKMZk) por cambios en las especificaciones técnicas (Euro V).
- Tarifa por pasajero zonal (TPASZ) para compensar la menor demanda de pasajeros.
- Revisión de la remuneración mensual del concesionario y la canasta de costos, tanto de orden contractual como legal.
- Pretensiones relativas a desincentivos, manual de operaciones y manual de niveles de servicio.

Resulta importante destacar que la metodología específica utilizada por el Ministerio Público para agrupar las pretensiones, que aquí se plantea, se dirigía a compaginarse con las funciones constitucionales asignadas al mismo en la Constitución Política, de manera concreta con lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 277, que establece lo siguiente:

“El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones:

(...) 7. Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales”.

Este punto de vista también encuentra asidero en lo señalado por el Consejo de Estado respecto de la intervención del Ministerio Público en procesos de la

Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que *mutatis mutandi*, también resulta aplicable a los tribunales de arbitramento:

“(…) el Ministerio Público refleja el ejercicio de una función constitucional, autónoma, independiente, cuyo objetivo ha sido el control de la actuación pública. Por consiguiente, su participación en los procesos judiciales y, concretamente en los de naturaleza contencioso administrativa, tiene como objetivo el ser garante de la legalidad en sentido material, la protección del patrimonio público en respeto del principio de primacía del interés general y la concreción o materialización de los derechos fundamentales de las personas que intervienen en los procesos como partes o sujetos procesales. De modo que, lejos de ser considerada su participación como una coadyuvancia respecto de las partes, su intervención desborda la simple presentación o emisión del concepto al interior del proceso y, por lo tanto, supone una activa dinámica en la que el Procurador General de la Nación o sus delegados en una permanente dialéctica con el juez, las partes y los intervinientes sea el encargado de velar por el respeto de los cánones constitucionales y legales, de la protección del erario, y de los derechos que son inherentes y esenciales a la persona”.

Con todo lo anterior, la Procuraduría Delegada para la Conciliación Administrativa propuso un marco lógico y una metodología que en alguna medida se encuentra reflejada en los otrosíes modificatorios de los contratos de concesión de la fase III suscritos por las partes el 29 de mayo de 2019.

Todo ello revistió una ardua labor de la PGN, articulada en siete mesas de trabajo, celebradas entre el 20 de noviembre de 2018 y el 12 de abril de 2019, alentando a las partes a construir una solución concertada para el sistema que garantizara la prestación y la calidad del servicio público en condiciones financieramente sostenibles.

2.8 Referencia a fallos recientes sobre el recurso de anulación de Laudos Arbitrales en el Consejo de Estado

2.8.1 Límites al arbitraje en relación con el equilibrio económico del contrato

En el último año se han tomado decisiones de parte del Honorable Consejo de Estado en referencia con la anulación de laudos arbitrales, las cuales merecen un estudio frente a la relevancia que las mismas han tenido, por lo tanto, a continuación, se hará un estudio de dichas decisiones.

1. Radicación número: 11001-03-26-000-2022-00173-00 (68.994)

Convocante: SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE S.A. – SI 99 S.A.

Convocado: EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

14 de marzo de 2024

En esta providencia el Consejo de estado declaró nula una condena arbitral en contra de Transmilenio S.A. y unificó jurisprudencia sobre el tema, toda vez que dicha corporación estableció que la justicia arbitral no tiene la facultad de decidir sobre las medidas de reajuste para el restablecimiento del equilibrio económico de los contratos estatales, declarando la nulidad parcial de un laudo arbitral que condenaba a Transmilenio S.A. a pagarle al antiguo operador del sistema más de 12.000 millones de pesos.

Para entender la decisión, se hace necesario exponer las circunstancias sobre las cuales se tomó la decisión en el laudo arbitral, teniendo en cuenta que, Transmilenio S.A. había modificado el contrato que mantenía con el concesionario Sistema Integrado de Transporte (SI 99 S.A.), frente a las diferencias que se generaron entre las partes por la fórmula para calcular la remuneración y el descuento a favor del concesionario, se convocó a un tribunal arbitral para que los resolviera.

Transmilenio S.A. alegó las causales de anulación contenidas en los numerales 2 y 7 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, que consisten, respectivamente, en “la caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia” y “haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”.

Como consecuencia de lo anterior, se expidió el laudo por medio del cual se estableció que se había producido una ruptura del equilibrio económico, lo que condujo a la condena por más de 12.000 millones de pesos que se le impuso al ente contratante. Contra esa decisión, la empresa presentó recurso

extraordinario de anulación, alegando la “falta de competencia” del tribunal que emitió la decisión.

La corporación indicó que, cuando los árbitros calcularon el efecto económico que tendría el reajuste del contrato, en realidad afectaron las variables que impuso Transmilenio para definir la fórmula de participación a favor del concesionario, ante la falta de jurisdicción del tribunal arbitral fijada en la unificación jurisprudencial, la corporación declaró la nulidad parcial del laudo, incluyendo la condena por más de 12.000 millones de pesos.

La sentencia abordó los siguientes problemas jurídicos:

En el arbitraje, ¿los conceptos de jurisdicción y competencia son idénticos?

Al respecto el Consejo de Estado hizo un análisis en el cual hacen la diferenciación entre los conceptos de jurisdicción y competencia frente al actuar de los árbitros considerando que frente al concepto de jurisdicción este concierne sobre los eventos en los que la decisión recae sobre materias de las cuales no existe autorización legal para los árbitros, y frente al concepto de competencia se contempla que esta se refiere a aquellos eventos en los que el laudo recae sobre materias no sometidas a consideración del tribunal, el Consejo de Estado sobre el tema dijo:

“Se advierte que la causal segunda contempla, como motivos invalidantes del laudo arbitral, tanto a la falta de jurisdicción, como a la falta de competencia. La primera, corresponde a aquellos eventos en los que la decisión recae sobre materias respecto de las cuales no existe autorización legal para los árbitros, teniendo en cuenta que constitucionalmente -artículo 116- el arbitraje implica la habilitación de las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley, la cual, a su vez -Ley 1563 de 2012-, dispone las materias susceptibles de arbitraje: ‘(...) las partes defieren a los árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice’. La segunda, esto es, la falta de competencia, corresponde a aquellos eventos en los que el laudo recae sobre asuntos que, si bien pueden ser disponibles o estar autorizados por la ley, no fueron considerados por las partes como susceptibles de ser resueltos por el tribunal arbitral, es decir, sobre materias no sometidas a su

consideración, por no hallarse incluidas en el pacto arbitral -cláusula compromisoria o compromiso-”.

¿Los tribunales arbitrales tienen jurisdicción para juzgar la legalidad de actos administrativos proferidos en ejercicio de cláusulas excepcionales?

En este punto el Consejo de Estado hace un análisis de lo estipulado en la Ley 1563 de 2012 sobre la competencia de cuestionar la legalidad de los actos administrativos de la siguiente forma:

“Bajo estos términos, y como ya lo indicó la Sala líneas más arriba, que la Ley 1563 de 2012 admita que los árbitros pueden conocer o pronunciarse frente a los efectos económicos de actos administrativos expedidos con fundamento en poderes excepcionales, no significa que ellos puedan cuestionar su validez. En efecto, en la Ley 1563 no existe ninguna referencia normativa que permita colegir que los árbitros pueden conocer de la legalidad de este tipo de actos administrativos, circunstancia que se refuerza si se tiene en cuenta que la única mención que se incluye alude, de forma puntual, a las consecuencias económicas de dichos actos”.

¿Los árbitros tienen jurisdicción para resolver controversias relativas a las medidas de compensación o ajuste de condiciones contractuales, que adopten las entidades estatales en ejercicio de las potestades excepcionales?

Al respecto el Consejo de Estado hace un análisis sobre los límites que tienen los árbitros al pronunciarse sobre los efectos económicos de los actos administrativos, haciendo la diferenciación sobre un pronunciamiento o la modificación que se puede dar a los mismos de la siguiente forma:

“Dicho en otras palabras, los árbitros podrán pronunciarse sobre los efectos económicos de los actos administrativos en los que se ejerzan facultades excepcionales, siempre y cuando no implique desconocer o modificar las medidas de restablecimiento expresamente incluidas en ellos, tomadas en virtud de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, norma que establece que la entidad puede aplicar mecanismos de ajuste económico del contrato para mantener la ecuación o equilibrio inicial, es decir, la equivalencia de prestaciones entre las partes, que se

puede ver afectada en contra de cualquiera de ellas, no solo del contratista.

En el presente caso, la medida de restablecimiento adoptada mediante el acto de modificación unilateral y que quedó plasmada en una fórmula aritmética, como se advierte de las consideraciones que la sustentaron, apuntó a evitar una sobre remuneración del contratista, que habría afectado la ecuación contractual en detrimento de la entidad contratante. Fue así como TRANSMILENIO modificó no solo el plazo del contrato, mediante la prórroga, sino también la forma de remuneración del concesionario, por lo que ese mecanismo de mantenimiento del equilibrio económico del contrato que se implementó en la decisión administrativa no constituye un mero efecto económico de la misma, sino que hace parte del acto administrativo, vinculado al ejercicio de esa competencia de la administración”.

Por lo anterior, el Consejo de Estado ha declarado nula una condena arbitral en contra de Transmilenio S.A. determinando que la justicia arbitral no posee la facultad para decidir sobre las medidas de reconocimiento y pago de mecanismos de compensaciones, indemnización y reconocimiento y pago de reajuste destinadas a restablecer el equilibrio económico en contratos estatales.

El Consejo de Estado al unificar jurisprudencia estableció como regla jurisprudencial que:

“Las medidas de reconocimiento y pago de las compensaciones e indemnizaciones y la aplicación de mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales, con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial, son inescindibles al ejercicio de las potestades previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993. Los litigios que versen sobre tales medidas y mecanismos comprometen un juicio de validez y legalidad sobre el ejercicio de la función administrativa y no solamente sobre sus efectos económicos; por tanto, los árbitros carecen de jurisdicción para pronunciarse sobre esas disposiciones, y cualquier controversia en torno a ellas deberá surtirse a través de la correspondiente impugnación judicial ante esta jurisdicción especializada”.

No es el primer laudo que aborda las consecuencias económicas en estos aspectos al reconocer o negarlos, si es una nueva línea jurisprudencial que genera cierta incertidumbre en cuanto a sus alcances. Este es un asunto que se abordará por la línea de investigación con mayor profundidad en una publicación sobre el tema.

2.8.2 Alcance de los pronunciamientos en asuntos no pedidos

Radicación No.: 11001-03-26-000-2021-00189-00 (67507)

Actor: PROMOAMBIENTAL DISTRITO S.A.S. E.S.P.

Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP-

23 de febrero de 2022

En este caso, el Concesionario convocó al tribunal arbitral, toda vez que consideró que la Uaesp había desatendido sus obligaciones relacionadas con la remuneración por la prestación del servicio de aseo, en su criterio frente a las actividades de barrido y limpieza de vías y áreas públicas, el pago debía efectuarse de acuerdo a las actividades efectivamente realizadas, para evitar que alguno de los prestadores recibiera pagos que superaran el techo de la tarifa. El no aplicar esta fórmula, dijo, no permitía que la Uaesp exigiera que el recaudo percibido por el pago de las tarifas por parte de los usuarios se distribuyera entre los prestadores del servicio, conduciendo a que el concesionario no recibiera la remuneración pactada en el contrato de concesión.

La entidad distrital solicitó la anulación del laudo ya que consideró que el Tribunal incurrió en las causales 7 y 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, es decir que falló en equidad, cuando debía ser en derecho, y desconoció el principio de congruencia. La Sección Tercera declaró infundado el recurso de anulación, pues los argumentos planteados se encontraban basados únicamente en el desacuerdo del convocante con la decisión del tribunal.

La sentencia estudió varios problemas jurídicos encaminados principalmente a establecer si se configura fallo en equidad o en conciencia cuando en el laudo no se hace referencia a determinadas pruebas aportadas por las partes y si pueden los árbitros pronunciarse sobre determinadas materias, aun cuando las partes no lo hayan solicitado en la demanda ni puesto de presente en los hechos o excepciones que se alegan.

Al respecto, el Consejo de Estado estableció que “[sic] sólo constituye una decisión de esta naturaleza aquella en la que el panel arbitral omite en su integridad las pruebas recaudadas para, en su lugar, acudir a la íntima convicción de los árbitros para definir los hechos probados.”

Sobre la misma línea, el Consejo de Estado señaló que mediante esta causal se busca estudiar si la decisión se fundó

“[...] en normas jurídicas, interpretaciones jurisprudenciales y en las pruebas obrantes en el expediente, sin que sea menester entrar a juzgar en sede de este recurso extraordinario de anulación el acierto o desacierto de los razonamientos jurídicos del panel arbitral, de la aplicación de la ley o de la interpretación que hizo o del mérito que le otorgó al acervo probatorio, pues ello no está previsto dentro de las causales de anulación de laudos arbitrales”.

Sobre el segundo problema jurídico, el Consejo de Estado afirmó

“[...] la jurisprudencia de la Sección Tercera ha sostenido que el examen del principio de congruencia es relativo, en tanto existen eventos en los que los árbitros deben entrar a pronunciarse sobre determinadas materias, aun cuando las partes no lo hayan solicitado en la demanda ni puesto de presente en los hechos o excepciones que se alegan, sin que ello implique la configuración de la causal de anulación prevista en el numeral 9º de la Ley 1563 de 2012 [...]”.

En este nuevo precedente al igual que el anterior fijar los límites de esas facultades de los árbitros si es un aspecto que para el momento de cerrar la presente publicación, nos deja bastante inquietos y amerita promover aspectos académicos de profundización.

TERCERA SECCIÓN. LA TRANSACCIÓN

3.1 Referentes normativos y jurisprudenciales

A continuación, se relacionan algunos referentes normativos y sentencias que constituyen el marco jurídico de la transacción en Colombia:

Marco legal
Código Civil: artículos 1625 (transacción como modo de extinción de las obligaciones), 2469 (definición de la transacción) y 2483 (efectos de la transacción).
Ley 23 de 1991: crea los mecanismos alternativos de solución de conflictos. Artículo 75 (posibilidad de conciliar los asuntos susceptibles de transacción).
Ley 80 de 1993: promueve la solución de controversias: arbitramento, transacción y conciliación. Artículos 25-5 (garantizar procedimientos para la pronta solución de diferencias y controversias contractuales). Nota: derogado parcialmente por la Ley 1563 de 2012.
Ley 446 de 1998: desarrolla la conciliación y la transacción. Artículo 65 (posibilidad de conciliar los asuntos susceptibles de transacción). Nota: artículo derogado por la Ley 2220 de 2022.
Ley 640 de 2001: establece la conciliación administrativa como requisito de procedibilidad para presentar la demanda. Artículo 19 (posibilidad de conciliar los asuntos susceptibles de transacción). Nota: ley derogada en su totalidad por el artículo 146 (derogatorias) de la Ley 2220 de 2022.
Ley 1437 de 2011: Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 176 (allanamiento a la demanda y transacción judicial).
Ley 1563 de 2012: Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. Artículo 103.
Ley 1564 de 2012: Código General del Proceso. Artículos 46-4 (concepto de la PGN no obligatorio en caso de transacción por parte de la nación o entidad territorial), 312 (transacción judicial) y 313 (transacción judicial por entidades públicas).
Ley 2220 de 2022: Estatuto de Conciliación. Artículo 7 (posibilidad de conciliar los asuntos susceptibles de transacción).

Marco jurisprudencial
Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 19 de mayo de 2005. Radicado 63001-23-31-000-2022-00719. (Acción Popular) Dra. Giraldo.
Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia de unificación de 11 de octubre de 2018. Radicado 17001-23-33-000-2016-00440-01 (AP).
Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 16 marzo de 1998. Expediente 11911. Dr. Gil.

Marco jurisprudencial
Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 12 de agosto de 2019. Radicado 25000-23-26-000-2002-01599-01 (38603). Dra. Adriana Marín.
Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección B. Sentencia de 8 de mayo de 2019. Radicado 25000-23-26-000-2000-01946 (41868).
Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 28 de marzo de 1931. Gaceta XXXVI, 302.
Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 6 de mayo de 1996. Gaceta T.LXV, 634 y XC, 67.
Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 22 de marzo de 1949. Gaceta LXV, 634.
Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 6 de mayo de 1996.

3.2 Naturaleza consensual y vinculante para las partes: imposibilidad de desistir de manera unilateral

En los términos del artículo 2469 del Código Civil, "la transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual". A renglón seguido, la mencionada norma precisa que "no es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa". A su turno, el numeral 3 del artículo 1625 de la misma codificación dispone que la transacción es un modo de extinción de las obligaciones.

De acuerdo con la doctrina, la transacción es un contrato mediante el cual "(...) las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual, mediante recíprocas concesiones"¹¹⁹. Para el siempre vigente profesor Fernando Hinestrosa,

"La transacción es un arreglo amigable de conflicto surgido entre las partes, esté pendiente de decisión judicial o no haya sido sometido aún a ella. Los interesados renuncian recíprocamente a pretensiones; no hay transacción, así se otorgue ese nombre al acuerdo celebrado, si uno de ellos impone totalmente sus aspiraciones al otro, o si éste se limita a renunciar a sus derechos o aspiraciones. Transigir equivale a hacer

¹¹⁹ Bonivento Fernández, José Alejandro. Los principales contratos civiles y comerciales. Tomo II. 7ª edición. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Bogotá, 2005, p. 108.

*concesiones y obtenerlas del contrario, con miras a cancelar una contienda*¹²⁰.

Para la Corte Suprema de Justicia, la transacción es:

*"(...) un contrato bilateral por el cual los contratantes terminan una controversia ya existente o evitan una que pueda suscitarse, mediante el abandono recíproco de una parte de sus respectivas pretensiones por la promesa que una de ellas hace a la otra de una cosa para obtener el derecho discutido en toda su integridad"*¹²¹.

Para el Consejo de Estado, por su parte, la transacción es un negocio jurídico que tiene por finalidad solucionar o gestionar "un litigio entre dos o más sujetos, mediante un acuerdo que los vincula con efectos de cosa juzgada"¹²². La alta corporación ha distinguido la transacción de la conciliación, en el sentido de que la primera constituye un verdadero contrato:

*"Jurisprudencialmente la Sala ha reiterado su posición en el sentido de que el acuerdo conciliatorio no constituye, como sí ocurre con la transacción, un contrato. Es sólo una forma anticipada de controversias creada por el legislador con el fin de descongestionar despachos judiciales"*¹²³.

Y para la Corte Constitucional,

*"(...) la transacción implica el pacto entre las partes de poner fin a un derecho de contenido dudoso o a una relación jurídica incierta, que surge de la intención de las partes de modificarla por una relación cierta y firme, con concesiones recíprocas"*¹²⁴.

¹²⁰ Hinestrosa, Fernando. Tratado de las obligaciones. Tomo I. Primera edición. Universidad Externado de Colombia. 2002. Bogotá, Colombia. P. 721. Ver, además: Osterling Parodi, Felipe; Castillo Freyre, Mario. La transacción. Revista Derecho PUCP. No. 51. Pontificia Universidad Católica del Perú. 1997. P. 396.

¹²¹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 28 de marzo de 1931. Gaceta XXXVI, 302.

¹²² Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia de unificación de 11 de octubre de 2018. Rad. 17001- 23-33-000-2016-00440-01(AP).

¹²³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 16 de marzo de 1998. Exp. 11911.

¹²⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-118A de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo.

En una ilustrativa sentencia del 29 de octubre de 1979, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia señaló que la transacción cuenta con tres elementos estructurales, a saber: (i) la existencia de una controversia jurídica actual o futura entre las partes; (ii) la mutua intención de poner fin a la incertidumbre, sin que para el efecto intervenga el aparato jurisdiccional del Estado; y (iii) unas concesiones recíprocas de las partes en conflicto respecto de sus mutuas aspiraciones.

170

Posteriormente, en sentencia del 26 de mayo de 2006, la Corte indicó que:

“La transacción en sí no es más que un acuerdo para acabar con un litigio, o precaver uno futuro, caracterizado porque las partes renuncian a la exclusividad de los derechos en disputa y prefieren más bien ceder parcialmente sus aspiraciones recíprocas. Acordados en eso, la transacción es perfecta a los ojos de la ley (...)”.

En cuanto al requisito de que haya concesiones recíprocas en la fórmula transaccional, que se deriva del inciso final del artículo 2469 del Código Civil, la misma Corte ha precisado lo siguiente:

“Ahora bien, que un derecho esté en disputa (o en litigio) implica que (i) dos personas se atribuyan de forma excluyente el mismo derecho –como ocurre cuando ambas dicen ser propietarias de la misma cosa–, o que una crea ser acreedora de otra, y esta última no acepte su condición de deudora, o controvierta el contenido de las prestaciones a su cargo; y (ii) que esa tensión de intereses contrapuestos no haya sido remediada definitivamente, como secuela de un acto jurídico o una decisión jurisdiccional.

Por esa vía, no habrá transacción si una parte se allana a las pretensiones de otra, o desiste de las propias, porque esas manifestaciones de voluntad conllevan la absoluta conformidad con la postura jurídica de la contraparte, es decir, la ausencia de una verdadera desavenencia que amerite composición. Tampoco podrán las partes transigir válidamente un litigio ya concretado mediante sentencia judicial en firme, precisamente porque tal pronunciamiento disipa cualquier vaguedad con relación al derecho en contienda, restándole validez al pacto.

En contraposición, mientras no se adopte una solución convencional o judicial definitiva sobre el conflicto, y subsista –por lo mismo– la incertidumbre propia de la litispendencia, los contendores podrán fijar de mutuo acuerdo el alcance de sus derechos renunciables, «mediante el sacrificio recíproco del derecho que cada una de las partes cree poseer»¹²⁵.

La doctrina y la jurisprudencia han señalado de manera uniforme que la transacción cuenta con una dimensión sustancial y otra procesal. La primera alude a una convención en la que las partes ponen fin a un conflicto, según ha quedado señalado; mientras que la segunda tiene que ver con la terminación definitiva de un proceso existente entre las partes, con los efectos de cosa juzgada que se derivan de dicha institución¹²⁶.

Teniendo en cuenta el carácter bilateral del contrato de transacción, si las partes pactan una cláusula para dar por terminado un contrato y precaver un litigio eventual cuando se presente un conflicto, es claro que no es posible desistir de ese pacto en forma unilateral. No obstante, importa precisar que el efecto de cosa juzgada que se deriva de la transacción no es absoluto, porque, como contrato que es, una determinada transacción puede ser declarada nula en ciertos supuestos, *verbigracia*, cuando se alega un vicio en la formación de su consentimiento en los términos del artículo 2476 del Código Civil.

Ahora bien, es preciso destacar el artículo 2485 del Código Civil, en cuanto de él se desprende que una determinada transacción ha de ser interpretada de manera restrictiva en cuanto a su objeto:

“(...) si la transacción recae sobre uno o más objetos específicos, la renuncia general de todo derecho, acción o pretensión, deberá sólo entenderse de los derechos, acciones o pretensiones relativas al objeto u objetos sobre que se transige”.

Sobre lo anterior, la doctrina ha señalado lo siguiente:

¹²⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 6 de junio de 2022. Rad. 11001-31-03-009-2013-00173-01.

¹²⁶ Ver, al respecto: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 20 de enero de 1987. M.P. Eduardo García Sarmiento. G.J. CLXXXVIII. P. 7; Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Auto del 7 de febrero de 2000. Exp No. 7778. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

“(…) no se puede entender que las partes hayan transigido sobre otras cuestiones que las por ellas previstas, por lo que no caben interpretaciones extensivas o que vayan más allá de lo expresamente establecido por las partes.

(…)

Y precisamente debido a que es de interpretación restrictiva, la transacción extingue exclusivamente los derechos dudosos o litigiosos que según la intención de las partes estén comprendidos en ella. Asimismo, la transacción no beneficia ni perjudica a los terceros interesados que no intervinieron en ella”¹²⁷.

En materia de contratación pública, el artículo 68 de la Ley 80 de 1993 aludía expresamente a la transacción, en cuanto mecanismo de solución de controversias a la orden para las entidades públicas. No obstante, tal disposición fue derogada por el artículo 103 de la Ley 1563 de 2012. La Ley 640 de 2001, por su parte, adopta la transacción como un referente para la conciliación administrativa, en cuanto su artículo 19 prescribe que se podrán conciliar todas las materias que sean susceptibles de transacción. Así mismo, la transacción ha sido regulada por los estatutos procesales (CGP, artículos 314 y 315, y el CPACA, artículo 176).

El Consejo de Estado, en una sentencia proferida en el marco de una acción popular, se pronunció sobre la naturaleza convencional de la transacción. En esa providencia se evoca al doctor Fernando Hinestrosa, quién se ocupó de dilucidar la fuerza negocial, más que contractual, de la transacción. En la sentencia mencionada se indica que la transacción puede ser de carácter extrajudicial, al margen de una controversia preexistente sobre un contrato. En ese evento la transacción es autónoma y está exenta del control judicial¹²⁸.

En la solución de controversias de los contratos estatales los principios de autonomía de la voluntad y de legalidad son transversales. El régimen jurídico actual del contrato estatal permite desarrollar modalidades de contratos típicos o atípicos y, en general, los únicos aspectos que resultan imperativos son las

¹²⁷ Osterling Parodi, Felipe y Castillo Freyre, Mario. Op. Cit., P. 424.

¹²⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 19 de mayo de 2005. Radicado 63001-23-31-000- 2002-00719-02.

disposiciones legales aplicables de la Ley 80 de 1993 y otras normas especiales en la materia (Ley 963 de 2005 y Ley 1607 de 2012). Esta precisión no es un matiz; por el contrario, es importante para que las partes del contrato puedan tener un margen de discrecionalidad adecuado y garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias (artículo 23-5).

El Consejo de Estado se ha pronunciado sobre la transacción y sus exigencias, y en esta sentencia que se citará se analizan sus presupuestos procesales, cuando se trate de una transacción judicial como la que ocupa esta solicitud de aclaración. La sentencia que se trae a colación fija una importante doctrina en cuanto al trámite de la transacción y el alcance adjetivo y no sustancial que tiene la revisión judicial ante este negocio jurídico; es notoria la similitud entre el CPACA y las prescripciones legales del CGP. Incluso, la jurisprudencia analizada establece con claridad para la conciliación administrativa la obligatoriedad de conceptualizar para los agentes del Ministerio Público, concepto que no es forzoso emitir para la transacción.

Es necesario comentar una diferencia sustancial en cuanto al pronunciamiento de la autoridad judicial en materia de conciliación. Para este último MASC, la Ley 640 de 2001 en su artículo 24 se refiere expresamente a la aprobación o improbación del acuerdo conciliatorio por la autoridad judicial. En la transacción ésta aprobación la realiza el Gobierno nacional o el respectivo gobernador o alcalde, pareciera sutil, pero no lo es, toda vez que para la conciliación la aprobación o improbación está a cargo del juez; mientras que en la transacción ello es competencia del gobierno y la revisión judicial, en el evento de la transacción judicial se circunscribe a determinar la existencia de los supuestos normativos, uno de ellos, la aprobación del Gobierno nacional.

En cuanto al desistimiento del contrato estatal esta posibilidad no está contemplada como una de las prerrogativas de la administración ni como una de las cláusulas especiales que consagra la Ley 80 de 1993 (artículos 14-18). En los contratos estatales se aplican los principios y reglas generales del derecho civil, por lo tanto, el contrato es ley para las partes, "*pacta sunt servanda*". El artículo 1602 del Código Civil, que desarrolla este principio, indica que todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes y no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo entre las partes o por causales legales, y el artículo 1625-3 regula la extinción de las obligaciones por transacción.

En el contexto de las fuentes, de los principios y las reglas analizadas, puede afirmarse entonces que la transacción sería desistible por la voluntad unilateral de una parte si ello se pactó expresamente en el respectivo contrato de transacción, es decir, si se contempló en una cláusula el desistimiento unilateral. De lo contrario, es improcedente el desistimiento de una transacción y el juez o el tribunal de arbitraje de conocimiento de la misma está llamado a rechazar el desistimiento de la transacción. Por esta razón, en ese evento el juez o árbitro está llamado a realizar la revisión de la procedencia de la transacción y en caso de evidenciar su improcedencia continuar con el trámite del proceso.

Por lo tanto, al juez no le corresponde aprobar o improbar el contrato de transacción, el alcance de su decisión se circunscribe a declarar o no la precedencia según los supuestos procesales; y en el evento negativo, ordenar que se continúe el proceso arbitral.

3.3 Transacción judicial y extrajudicial y sus diferencias

Dado los efectos que produce la transacción, puede señalarse que la transacción es judicial o extrajudicial. Será judicial cuando “(...) se celebra para terminar un litigio; en este caso, se deberá dirigir al juez un escrito que consigne esa voluntad, o acompañando el documento de transacción”¹²⁹. Es extrajudicial cuando “(...) se procura precaver un litigio o para producir efectos fuera del proceso. Empero, por su celebración se puede considerar que la transacción es siempre extrajudicial”¹³⁰.

Como se señaló anteriormente, el Consejo de Estado no ha dudado sobre la procedencia de la celebración de transacciones bajo el imperio de las normas civiles por parte de las entidades estatales en la contratación estatal. Esto con la sola diferencia que en materia de contratación estatal el contrato es solemne, no consensual, como ya lo señalamos¹³¹.

Lo anterior máxime cuando la resolución de conflictos es un deber de la administración contratante, la cual, a la luz de la Ley 80 de 1993, goza de cierta autonomía en la solución de sus eventuales litigios contractuales.

¹²⁹ Bonivento Fernández, José Alejandro. Op. cit., p. 108.

¹³⁰ *Ibíd.*

¹³¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 19 de mayo de 2005. Radicado 63001-23-31-000- 2002-00719-02.

Se puede adicionar que la transacción será judicial también en el evento en que se dirige a un tribunal de arbitramento, según lo previsto en el artículo 103 de la Ley 1563 de 2012. Cuando la transacción es judicial, es decir, estando en curso un proceso judicial, la misma debe ser aprobada por el juez que está conociendo del proceso¹³².

3.3.1 Críticas a la definición

La definición del Código Civil ha sido objeto de varias críticas por considerarse incompleta. Esto por cuanto apenas:

(...) toca dos aspectos esenciales de la transacción, o sea la existencia de un derecho que se disputa judicialmente o pueda ser materia de confrontación litigiosa futura y la intención o voluntad de superar las diferencias sin necesidad de decisión judicial. El tercer elemento, universalmente aceptado por las legislaciones, se relaciona con las concesiones o sacrificios recíprocos. Ante la posibilidad de una definición legal más exacta el Código Civil Italiano habla de concesiones recíprocas y de la novación del contrato”¹³³.

Sobre este punto, para Valencia Zea la definición de la transacción del Código Civil es defectuosa “...pues no pone de presente el carácter bilateral del contrato”¹³⁴. Este autor considera que la definición de la normativa civil deja por fuera un elemento esencial del contrato que consiste en las concesiones recíprocas de las partes. Razón por la cual no es transacción el desistimiento de un pleito o la renuncia de un derecho¹³⁵.

En relación con la crítica mencionada, la Corte Suprema de Justicia también se pronunció y señaló que la definición del Código Civil es inexacta y deficiente. Esto por cuanto si bien le asigna a la transacción el carácter de un contrato, no

¹³² Peláez Gutiérrez, Verónica. Alcance y límites de los mecanismos alternativos de solución de conflictos en el derecho administrativo: conciliación, transacción y amigable composición. En: Las transformaciones de la administración pública y del derecho administrativo. T. III. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 201, p. 244.

¹³³ Bonivento Fernández, José Alejandro. Op. cit., p. 108.

¹³⁴ Valencia Zea, Arturo. Derecho Civil. T. IV Contratos. Editorial Temis. Bogotá, 1961, p. 251.

¹³⁵ *Ibid.*

alude al elemento de las concesiones recíprocas, lo cual la diferencia de otras figuras afines¹³⁶.

Sobre este punto, la Corte estableció:

“El artículo 2469 del Código Civil define la transacción diciendo que es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. Esta definición ha sido tildada de inexacta y deficiente, porque, de una parte, le asigna a la transacción el carácter de contrato cuando por sí sola no engendra obligaciones, y porque, de otro lado, no alude al elemento de las concesiones recíprocas de las partes que es característico de este fenómeno y que lo distingue de otras figuras jurídicas afines”¹³⁷.

Esto quiere decir que la transacción es un contrato en la medida en que involucre concesiones recíprocas de las partes, esto es un elemento esencial del contrato¹³⁸.

Por lo tanto, la jurisprudencia y la doctrina se han ocupado de complementar la definición del Código Civil y han desarrollado los elementos del contrato de transacción. Pero ese acuerdo si bien se enmarca en la autonomía de la voluntad debe respetar unos límites, los cuales serán objeto de estudio a continuación.

¹³⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 6 de mayo de 1966. Gaceta Judicial T. LXV, 634 y XC, 67.

¹³⁷ De acuerdo con la Corte Suprema “...son tres los elementos específicos de la transacción, a saber: PRIMERO, la existencia de un derecho dudoso o de una relación jurídica incierta, aunque no esté en litigio; SEGUNDO, la voluntad o intención de las partes de mudar la relación jurídica dudosa por otra relación cierta y firme; TERCERO, la eliminación convencional de la incertidumbre mediante concesiones recíprocas (Cas. civil diciembre 12 de 1938, XLVII, 479-480; cas. junio 6 de 1939, XLVIII, 268). Teniendo en cuenta estos elementos se ha definido con mayor exactitud la transacción expresando que es la convención en que las partes, sacrificando parcialmente sus pretensiones, ponen término en forma extrajudicial a un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. Cabe recordar además que, como también lo ha dicho la Corte, la transacción suele presentarse combinada con otras figuras jurídicas auxiliares y que no se la debe confundir con fenómenos afines, tales como la renuncia de un derecho, la aceptación de una demanda, el desistimiento, la conciliación, la dación en pago, la remisión de una deuda, el compromiso, y el laudo arbitral”. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 6 de mayo de 1966. Gaceta Judicial T. LXV, 634 y XC, 67.

¹³⁸ “Es de la esencia de la transacción el que haya concesiones mutuas o recíprocas, mas no se requiere que sean de igual valor.” Valencia Zea, Arturo. Op. cit., p. 254.

3.3.2 Límites a la autonomía de la voluntad en la transacción

La forma de llegar al acuerdo de transacción, a diferencia de lo que sucede con la conciliación, es libre “(...) no se encuentra regulado y reposa en la autonomía de la voluntad de los intervinientes (...)”¹³⁹. Cuando hace parte del contrato una entidad pública, pese a estar ante un negocio libre, estamos frente a un contrato estatal, el cual se entiende como solemne. De esta forma los límites a la transacción en materia de contratación pública pueden ser planteados de la siguiente manera¹⁴⁰:

- i. La legalidad es el primer límite a la autonomía de la voluntad. Contra expresa prohibición constitucional y legal no se puede transigir.
- ii. Orden público y moralidad administrativa es el segundo límite. La transacción no puede desconocer el orden público, “(...) el cual es resultante del respeto, por parte de todas las personas, de aquellos principios y normas fundamentales de convivencia sobre los que reposa la organización de una colectividad determinada”¹⁴¹.
- iii. No es posible la transacción frente a un asunto cuya pretensión haya caducado o un derecho prescrito.
- iv. No se pueden consentir liberalidades, es decir, situaciones que no se prueben adecuadamente, que violen la ley o resulten lesivas para el patrimonio público¹⁴².

3.3.3 Competencias para la autorización de la transacción judicial por el gobierno y para declarar su procedencia

En referencia a los contratos estatales y la capacidad para suscribir contratos de transacción, el CGP en su artículo 313 estipula que “los representantes de la nación, departamentos y municipios no podrán transigir sin autorización del Gobierno Nacional, del gobernador o alcalde, según fuere el caso”.

¹³⁹ Peláez Gutiérrez, Verónica. Alcance y límites de los mecanismos alternativos de solución de conflictos en el derecho administrativo: conciliación, transacción y amigable composición. En: Las transformaciones de la administración pública y del derecho administrativo. T. III. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2019, p. 240.

¹⁴⁰ *Ibíd.* pp. 225 - 230 y 244.

¹⁴¹ *Ibíd.*

¹⁴² Art. 73. Ley 446 de 1998. “(...) La autoridad judicial improbará el acuerdo conciliatorio cuando no se hayan presentado las pruebas necesarias para ello, sea violatorio de la ley o resulte lesivo para el patrimonio público”.

En cuanto al funcionario que está llamado a aprobar las transacciones, consideramos que el presidente de la República no es el único. Para sustentar, basta con estudiar las normas sobre capacidad jurídica y de competencia de los ministerios. La Ley 489 de 1998 en su artículo 38 establece que los ministerios y departamentos administrativos hacen parte de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional. A su vez, el artículo 39 de esta ley señala:

“La Administración Pública se integra por los organismos que conforman la Rama Ejecutiva del Poder Público y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado colombiano. La Presidencia de la República, los ministerios y los departamentos administrativos, en lo nacional, son los organismos principales de la Administración. Así mismo, los ministerios, los departamentos administrativos y las superintendencias constituyen el Sector Central de la Administración Pública Nacional”.

La Ley 80 de 1993 en su artículo 2, literal B, establece que son entidades estatales:

“El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos”.

En referencia al allanamiento a la demanda y la transacción, el CPACA, en su artículo 176, establece:

“Cuando la pretensión comprenda aspectos que por su naturaleza son conciliables, para allanarse a la demanda la Nación requerirá autorización del Gobierno Nacional y las demás entidades públicas requerirán previa autorización expresa y escrita del Ministro, Jefe de Departamento Administrativo, Gobernador o Alcalde o de la autoridad

que las represente o a cuyo Despacho estén vinculadas o adscritas. En los casos de órganos u organismos autónomos e independientes, tal autorización deberá expedirla el servidor de mayor jerarquía en la entidad. En el evento de allanamiento se dictará inmediatamente sentencia. Sin embargo, el juez podrá rechazar el allanamiento y decretar pruebas de oficio cuando advierta fraude o colusión o lo pida un tercero que intervenga en el proceso. Con las mismas formalidades anteriores podrá terminar el proceso por transacción”.

En lo que tiene que ver con la capacidad en materia contractual, el artículo 159 del CPACA señala que “(...) la representación la ejercerá el servidor público de mayor jerarquía de las dependencias a que se refiere el literal b), del numeral 1 del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, o la ley que la modifique o sustituya”. De conformidad con lo anterior, los ministerios hacen parte del Gobierno nacional y de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional. Por lo tanto, los ministerios están facultados para suscribir los contratos de transacción, toda vez que son la representación y cabeza del gobierno en el ramo respectivo. Así, el requisito de firma o autorización por parte del presidente de la República es inocuo, toda vez que los ministros son la representación directa del gobierno en la firma de un contrato de transacción.

Para reafirmar lo expuesto, la Ley 80 de 1993 no regula de manera especial lo referente al contrato de transacción, razón por la cual hay que remitirse a la normatividad civil, en donde el artículo 2470 del Código Civil estipula que la capacidad para transigir la tiene quien tenga la capacidad para disponer del derecho que es materia del contrato de transacción:

“No puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción determinando así que la transacción requiere la disponibilidad del derecho materia del convenio y capacidad de obrar de las partes que lo celebran y si lo hacen por conducto de apoderado, se exige que éste deba tener expresa facultad para celebrar la transacción en nombre de su poderdante (art. 2471 ejusdem) para que pueda vincularlo y serle oponible sus efectos”¹⁴³.

¹⁴³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Rad. No. 05001-23-31-000-2000-04681- 01(26137).

En referencia a los contratos estatales y la capacidad para suscribir contratos de transacción, el CGP en su artículo 313 estipula que “Los representantes de la nación, departamentos y municipios no podrán transigir sin autorización del Gobierno Nacional, del gobernador o alcalde, según fuere el caso”.

Sobre lo anterior y para hacer claridad entonces de quienes hacen parte del Gobierno nacional, la Constitución Política en el artículo 115 señala: “El Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos”. Por otra parte, el artículo 208 Superior establece: “Los ministros y los directores de departamentos administrativos son los jefes de la administración en su respectiva dependencia. Bajo la dirección del Presidente de la República, les corresponde formular las políticas atinentes a su despacho, dirigir la actividad administrativa y ejecutar la ley”.

3.3.4 El alcance de la aprobación de los jueces o árbitros ante un contrato de transacción

Al juez o al árbitro no le corresponde aprobar o improbar el contrato de transacción, pues el alcance de su decisión se circunscribe a declarar o no la procedencia según los supuestos procesales que se explican a continuación. Ante la inexistencia o insubsistencia de alguno de los supuestos que se enunciarán, debe ordenar que se continúe el proceso judicial o arbitral.

- i) Que su objeto consista en transigir la litis (art. 2469 CC y art. 312 CGP).
- ii) Que las partes suscribientes sean capaces y competentes para celebrar dicho acto (arts. 2470 y 2471 CC).
- iii) Que se trate de un asunto transigible (art. 176 del CPACA, art. 19 de la Ley 640 del 2001, art. 2473 del CC).
- iv) Que no esté prohibida la transacción de forma expresa (arts. 2473 y 2474 CC, entre otros).
- v) Que conste por escrito, por tratarse de un contrato estatal (arts. 39 y 41 de Ley 80 de 1993).

Esta es la posición que fue planteada por el procurador delegado para la conciliación administrativa en un tribunal de arbitramento que el tribunal

acogió para aprobar un acuerdo de transacción, el mismo verificó en su decisión los cinco supuestos que han sido enunciados¹⁴⁴.

En síntesis, como se pudo apreciar la transacción es un mecanismo transversal a todos los instrumentos que han sido analizados en este trabajo de investigación, dado que, en algunos casos por mandato legal, para la conciliación o para la amigable composición los efectos vinculantes de cosa juzgada están presentes y, tales efectos también pueden pactarse en otro mecanismo, por ejemplo, en la mediación.

¹⁴⁴ Acta No. 32. Tribunal de Arbitramento de GOLOSINAS TRULULU S.A. Vs. LA NACIÓN - MINISTERIO DE INDUSTRIA, COMERCIO Y TURISMO, julio 21 de 2020.

CUARTA SECCIÓN. LA AMIGABLE COMPOSICIÓN

4.1 Referentes normativos y jurisprudenciales

182

Capítulo II. La Caracterización de los MASC: Marco Normativo y Lineamientos

Marco legal
<p>Código de Procedimiento Civil: artículo 677</p> <p>Nota: norma derogada por Ley 1564 de 2012, “por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”.</p>
<p>Código de Comercio: artículo 2025 (consagra la posibilidad de las partes inmersas en un conflicto de someter sus diferencias a la decisión de un amigable componedor).</p> <p>Nota: Título derogado por el artículo 55 del Decreto extraordinario 2279 de 1989, "Por el cual se implementan sistemas de solución de conflictos entre particulares y se dictan otras disposiciones".</p>
<p>Decreto 2279 de 1989: Sección segunda (de la amigable composición). Artículos 51 y 52.</p> <p>Nota: derogado por el artículo 167 de la Ley 446 de 1998.</p>
<p>Ley 23 de 1991: adicionó un inciso al artículo 52 del Decreto 2279 de 1989 (derogado), que permitía que las partes delegaran a un tercero la designación del amigable componedor.</p> <p>Nota: disposición que fue derogada por la Ley 446 de 1998.</p>
<p>Ley 80 de 1993: Capítulo que regulaba las controversias contractuales.</p> <p>Nota: derogado por la Ley 1563 de 2012.</p>
<p>Ley 446 de 1998: artículos 130, 131 y 132. Reguló de manera precisa esta institución, respecto de su definición, los efectos de las decisiones que en desarrollo de la misma se dicten y sobre la forma de designación de los amigables componedores. Disposiciones que fueron recogidas por el Decreto 1818 de 1998.</p> <p>Nota: artículos derogados por la Ley 1563 de 2012.</p>
<p>Ley 1563 de 2012: Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. Sección segunda, artículos 59, 60 y 61.</p>
<p>Ley 1682 de 2013: Ley de infraestructura, artículo 14.</p>
<p>Ley 1742 de 2014: “Por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte, agua potable y saneamiento básico, y los demás sectores que requieran expropiación en proyectos de inversión que adelante el Estado y se dictan otras disposiciones”. Artículo 2 regula la aplicación de MASC en controversias contractuales.</p>

Marco jurisprudencial
<p>Consejo de Estado. Sección Tercera. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 6 de febrero de 1998. Radicado 11477.</p>
<p>Consejo de Estado. Sentencia de unificación. Radicado 17001-23-33-000-2016-00440-01.</p>
<p>Corte Constitucional. Sentencia C-163 de 1999.</p>

Marco jurisprudencial
Corte Constitucional. Sentencia C-672 de 1999.
Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia de unificación 091 del 2 de febrero de 2000. T-241.138.
Corte Constitucional. Sentencia C-098 de 2001. Expediente D-3179.
Corte Constitucional. Sentencia T-017 de 2005. Expediente T-973352.
Corte Constitucional. Sentencia C-330 de 2012. Expediente D-8677.
Consejo de Estado. Sección Tercera. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 11 de octubre de 2021. Radicado 55104.
Corte Constitucional. Sentencia T-093 de 2023. Expediente T-8.573.040.

Para el desarrollo de esta sección se hace una incorporación parcial del texto contenido en el libro *El arbitraje y sus dimensiones desde el Ministerio Público*, tomo V de la colección *Arbitraje 360°*, de la editorial Ibáñez¹⁴⁵. De dicha publicación se extraen los siguientes temas: el origen y las características de la amigable composición, antecedentes normativos en Colombia, Ley 1563 de 2012, la amigable composición en el estatuto arbitral, Ley 1682 de 2013 para proyectos de infraestructura, marco jurisprudencia de la Amigable Composición, intervención del Ministerio Público y conclusiones. Ese trabajo se presenta acá con varios aportes nuevos.

4.2 El origen de la amigable composición

Inspirada hace más de dos mil años en lo divino y en lo humano del derecho romano, la génesis de la amigable composición se remonta a la época del Imperio romano y la Alta Edad Media, con el surgimiento de la figura del *arbitrator*, llamado a definir conflictos con base en la equidad y cuyos gestores fueron denominados “amicabilis compositor” o “amigables componedores”, quienes podían definir los conflictos conforme su autoridad sin el sometimiento a los sistemas procesales formales, sino al consenso de quienes formaran parte de una controversia. Qué maravilla que esta figura sobrevivió al positivismo que inspiró la Revolución francesa y se mantuvo como una forma de terminación anormal de los procesos, sometida, eso sí, a la convención previa de naturaleza

¹⁴⁵ Directores académicos: Iván Darío Gómez Lee, Hernando Herrera Mercado, Fabricio Mantilla Espinosa.

contractual de las partes, dándole alcance similar al de la transacción. La operación engloba un contrato de mandato y un convenio de transacción. En cuanto al mandato, una de las partes, el amigable componedor, impone una transacción al otro extremo contractual: los “mandantes-querellantes”¹⁴⁶.

Igualmente, es un hecho jurídico notable y maravilloso en la institucionalidad colombiana que la amigable composición desde sus antecedentes fue concebida como un mecanismo alternativo de solución de conflictos. Pero, en su evolución, sus diferencias son notorias con aquellos mecanismos que institucionalizan y desarrollan la legislación en sus aspectos sustantivos y procesales, tales como el arbitraje y la conciliación. Esta figura ha sobrevivido al formalismo jurídico de una justicia en derecho que casi nunca permite referentes de equidad, ni que expertos de otras disciplinas diferentes a los abogados puedan contribuir a la justicia, con su sabiduría y autoridad técnica, para solucionar un conflicto.

4.3 Noción y características de la amigable composición

La amigable composición es una institución del derecho sustancial y, concretamente, del derecho de los contratos, definida en el artículo 59 de la Ley 1563 de 2012 como un mecanismo alternativo de solución de conflictos, a través del cual, las partes de una controversia delegan a un tercero la facultad de definir con fuerza vinculante una controversia contractual de libre disposición. Esta figura se puede acordar por medio de una cláusula contractual o en un contrato independiente, según indica el último inciso del artículo 59 antes mencionado.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha perfilado la naturaleza de la amigable composición de la siguiente manera:

“La amigable composición es un mecanismo alternativo de solución de conflictos aplicable para particulares, entidades públicas o para quien desempeñe funciones administrativas, con la finalidad de dirimir conflictos surgidos en el marco de una controversia contractual de libre disposición. Esta figura está directamente relacionada con el derecho de los contratos, ya que a través del convenio de composición, proferido por

¹⁴⁶ Rev. Derecho público No. 35. Julio – diciembre 2015. Universidad de los Andes – Facultad de derecho.

*el amigable componedor, se dirimen los conflictos mediante una solución que se integra al negocio jurídico y que por ende obliga a las partes*¹⁴⁷.

Las reglas de procedimiento de la amigable composición están contempladas en los artículos 59, 60 y 61 de la Ley 1563 de 2012, y en el artículo 14 de la Ley 1682 de 2013. Como lo disponen las normas mencionadas, dicho procedimiento puede ser fijado por las partes de forma directa, o puede ser convenido haciendo referencia al reglamento de un centro de arbitraje.

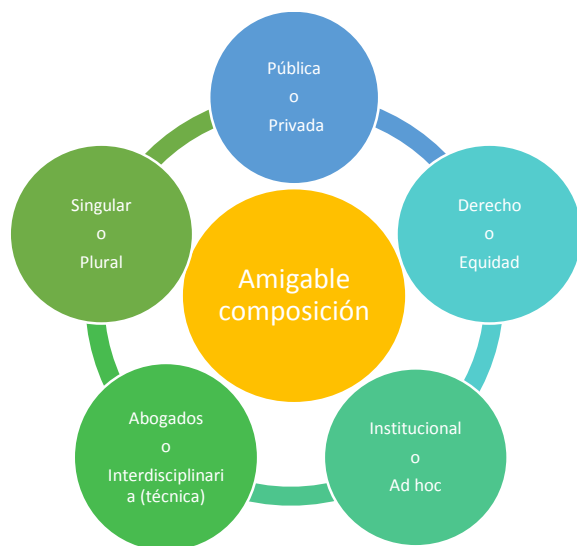
Los amigables componedores no ejercen función jurisdiccional, pues estos fungen como mandatarios de las partes en los términos del primer inciso del artículo 60 de la Ley 1563 de 2012:

*“ARTÍCULO 60. EFECTOS. El amigable componedor **obrará como mandatario de las partes** y, en su decisión, podrá precisar el alcance o forma de cumplimiento de las obligaciones derivadas de un negocio jurídico, determinar la existencia o no de un incumplimiento contractual y decidir sobre conflictos de responsabilidad suscitados entre las partes, entre otras determinaciones”.* (destacado propio)

En cuanto no se trata de un proceso jurisdiccional, la amigable composición no está sujeta al rigorismo procesal que aplica en otros mecanismos de solución de conflictos, como el arbitraje, por ejemplo. Sin embargo, las entidades públicas que pacten cláusulas de amigable composición deben velar por la aplicación de los principios contenidos en el artículo 14 de la Ley 1682 de 2013 de igualdad, publicidad, contradicción y defensa.

Al igual que en el arbitraje, en la amigable composición se presentan diversas medidas o especies, como se observa en el siguiente gráfico:

¹⁴⁷ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 12 de diciembre de 2017. Rad. 11001-03-06-000-2017-00071-00.



En los términos del inciso segundo del artículo 1563 de 2012, “la decisión del amigable componedor producirá los efectos legales propios de la transacción”. En esa medida, es preciso hacer mención del artículo 2483 del Código Civil, según el cual, “la transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia”. Sobre el particular, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

“El Código Civil en su artículo 1625 señala que la transacción es uno de los modos de extinguir las obligaciones, que nace a la vida jurídica como un acuerdo de voluntades celebrado por las partes para terminar de manera extrajudicial un litigio o precaver uno eventual. Aunado a lo anterior, la amigable composición implica un pacto entre las partes logrado a través de un tercero o amigable componedor, que puede modificar o extinguir la relación contractual y que en los términos del artículo 2483 del Código Civil produce los efectos de cosa juzgada, aunque no haya sido proferida por autoridad judicial.

En resumen, el efecto de la decisión del amigable componedor es la vinculatoriedad para las partes contratantes que sometieron sus diferencias a la decisión de un tercero, facultado para decidir sobre los derechos y obligaciones disponibles, lo cual se fundamenta en lo siguiente:

(i) El artículo 60 de la Ley 1563 de 2012 expresamente señala que la

decisión del amigable componedor produce los efectos propios de la transacción.

(ii) La transacción en los términos del Código Civil -artículos 1625 y 2483- es uno de los modos de extinguir las obligaciones y produce los efectos de cosa juzgada así no haya sido proferida por autoridad judicial.

(iii) El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el numeral 2 del artículo 297, consagra como título ejecutivo, las decisiones en firme proferidas en desarrollo de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, en las que las entidades públicas se obligan de manera clara, expresa y exigible al pago de sumas de dinero.

“(iv) La naturaleza del mecanismo implica que los compromisos son asumidos de manera voluntaria por las partes, quienes otorgan de manera previa la facultad de decidir el conflicto surgido en el marco del contrato estatal, en aplicación del principio de autonomía de la voluntad - artículo 40 de la Ley 80 de 1993”¹⁴⁸. (destacado propio)

Nótese pues que, según ha señalado el Consejo de Estado, la decisión de los amigables componedores se traduce en un acuerdo concluido por las partes de la controversia que, con efecto de cosa juzgada en última instancia, genera obligaciones expresas, claras y exigibles¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 12 de diciembre de 2017. Rad. 11001-03-06-000-2017-00071-00.

¹⁴⁹ *“Respecto a sus efectos, la jurisprudencia de esta corporación ha establecido que la decisión del amigable componedor es plenamente vinculante para las partes, de acuerdo con las siguientes consideraciones: i. La ley 1563 de 2012, en su artículo 60, prevé que la decisión del amigable componedor produce los efectos propios de la transacción. ii. La transacción, de acuerdo con lo establecido en los artículos 1625 y 2483 del Código Civil, es uno de los modos de extinguir las obligaciones y produce los efectos de cosa juzgada, aun cuando la decisión no haya sido proferida por autoridad judicial. iii. El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), en su artículo 297, numeral 2, enlista, como título ejecutivo, las decisiones en firme proferidas en uso de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, en las que las entidades públicas se obligan, de manera clara, expresa y exigible, al pago de sumas de dinero. iv. **En atención a la naturaleza del mecanismo, puesto que los compromisos son asumidos de forma voluntaria por las partes, quienes son los que facultan a un tercero para que decida el conflicto suscitado entre ellas”**. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 2 de octubre de 2020. Radicado 68001-23-33-000-2017-00333-01(64066). (destacado propio)*

Es entonces imperioso hacer referencia a la institución de la cosa juzgada, que ha sido delimitada por el Consejo de Estado en los siguientes términos:

*“La institución de la cosa juzgada tiene los siguientes tres (3) efectos principales: I) impide que se vuelvan a presentar los mismos pedimentos ante la autoridad judicial; II) **la providencia que resolvió sobre los referidos pedimentos adquiere un carácter de inmutabilidad, es decir, no puede ser modificada ni siquiera por el juez que la profirió**; III) si se le ha impuesto a alguna de las partes de la relación jurídico procesal singular la obligación de satisfacer una determinada prestación y esta se niega a cumplirla, **se le puede exigir su cumplimiento coercitivamente**”¹⁵⁰. (destacado propio)*

En suma, la determinación adoptada por el amigable componedor no requiere pronunciamiento posterior ni ratificación alguna, en cuanto el cumplimiento de la decisión corresponde a la correcta práctica contractual convenida entre las partes.

4.4 Antecedentes normativos en Colombia

En el caso del ordenamiento jurídico colombiano, la amigable composición fue establecida por el Decreto 1400 de 1970 en su artículo 677 y el Decreto 2304, también de 1970, bajo la estructura de un contrato. Por su parte, el Código de Comercio, contenido en el Decreto 410 de 1971, en su artículo 2025, consagró la posibilidad de que las partes inmersas en un conflicto pudieran someter sus diferencias a la decisión de un amigable componedor. El Decreto 2279 de 1989 señaló un claro concepto sobre esta figura y a su vez estableció las condiciones para que se pudiera recurrir a ella. Con posterioridad, la Ley 23 de 1991 adicionó un inciso al artículo 52 del Decreto 2279 de 1989, que permitía a las partes delegar en un tercero la designación del amigable componedor. Esta disposición fue derogada por la Ley 446 de 1998. En vigencia de esa ley la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado le dio un alcance restringido para las entidades públicas, situación que se superó con la Ley 1563 de 2012 que será analizada más adelante.

4.4.1 Ley 80 de 1993

¹⁵⁰ *Ibidem*.

Esta norma es un referente fundamental para comprender la amigable composición como un contrato que hace parte de la textura legal que autoriza la ley de contratación pública, toda vez que el mandato es un contrato y nadie pretende desconocer que es uno de los negocios jurídicos que emana de la autonomía de la voluntad. Si bien el capítulo que regulaba las controversias contractuales fue derogado por la Ley 1563 de 2012, en particular el artículo 65 que mencionó la amigable composición, sería riesgoso desconocer que en virtud del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 el mandato para una amigable composición es un contrato estatal.

Por ello mismo se debe tener en cuenta ese nuevo paradigma de la contratación estatal, derecho privado civil y comercial, y principios generales del derecho, que en virtud de los artículos 13, 23 y 40 de esa ley superan la rigidez e inflexibilidad del derecho administrativo tradicional, dado que es un planteamiento que se acompaña de reglas especiales: el derecho privado no puede violar las normas especiales de la contratación; los principios de la función administrativa y del derecho administrativo también son aplicables.

El gran reto del amigable componedor es hacer interpretaciones armónicas entre estos principios y ámbitos cuando deciden en equidad. Entre los principales elementos que conforman la institución de la amigable composición se encuentra incluida la tesis de que su naturaleza consensual no puede desligarse de la de un contrato estatal y, específicamente, del contrato de mandato de una entidad pública que decide adoptar ese mecanismo para dirimir esa controversia, como acto jurídico generador de obligaciones, ello en virtud de las normas citadas de la Ley 80 de 1993.

Así mismo, de allí deriva la naturaleza autónoma del acuerdo o decisión consensual, como un contrato derivado del contrato inicial. Es en esta segunda manifestación de voluntad en la que un panel de amigables componedores, único o colegiado, adopta una decisión en equidad en ese marco normativo. Esa armonización es una de las temáticas que un panel de amigables no abogados puede suplir con la intervención del procurador como Ministerio Público.

4.4.2 Ley 446 de 1998

Esta ley, en sus artículos 130, 131 y 132, reguló de manera precisa esta institución, respecto de la definición de esta, de los efectos de las decisiones que en desarrollo de esta misma se dicten y, sobre la forma de designación de los

amigables componedores, bien sea de manera directa o delegando en un tercero esa facultad; disposiciones recogidas con posterioridad en el Decreto 1818 de 1998. Cabe anotar que aquel texto legal no fue afortunado y dio pie a que se limitara el mecanismo entre particulares.

Con el desarrollo de la Ley 446 de 1998 se otorgó un valor agregado a la evolución que se ha ido trazando a lo largo de los años, según los pronunciamientos y la normativa que hasta aquél entonces se había establecido. Así mismo, dicha disposición sustenta los efectos de la amigable composición en la esencia de la transacción, es decir, se equiparán estas dos figuras y con ello los efectos de cosa juzgada y de una decisión de última instancia sin revisión o recursos. Se destaca de esta ilustración normativa que la amigable composición se remite por analogía al desarrollo normativo y jurisprudencial que tiene la transacción, una connotación que conduce a fijar e interpretar las directrices o características en el mismo marco de seguridad jurídica que se ha desarrollado para la transacción como contrato, como negocio jurídico autónomo e incluso para algunos académicos, como el doctor Ernesto Rengifo, como una modalidad de mandato.

Estos artículos fueron derogados por la Ley 1563 de 2012, y supera la incertidumbre con un lineamiento en relación con la definición expresa y determinante de la amigable composición, es decir, recogen en la ley los pronunciamientos que se realizaron previamente por las altas cortes en referencia a la amigable composición, teniendo así bases sobre las cuales se construyó un concepto desarrollado sobre su naturaleza, características y fines.

4.4.3 Ley 1563 de 2012, la amigable composición en el estatuto arbitral

La amigable composición es regulada en la actualidad como uno de los MASC con la expedición de la Ley 1563 de 2012, “Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones” en su Sección Segunda, puntualmente los artículos 59, 60 y 61, que abordan este mecanismo fortaleciéndolo y dan claridad sobre su aplicación.

4.4.3.1 Alcance y efectos

Con el artículo 59 del Estatuto de Arbitraje se definió la amigable composición, y se le da vida legal para las entidades públicas como un mecanismo heterocompositivo, que delega a un tercero, así:

“Artículo 59. Definición. La amigable composición es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, por medio del cual, dos o más particulares, un particular y una o más entidades públicas, o varias entidades públicas, o quien desempeñe funciones administrativas, delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de definir, con fuerza vinculante para las partes, una controversia contractual de libre disposición.

El amigable componedor podrá ser singular o plural. A su vez, podrá acordarse mediante cláusula contractual o contrato independiente”.
(Subrayado propio)

Del anterior texto normativo es importante resaltar que da una gama de posibles partes (sujetos) involucradas en el conflicto objeto de la amigable composición, cuestión que es destacable toda vez que ayudó a superar de raíz la confusión generada con la afirmación del régimen anterior de acuerdo con la cual “dos o más particulares” acudían a la utilización de la amigable composición. De esta manera, queda claro que la amigable composición puede ser empleada, sin margen de duda, por una entidad pública o por particulares que cumplen funciones administrativas.

Sobre los efectos, abordados en el artículo 60 del estatuto en mención, fue determinada la calidad de mandatario bajo la cual actúa el amigable componedor, así:

“Artículo 60. Efectos. El amigable componedor obrará como mandatario de las partes y, en su decisión, podrá precisar el alcance o forma de cumplimiento de las obligaciones derivadas de un negocio jurídico, determinar la existencia o no de un incumplimiento contractual y decidir sobre conflictos de responsabilidad suscitados entre las partes, entre otras determinaciones.

La decisión del amigable componedor producirá los efectos legales propios de la transacción.

Salvo convención en contrario, la decisión del amigable componedor estará fundamentada en la equidad, sin perjuicio de que el amigable componedor haga uso de reglas de derecho, si así lo estima conveniente”.

Este artículo se destaca porque fija tres ámbitos de la decisión del amigable componedor como un mandatario: determinar el cumplimiento, definir la responsabilidad y otros asuntos del contrato con excepción de las facultades especiales. Precisamente, en la publicación citada de Infraestructura y derecho se presentan cinco decisiones de amigable composición en las cuales se desarrollan temas como los siguientes: la obligación de adelantar la consulta previa; la debida diligencia del concesionario; la ineficacia de las cláusulas que limitan la responsabilidad de la concedente en la confección de los estudios previos; el carácter vinculante de los estudios previos; las exclusiones de responsabilidad y el deber de planeación; la obligación de recibir, operar y mantener los accesos a un puerto; el equilibrio económico del contrato; el no acaecimiento de la totalidad de las condiciones para el inicio de la fase de construcción; y las consecuencias de la modificación de la ubicación de un anillo vial¹⁵¹.

En este punto existe un planteamiento diferencial con el arbitraje debido a que la decisión tomada por los amigables componedores debe derivarse de la valoración de la equidad como referente. No obstante, no significa que esta sea la única regla permitida, como quiera que, precisa la norma, ello es salvo convención en contrario. Aquello tampoco niega que sea posible fundar su determinación en derecho, como se evidenció en la norma; sin embargo, tal cual se analizará más adelante con el literal A del artículo 14 de la Ley 1682 de 2013 -modificado por el artículo 2 de la Ley 1742 de 2014-, para proyectos de infraestructura de transporte puede ser en derecho o en equidad. Por último, se destaca un tratamiento similar con la transacción en cuanto a sus efectos, cosa juzgada y nulidad del contrato.

4.4.3.2 Procedimiento

Ahora bien, el artículo 61 del Estatuto de Arbitraje establece aspectos adicionales con relación al procedimiento que deben surtir los trámites y actuaciones que se susciten bajo esta figura.

“Artículo 61. Designación y Procedimiento. Salvo convención en contrario, el amigable componedor no tendrá que ser abogado. Las partes

¹⁵¹ Quiñones, J.C.; Ordoñez, E.; Choles, O.; Zambrano, L. & Garzón, D. (2020). Infraestructura y Derecho. Decisiones arbitrales y de amigables componedores en el programa 4G, p. 3-55. Colombia: Legis.

podrán determinar libremente el número de amigables componedores. A falta de tal acuerdo, el amigable componedor será único.

Las partes podrán nombrar al amigable componedor directamente o delegar en un tercero su designación. El tercero delegado por las partes para nombrar al amigable componedor puede ser una persona natural o jurídica. A falta de acuerdo previo entre las partes, se entenderá que se ha delegado la designación a un centro de arbitraje del domicilio de la parte convocada escogido a prevención por la parte convocante.

El procedimiento de la amigable composición podrá ser fijado por las partes directamente, o por referencia a un reglamento de amigable composición de un centro de arbitraje, siempre que se respeten los derechos de las partes a la igualdad y a la contradicción de argumentos y pruebas.

A falta de acuerdo entre las partes, se entenderán acordadas las reglas de procedimiento del centro de arbitraje del domicilio de la parte convocada, escogido a prevención por la parte convocante.

De no existir un centro de arbitraje en el domicilio de la parte convocada, la parte convocante podrá escoger cualquier centro de arbitraje del país para la designación y el procedimiento a seguir a falta de acuerdo expreso”.

Siguiendo las pautas del procedimiento, en consideración al manual o normativa que se debe implementar para desarrollarse este trámite, se ilustra en primera medida que las partes tendrán la facultad de fijar dicho manual o normativa. No obstante, si no se llegare a un acuerdo en este aspecto, será menester adoptar el procedimiento de un centro de arbitraje para su realización. Es relevante que se indican las bases de un debido proceso, ciertamente especial, siempre que se respeten los derechos de las partes a la igualdad y a la contradicción de argumentos y pruebas. Por ende, como se aprecia, esta actuación no está alejada de garantías mínimas constitucionales.

En este punto, existe un planteamiento diferencial y nuevo con relación a los efectos de la transacción. Sobre los asuntos que son transigibles o disponibles en la controversia arbitral, el Dr. Jaime Arrubla Paucar, al estudiar el pacto

arbitral, recuerda que la legislación con un sentido negativo determina lo que no es transigible y, en consecuencia, aquello excluido del pacto. Por ejemplo, este asunto, al igual que aquellas controversias ante las cuales ya existe decisión judicial o arbitral en firme, cosa juzgada¹⁵².

Finalmente, se expresa en la disposición analizada que la decisión tomada por los amigables componedores debe tener la valoración de la equidad como referente. No obstante, no significa que esta sea la única regla permitida, la norma también expresa que el amigable componedor puede acudir a referentes en derecho para resolver sus asuntos, ello es salvo convención en contrario que puede acotar la decisión a la equidad o al derecho como únicos referentes.

4.4.4 Ley 1682 de 2013 para proyectos de infraestructura

La Ley 1682 de 2013, “Por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias”, estableció en su artículo 14 que en asuntos de materia de resolución de controversias se podrán pactar mecanismos para la resolución de estos con ocasión de los contratos estatales celebrados por las entidades públicas¹⁵³. Con lo anterior, se evidencia que es permitido hacer uso de la figura de la amigable composición para resolver estos asuntos.

Cabe recalcar que esta ley se limita a parametrizar el uso de la amigable composición en la resolución de contratos estatales, lo anterior precisando que, si bien es factible fijar las normas de procedimiento de esta figura, aquellas no deben ir en contra de los principios de igualdad, publicidad, contradicción y defensa que se derivan del literal D del artículo 14 de la Ley 1682 de 2013.

¹⁵² Arrubla Paucar, Jaime. La práctica del litigio arbitral, Tomo II, Vol. I. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2017. Pp. 52-60.

¹⁵³ Artículo 14. Ley 1682 de 2013. “Artículo 14. Solución de controversias. Para la solución de las controversias surgidas por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, las partes podrán incluir cláusulas compromisorias, debiendo siempre observar lo previsto en la Ley 1563 de 2012 y demás normas que la adicionen, modifiquen, sustituyan o reglamenten, en especial, las normas que regulen el uso de mecanismos alternativos de solución de controversias para las entidades públicas.

Así mismo, de manera especial aplicarán las siguientes reglas: (...) d) En caso de pactarse el uso del amigable componedor, las entidades objeto de la presente ley deberán incluir en la cláusula respectiva las reglas que garanticen los derechos de igualdad, publicidad, contradicción y defensa”.

Un factor coincidente con el arbitraje es la prohibición al amigable componedor de decidir sobre la legalidad de los actos administrativos que se hubiesen expedido en el marco de las facultades excepcionales. Esta cuestión se fundamenta en una restricción necesaria para evitar una extralimitación en sus decisiones causando posteriormente una situación irreversible, puesto que tendría que profundizarse en el desarrollo de la figura y sus procedimientos, en lo relacionado con las medidas cautelares provenientes de la autonomía de la voluntad, mas no de la ley en un estatuto procesal.

4.5 Marco jurisprudencial de la amigable composición

Respecto del régimen que regula la amigable composición, se han producido importantes pronunciamientos que han contribuido a precisar el alcance de este mecanismo de solución de conflictos. A continuación, se estudian algunos de ellos.

4.5.1 Sentencia del 6 de febrero de 1998 del Consejo de Estado

El alto tribunal para lo contencioso administrativo ha establecido y desarrollado en su jurisprudencia la amigable composición a través de interrogantes planteados en causas que contribuyen a la determinación de la naturaleza de esta figura. En un primer momento, fue necesario establecer si esta figura se puede encuadrar dentro de las facultades jurisdiccionales o si, por el contrario, se manifiesta meramente en una situación contractual¹⁵⁴.

Para responder lo anterior, este alto tribunal se remitió a la norma constitucional, específicamente al artículo 116 de la Constitución Política que faculta a particulares a ejercer facultades jurisdiccionales. De la literalidad de la norma no se puede sustraer un símil con relación a la naturaleza de la amigable composición teniendo en cuenta que, mientras figuras como la conciliación y el arbitramento tienen sustento en la carta política, la amigable composición no está regulada en la misma. Esta última tiene efectos de transacción y, por ende, su procedimiento y efectos pueden regularse de la misma forma, es decir, a través de la voluntad y parámetros de las partes.

¹⁵⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 6 de febrero de 1998. Rad.11477.

Si bien la decisión del amigable componedor generará una fuerza vinculante entre las partes debido a lo pactado, no se puede asemejar está a la fuerza de una sentencia, sosteniendo que la respectiva figura de la amigable composición no se soporta en las instituciones procesales ni en un mandato de la soberanía del Estado como aquellas, sino que, se rige por el mandato de las partes.

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 jurisdicción¹⁵⁵.

Así, finaliza esclareciendo el origen de la amigable composición, el cual tiene su fundamento en el derecho contractual, debido a que el amigable componedor se ceñirá bajo los parámetros, lineamientos o acuerdos que hayan establecido las partes, decidiendo no en derecho, sino en equidad, según el análisis realizado de la situación contractual.

4.5.2 Sentencia SU091 de 2000 de la Corte Constitucional

En este importante pronunciamiento, la Corte Constitucional precisó los aspectos concernientes al carácter funcional de la amigable composición, entrañando la autonomía de la voluntad como pilar para que este sea sobrellevado mediante la actividad ejercida por los amigables componedores, a

¹⁵⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 6 de febrero de 1998.

consecuencia de la voluntad contractual de las partes al ser pactada esta figura y la forma de desarrollo de esta¹⁵⁶. Así, expresa lo siguiente:

“En relación con el carácter meramente contractual de la amigable composición y la función de los amigables componedores, (...) debe advertirse que a las partes asiste libertad para pactar lo que estimen conveniente en cuanto a la forma como ha de adelantarse, en cada caso, la amigable composición, pues este aspecto no está regulado por la ley. La circunstancia de que (...) la decisión que tomen (los amigables componedores) deba serlo por mayoría, en manera alguna implica que la decisión adquiera 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”, conforme lo expresó el Consejo de Estado en la referida sentencia”.

Precisa la Corte también, a partir de la lectura de la Ley 446 de 1998, en sus artículos referidos a la institución de la amigable composición, elementos o características que se observan de la figura, sintetizándolas de esta forma:

“(...) En efecto, la Ley 446 de 1998 en esta materia de la amigable composición subroga la legislación anterior y reitera que tal institución es un mecanismo de solución de conflictos cuyas características, siguiendo los artículos 130 a 132, ibidem, pueden tipificarse así: (i) delegación que hacen dos o más particulares (ii) en un tercero, denominado amigable componedor -- que podrá ser singular o plural--, (iii) de la facultad de precisar con fuerza vinculante para ellas y con los efectos legales de la transacción, (iv) el estado, las partes y la forma de cumplimiento de un negocio jurídico particular. Las partes (v) pueden hacer la designación del amigable componedor directamente o delegarla en un tercero, que puede ser persona natural o jurídica”.

Establece esta corporación la naturaleza de la institución de la amigable composición en cuanto a la determinación de la función pública de aquella. Aduce la Corte que la acción de los amigables componedores no puede comprometer el carácter de función pública, teniendo en cuenta que esta

¹⁵⁶ Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia del 6 de febrero de 2000, expediente T- 241.138 10.

actividad se desarrolla en el marco contractual, y no debido a una función estatal contemplada en la Constitución Política de Colombia, haciendo énfasis en las diferencias demarcadas entre el arbitraje y la amigable composición. En concordancia, la Corte en sus pronunciamientos determinó lo siguiente¹⁵⁷:

“(…) (ii) Los amigables componedores, por principio, no ejercen función estatal judicial; por el contrario, los árbitros sí, conforme lo establece directamente la Constitución Política (Art. 116). (iii) La amigable composición es un mecanismo de autocomposición, los amigables componedores son representantes de las partes contratantes; el arbitramento es mecanismo de heterocomposición. (iv) La amigable composición se desarrolla en la forma acordada autónomamente por las partes; por el contrario, el arbitramento en cuanto a su tramitación se halla sujeto a regulación legal específica. (v) La amigable composición concluye en un acuerdo o convención que tiene los efectos de transacción; el arbitramento concluye en laudo que produce los efectos propios de las sentencias judiciales. En atención a las características diferenciales enunciadas, se puede concluir entonces que, mientras la amigable composición surge plenamente del contrato, el arbitramento lo hace de la propia Constitución y la ley que dan eficacia al acuerdo de voluntades para que mediante él se derogue la jurisdicción, por principio, privativa del Estado”.

4.5.3 Sentencia T-017 de 2005 de la Corte Constitucional

En este fallo, la Corte Constitucional realizó un seguimiento histórico de la figura de la amigable composición desde el Imperio romano, pasando por su evolución en los dogmas de la Iglesia cristiana que ilustra la justicia desde una visión conciliatoria y caritativa. Se observa, en el transcurso del recuento histórico, la extracción de elementos que van formando la definición y naturaleza de la amigable composición, teniendo en cuenta que se evidencia en

¹⁵⁷ “(…) Como ya se ha expresado, para la Corte, la actividad de los amigables componedores surge del acuerdo de voluntades de las partes en un contrato donde se obligan recíprocamente y que autónomamente pueden determinar mecanismos de autocomposición de las controversias que se susciten con ocasión del contrato. Las partes pueden convenir en resolver ellas directamente las controversias o encomendar a una o más personas que les presenten fórmulas de arreglo o que las adopten, siempre a nombre y en representación de las partes contratantes. La fuerza de su decisión proviene exclusivamente del Contrato. Esa característica comporta la ausencia de formalidades legalmente imperativas tanto para la escogencia de los amigables componedores, como para el desarrollo del trabajo a éstos encomendado (…).” Ibid.

principio el otorgamiento de la potestad a las personas de arreglar sus diferencias a su arbitrio, dejando a un lado los formalismos, procesos e instituciones que intervienen al momento de resolver una situación controversial entre las partes.

En consecuencia, se señaló que la amigable composición es de naturaleza contractual y se reafirmó lo ya analizado en la sentencia de constitucionalidad en cuanto a que son las partes las que deciden la forma y camino de solucionar sus conflictos, esto es a través de un tercero delegado por ellos mismos que analiza la situación y concluye lo suscitado.

Posteriormente, se citan los parámetros y lineamientos de esta figura en la etapa de la Revolución francesa, en la cual se esgrime que, desde allí, los efectos se asemejarían a los de la transacción. Ulterior al recuento realizado por la Corte Constitucional, esta se refiere a la legislación colombiana en materia de la amigable composición, trayendo a colación la normativa que regula expresamente esta institución. Con lo anterior, se señalaron el artículo 2025 del Código de Comercio y la Ley 23 de 1991, las cuales dieron a esta institución un carácter formal en la legislación, dado que no existía una identificación *per se* de la figura de la amigable composición.

En síntesis, la Alta Corporación determinó que de la amigable composición se deriva una relación jurídica sustancial dentro de la concepción que tiene la transacción:

“(...) se puede concluir que se trata de un mecanismo de solución de conflictos de tipo eminentemente contractual, por medio del cual las partes deciden delegar en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de decidir, con fuerza vinculante entre ellas, el estado y la forma de cumplimiento de una relación jurídica sustancial susceptible de transacción. Dicho amigable componedor puede sea nombrado directamente por las partes o a través de un tercero designado por éstas”¹⁵⁸.

¹⁵⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-017 de 2005. Exp. T-973352 12.

4.5.4 Sentencia C-330 de 2012 de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional, en esta sentencia¹⁵⁹, estudió la constitucionalidad de la Ley 446 de 1998, en relación con las normas atinentes a la figura de la amigable composición, específicamente los artículos 130, 131 y 132. Estas normas fueron demandadas bajo el argumento de violación del artículo 116 de la Constitución Política, en la medida que se faculta en forma excesiva a los particulares frente a los mecanismos alternativos de solución de conflictos, sin mencionar la amigable composición.

Con lo anterior, el Alto Tribunal Constitucional procedió al análisis de las disposiciones acusadas empezando por la naturaleza de la amigable composición. La Corte encontró su génesis en el ámbito del derecho sustancial y contractual. Destacó que son las partes aquellas que por mutuo acuerdo delegan a un tercero para la resolución de una controversia. Aquella delegación se realiza por medio de un contrato de mandato y la decisión se concreta en compromisos que deben ser asumidos por las partes, lo cual conlleva a que la decisión componedora sea vinculante entre estas, porque así lo dispusieron al conferir dicho mandato. Señaló también la Corte Constitucional que los compromisos contractuales pueden originarse en un contrato modificatorio o adicional al contrato principal y, en consecuencia, las decisiones no serán susceptibles de ningún tipo de recurso. Ahora bien, el Alto Tribunal también indicó que resulta demandable la eficacia del acto jurídico. Al respecto destaca lo siguiente:

“Como consecuencia de su naturaleza contractual, el compromiso suscrito entre las partes a partir de la decisión del amigable componedor no es susceptible de ningún recurso de tipo procesal. La única forma de controvertir dicho arreglo es precisamente demandando su eficacia como acto jurídico. En estos términos, habría que demostrar, entre otros, la falta de capacidad de las partes, la ausencia de consentimiento, la existencia viciada del mismo o la presencia de objeto o causa ilícita”¹⁶⁰.

En este punto, es trascendental recalcar la improcedencia de recursos contra los compromisos adquiridos mediante la decisión de la amigable composición. Según lo expuesto anteriormente, la Corte sostuvo que en la amigable

¹⁵⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-017 de 2005. Exp. T-973352.

¹⁶⁰ *Ibid.*

composición no proceden recursos al ser disposiciones meramente contractuales y no procesales. Por consiguiente, para no generar malestar sobre situaciones originadas en la amigable composición con respecto a las decisiones del amigable componedor, esta constata la salida de demandar la eficacia del acto jurídico propiamente, indicando los defectos de la causa y objeto del acto jurídico, de llegar a presentar esos vicios.

4.5.5 Sentencia de unificación 17001-23-33-000-2016-00440-01 del Consejo de Estado

En esta sentencia, el Consejo de Estado unificó distintos pronunciamientos en concordancia con los MASC. Esta ha recopilado las expresiones y argumentos que han desarrollado la amigable composición, y en esta evolución se han traído a colación referentes de la Corte Constitucional, así como la normativa concerniente a estos mecanismos.

Un aspecto adicional a decantar, el cual no había sido nombrado consistentemente en la ley relativa a la amigable composición ni en la jurisprudencia, corresponde al ámbito de las funciones del Comité de Conciliación, teniendo en cuenta el protocolo de gestión de los comités de conciliación proferido por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Según lo plasmado en esta sentencia, en consonancia con lo previamente relatado, los comités de conciliación serán los encargados de formular y aprobar los parámetros para el análisis de la procedencia de la amigable composición, es decir, fijan la política institucional de este, como se señala a continuación:

“i) Formular y aprobar los criterios institucionales para el estudio y análisis de la procedencia del arbitraje, la conciliación, la transacción, la amigable composición, la mediación entre entidades públicas, la extensión de jurisprudencia en los términos del artículo 102 del CPACA y la formulación de ofertas de revocatoria directa de los actos administrativos impugnados, fórmula de pacto de cumplimiento; directrices que deben ser vinculantes en aras de fortalecer la igualdad e imparcialidad en las decisiones; (...)”

Por lo anterior, se determina que la amigable composición, con relación a las situaciones donde concurren las entidades públicas, debe ser estudiada por los

comités de conciliación de las respectivas entidades, para que estos establezcan su procedencia.

Por su parte, esta corporación, en un breve pronunciamiento sobre los tipos de mecanismos alternativos de solución de conflictos, explicó sucintamente en qué consistía cada uno. Por ende, según la normativa y jurisprudencia existente, se plasmó lo siguiente:

“En la amigable composición, se faculta a un tercero – singular o plural –, denominado amigable componedor, para definir una controversia contractual de libre disposición, con carácter vinculante”.

En los términos del artículo 59 de la Ley 1563 de 2012, la delegación del tercero la pueden realizar por “dos o más particulares, un particular y una o más entidades públicas, o varias entidades públicas, o quien desempeñe funciones administrativas”, a través de cláusula contractual o un negocio jurídico independiente.

La decisión tiene los mismos efectos de una transacción ,y por regla general, se adopta en equidad, “sin perjuicio de que el amigable componedor haga uso de reglas de derecho, si así lo estima conveniente”¹⁶¹.

4.5.6 Sentencia del 23 de septiembre de 2022 del Consejo de Estado

En esta sentencia, el Consejo de Estado analizó un caso en el que el Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) suscribió un contrato de obra pública con el consorcio Castro Tcherassi & Cía. Ltda. – Equipo Universal y Cía. Ltda., cuyo objeto era la rehabilitación y adecuación de las calzadas de la troncal Caracas para la operación del sistema Transmilenio.

Durante la ejecución y el periodo de garantía del contrato se presentaron deterioros significativos y defectos en las obras, como fracturamientos y desportillamientos en las losas. Frente a lo anterior, las partes acordaron en un acta de liquidación parcial acudir a un mecanismo de amigable composición para resolver las diferencias respecto a las causas de los daños y la responsabilidad de cada parte.

¹⁶¹ *Ibíd.*

El 29 de septiembre de 2004, la Sociedad Colombiana de Ingenieros, obrando como amigable componedor, emitió una decisión atribuyendo el 90% de los daños al uso del "relleno fluido" y el 10% a la deficiente colocación de los materiales de sellos de juntas por parte del contratista.

El IDU promovió un proceso pretendiendo la nulidad de esta decisión, alegando que la Sociedad Colombiana de Ingenieros había excedido su mandato al incluir análisis jurídicos y responsabilizar a terceros no vinculados al contrato, como Asocreto. La controversia se centró en determinar la validez y la legalidad de la actuación del amigable componedor, así como el cumplimiento de los términos contractuales y la correcta interpretación de los plazos para la interposición de la acción.

El Consejo de Estado decidió confirmar la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la cual declaró la caducidad de la acción interpuesta por el Instituto de Desarrollo Urbano (IDU). La decisión se fundamentó en que la demanda del IDU fue presentada fuera del término legal establecido, que es de dos años, contados desde la fecha en que la decisión del amigable componedor se tornó definitiva. El Consejo de Estado reiteró que la amigable composición constituye un negocio jurídico distinto e independiente del contrato de obra y, por lo tanto, la caducidad debe contarse de manera autónoma desde el momento en que se emitió la decisión de amigable composición.

Aunque en razón de la caducidad no abordó el fondo del debate, el Consejo de Estado hizo alusión a la naturaleza jurídica de la amigable composición como uno de los mecanismos alternativos de solución de conflictos. Recordó que la declaración de los componedores tiene valor contractual entre las partes, pero no produce efectos de laudo arbitral, y permite precisar con fuerza vinculante para las partes el estado y la forma de cumplimiento de una relación jurídica sustancial susceptible de transacción.

Recordó también que la amigable composición implica tres negocios jurídicos relacionados: (i) el pacto o contrato de composición donde las partes acuerdan utilizar este mecanismo, (ii) el contrato de mandato que cada parte suscribe con el componedor, y (iii) la decisión adoptada por el amigable componedor, que tiene naturaleza contractual y surte los efectos de un contrato de transacción. Además, refrendó que la amigable composición es un medio válido para

resolver controversias, incluso cuando una de las partes es una entidad estatal, siempre y cuando no se trate de un acuerdo *contra legem*.

4.6 La impugnación de las decisiones de los amigables componedores

Como se ha mencionado, la amigable composición funciona bajo la figura del mandato, conforme a lo dispuesto por el artículo 60 de la Ley 1563 de 2012, siendo una decisión de origen contractual eficaz y que produce los efectos de la transacción, es decir, hace tránsito a cosa juzgada, siendo una decisión ante la cual no proceden recursos.

Para ahondar en lo anterior, es preciso recalcar que el artículo 1602 del Código Civil dispone que “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. Pues bien, una de las causales de invalidación de los contratos es la nulidad, que, de conformidad con el artículo 1741 del Código Civil, puede ser absoluta o relativa según su origen, así:

“Artículo 1741. La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato”.

En ese contexto, la Corte Constitucional señaló en la sentencia C-330 de 2012 que, pese a que la decisión de un amigable componedor no es susceptible de recursos —en cuanto no se trata de una providencia proferida en un ámbito jurisdiccional—, las partes pueden refutar la legalidad del negocio jurídico que dio lugar a la amigable composición:

“Como consecuencia de su naturaleza contractual, el compromiso suscrito entre las partes a partir de la decisión del amigable componedor

no es susceptible de ningún recurso de tipo procesal. La única forma de controvertir dicho arreglo es precisamente demandando su eficacia como acto jurídico. En estos términos, habría que demostrar, entre otros, la falta de capacidad de las partes, la ausencia de consentimiento, la existencia viciada del mismo o la presencia de objeto o causa ilícita”¹⁶².

Lo propio ha señalado la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado:

“Así las cosas, la decisión del amigable componedor no requiere pronunciamiento posterior ni ratificación alguna de los contratistas para su obligatoriedad, el cumplimiento de la decisión hace parte de la correcta práctica contractual, salvo que las partes o una de ellas considere que tal decisión está viciada de nulidad por no cumplir con los requisitos de existencia o validez de los actos, lo cual implicaría acudir ante el juez del contrato para que se pronuncie sobre la legalidad de la actuación.

Se ha indicado que los contratistas tienen una amplia configuración respecto de los asuntos disponibles que someten a decisión del amigable componedor, no obstante, el mandato otorgado y la decisión del amigable componedor tienen límites que no están dados solamente por la autonomía de la voluntad de las partes sino por el ordenamiento legal. La eficacia y validez del convenio de amigable composición depende entonces de los requisitos de existencia y validez de los negocios jurídicos, que en términos generales están consagrados en el artículo 1502 del Código Civil el cual establece que los requisitos para obligarse en un acto o declaración se relacionan con: (i) la capacidad legal; (ii) el consentimiento libre de vicio; (iii) el objeto lícito y, (iv) la causa lícita.

En consecuencia, el amigable componedor debe establecer si los asuntos puestos a su resolución son disponibles por las partes y si su decisión desborda el marco legal del negocio particular, de ello ser positivo, debe abstenerse de proferir una decisión so pena de que la misma pueda ser declarada nula por un juez.

“De igual manera, si las partes consideran que el convenio de composición está viciado de manera total o parcial porque desconoce el ordenamiento

¹⁶² Corte Constitucional, Sentencia T-017 de 2005. Exp. T-973352.

jurídico, deberían acudir al juez para que en el marco de un proceso judicial se decida sobre la legalidad del acuerdo. Las entidades públicas tienen la obligación de velar por la legalidad de sus actuaciones y abstenerse de actuar contra legem¹⁶³. (destacado propio)

En suma, la decisión de un amigable componedor no es una providencia judicial y, en esa medida, las decisiones tomadas por el panel de amigables no son susceptibles de recursos. Para rebatir su validez, es preciso discutir la existencia o la validez del negocio jurídico de la amigable composición, en el sentido de que los contratos únicamente pueden ser invalidados por consentimiento mutuo o por causas legales, en los términos del artículo 1602 del Código Civil.

Ahora bien, queda la duda sobre cómo esta forma de impugnación puede corresponder con la decisión de los amigables componedores propiamente dicha, y no con el negocio jurídico de pactar amigable composición. En efecto, si el cuestionamiento de legalidad tiene que ver con el negocio jurídico que da lugar a la amigable composición, la discusión debe estar centrada en los requisitos de su existencia o validez, a saber, la (i) capacidad; (ii) el consentimiento; (iii) el objeto; o (iv) la causa del negocio jurídico, pero no directamente en la decisión adoptada por los amigables componedores.

Dicho de otro modo, si no hay reparos en cuanto a la capacidad, el consentimiento, el objeto o la causa de la amigable composición, pero sí los hay respecto de lo decidido por los amigables componedores —piénsese, por ejemplo, en una equivocación aritmética en la decisión—, ¿cómo puede cuestionarse ese aspecto, si es que lo decidido por los amigables componedores no admite recurso?

Aunque la amigable composición puede presentar dificultades, como la problemática antes indicada, este mecanismo ofrece múltiples ventajas en términos de agilidad y eficacia para la resolución de conflictos. Al permitir que las partes involucradas designen a un tercero neutral y especializado para dirimir sus diferencias, se facilita una solución más rápida y acorde con las particularidades del caso, evitando los prolongados tiempos y la complejidad

¹⁶³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 12 de diciembre de 2017. Rad. 11001-03-06-000-2017-00071-00.

procesal propios de la jurisdicción. Así, la amigable composición se erige como una herramienta eficaz que contribuye a la descongestión judicial y promueve la resolución amistosa y eficiente de controversias contractuales y comerciales.

4.7 Riesgos

Como mecanismo de autocomposición, conlleva un procedimiento eminentemente contractual en el cual el amigable componedor funge como representante de las partes y no ejerce función estatal jurisdiccional, como también lo es la transacción (Código Civil art. 2469). A partir del año 1998 y a propósito del régimen de la amigable composición, se han proferido una serie de pronunciamientos jurisprudenciales sobre este importante instituto, que han contribuido a definir su naturaleza y alcance, entre ellos la sentencia del 6 de febrero de 1998, la sentencia de unificación 17001-23-33- 000-2016-00-440-01 del Consejo de Estado y las sentencias SU-91 de 2000, T-017 de 2005 y C-330 de 2012, emanadas de la Corte Constitucional.

La fuerza vinculante de las decisiones que se adoptan tiene origen en la figura jurídica del mandato con representación y por ello las partes difieren al mandatario o amigable componedor la disposición de sus derechos o intereses. Para las entidades sometidas a la Ley 80 de 1993 es una clara expresión del contrato estatal que permite la autonomía de la voluntad y las instituciones del derecho civil y comercial; artículos 13, 23, 32 y 40 de aquella ley.

La amigable composición no tiene el rigorismo de carácter procesal que se aplica a otros mecanismos de solución de conflictos y los componedores, como se destacó en la jurisprudencia no cumplen una función pública, por ello es claro que no son sujetos disciplinables como servidores públicos, ni son disciplinables como particulares, ni fungen de gestores fiscales para que sean vigilados por las contralorías. Se ha señalado por la jurisprudencia que en el trámite de la amigable composición se deben agotar por lo menos tres etapas: i) la audiencia de apertura; ii) la investigación y examen de documentos; y iii) la decisión o solución de la controversia.

Las reglas de alcance, efectos y procedimiento de la amigable composición se encuentran contenidas en la Ley 1563 de 2012, en los artículos 59, 60 y 61, y en la Ley 1682 de 2013 en el artículo 14. A su vez, es factible fijar las normas de procedimiento de esta figura, que no deben propender ni ir en contra de los

principios de igualdad, publicidad, contradicción y defensa, así como a la contradicción de argumentos y pruebas que se derivan del artículo 61 de la Ley 1563 de 2012 y del literal D del artículo 14 de la Ley 1682 de 2013.

La decisión del amigable componedor estará fundamentada en la equidad; el amigable componedor podrá hacer uso si lo estima conveniente, salvo que se hubiere pactado lo contrario en el contrato de amigable composición, es decir, exclusivamente en equidad o en derecho. En todo caso, en el ámbito de la administración pública las entidades del Estado se rigen por el principio de legalidad y por la disposición de intereses que no atenten contra el orden jurídico ni la moralidad.

En lo que tiene que ver con la amigable composición desarrollada por entidades públicas, los contratos celebrados por ellas están sujetos a un régimen especial cuyos principios están contenidos en el estatuto de contratación, Ley 80 de 1993 y demás normas complementarias, de modo que sus modificaciones o ajustes, cualquiera que sea el escenario en que ellas se profieran, deben ajustarse de manera estricta a esos mandatos. Conforme a las potestades que la Constitución Política (art. 277), la ley (1563 de 2012) y las resoluciones (104 de 2017) le otorgan al Ministerio Público para intervenir en esta clase de asuntos, están dirigidas a la defensa del orden jurídico, del patrimonio público y los derechos y garantías fundamentales. Como se vio en virtud del artículo 49 de la Ley 1563 de 2012, es imperativo informar a la Procuraduría General de la Nación el inicio del trámite de una amigable composición. No resulta acertado pretender, y es irregular cuando mínimo, que so pretexto del alcance contractual de la decisión que emane de la amigable composición, excluir o limitar la intervención del Ministerio Público en dichos asuntos.

La amigable composición tiene efectos legales idénticos a la transacción, es decir, de cosa juzgada. Si la decisión final de la amigable composición produce los efectos jurídicos de un contrato y además se asimila a la figura de la transacción, la misma sería susceptible de demandas judiciales, conforme las previsiones del artículo 2483 del Código Civil que perseguirían la declaratoria de nulidad. Esto obviamente en el entendido que se podrá perseguir la declaratoria de nulidad por los medios legales establecidos, y la misma procede ante la ausencia de presupuestos de capacidad en las partes, vicios del consentimiento, causa u objeto ilícito y demás situaciones previstas para la nulidad absoluta de los contratos. Esta opción es una facultad que le pertenece

a las partes o a terceros que puedan verse afectados, igualmente, para el caso del Ministerio Público.

La legitimidad activa para la nulidad en los contratos estatales emana del artículo 141 del CPACA y de los artículos 44 y 45 de la Ley 80 de 1993, puesto que si la decisión adoptada en el marco de la amigable composición tiene naturaleza contractual, y ésta a su vez está incurso en cualquiera de los vicios de nulidad absoluta, resulta obvio que en virtud de la autorización legal que le otorgan dichas normas, los procuradores que intervienen en la amigable composición pueden impetrar la declaratoria de nulidad del correspondiente acto que origina este mecanismo, e igualmente frente al acto o acuerdo que ofrece solución a la controversia.

4.8 Las dimensiones de la intervención de la Procuraduría General de la Nación

De acuerdo con la Constitución Política, una de las funciones del Procurador General de la Nación que puede ejercer por sí o por medio de sus delegados y agentes, consiste en intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales, conforme lo dispone el artículo 277 de la Constitución.¹⁶⁴ Esta norma debe interpretarse de manera sistemática con otras disposiciones contenidas en nuestro ordenamiento jurídico entre las cuales están los artículos 6, 121, 122 y 123 de la Constitución Política, que establecen las limitaciones legales del ejercicio de las funciones de los servidores públicos.¹⁶⁵

¹⁶⁴ Artículo 277. Constitución Política. *"Artículo 277. El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones:*

(...)

7. Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales.

(...)

¹⁶⁵ Artículo 6. Constitución Política. "Artículo 6. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones".

Artículo 121. Constitución Política. "Artículo 121. Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley".

Como todos los órganos y servidores públicos, las actuaciones del Ministerio deben ceñirse estrictamente a los asuntos en los cuales la ley o actos administrativos le otorguen competencia, en el caso específico de los procesos judiciales, la intervención del Ministerio Público encuentra su fuente y límites en distintos estatutos legales. Esta se reglamenta en el artículo 303 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA¹⁶⁶, estableciendo la facultad del Ministerio Público para intervenir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para defender el orden jurídico, el patrimonio público y los derechos y garantías fundamentales. Así mismo, en el artículo 46 de la Ley 1564 de 2012¹⁶⁷, señala de forma genérica que el Ministerio Público podrá actuar en toda clase de procesos en defensa de los pilares previamente mencionados. Conforme con las normas citadas el Ministerio Público tiene competencia para intervenir en todos los procesos que se tramiten ante las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa, excepto en los eventos que una norma especial que disponga una situación diferencial.

En el caso de los trámites arbitrales, en el artículo 45 de la ley 1564 de 2012¹⁶⁸, se prescribe que el Ministerio Público ejercerá funciones ante los tribunales de arbitramento teniendo en cuenta la normativa expresa en la materia de esta. Lo anterior también lo recalca el artículo 49 de la Ley 1563 de 2012¹⁶⁹, ampliando

Artículo 122. Constitución Política. "Artículo 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento (...)"

Artículo 123. Constitución Política. "Artículo 123. (...) Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento".

¹⁶⁶ Artículo 303. Ley 1437 de 2011. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA. "*Artículo 303. Atribuciones del Ministerio Público.* El Ministerio Público está facultado para actuar como demandante o como sujeto procesal especial y podrá intervenir en todos los procesos e incidentes que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público y de los derechos y garantías fundamentales."

¹⁶⁷ Artículo 46. Ley 1564 de 2012. "*Artículo 46. Funciones del Ministerio Público. Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, el Ministerio Público ejercerá las siguientes funciones: Intervenir en toda clase de procesos, en defensa del ordenamiento jurídico, las garantías y derechos fundamentales, sociales, económicos, culturales o colectivos.*"

¹⁶⁸ Artículo 45. Ley 1564 de 2012. "*Artículo 45. Ministerio Público.*

Las funciones del Ministerio Público se ejercen:

(...)

4. Ante los tribunales de arbitraje, de acuerdo con las reglas especiales que rigen la materia (...)"

¹⁶⁹ Artículo 49. Ley 1563 de 2012. "*Artículo 49. Intervención del Ministerio Público. El ministerio Público está facultado para actuar en los procesos arbitrales y en los trámites de amigable composición en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones*

el contexto de intervención del Ministerio Público a los asuntos que se adelanten en el trámite de la amigable composición.

Por su parte la Resolución 104 de 3 de abril de 2017, expedida por el Procurador General de la Nación, *"Por medio de la cual se asignan funciones a la Procuraduría Delegada para la Conciliación Administrativa, se fijan criterios de intervención de los Procuradores Judiciales I y II para Asuntos Administrativos, se derogan los artículos 2º, 3º, 5º y 7º de la Resolución No. 371 del 6 de octubre de 2005 y se dictan otras disposiciones"*, dispuso en su artículo 6 que el Ministerio Público a través de sus agentes, interviene en los procesos arbitrales y en lo relacionado al procedimiento de la amigable composición si concurre una de estas situaciones o ambas, estas son: i) que intervenga una entidad pública o, ii) que intervenga un individuo con funciones administrativas.¹⁷⁰

Ahora bien, como quiera que la amigable composición, en virtud de sus efectos, ha sido clasificada como un mecanismo contractual, por ende, su fuerza vinculante no emana de una decisión jurisdiccional, sino de un acto contractual que se equipara a un contrato adicional o modificatorio, cabe preguntarse qué alcances tiene esa caracterización cuando se utilice ese mecanismo por parte de una entidad estatal.

De otra parte, en relación con el marco y el alcance de la actividad del amigable componedor, en vista del criterio acogido en la nueva legislación respecto a que sus decisiones se dictaran en equidad, ¿cómo debe operar esta premisa en relación con las entidades públicas?, ¿Estas situaciones están limitando la intervención del Ministerio Público en el trámite de la amigable composición?

Aquí debe tenerse en cuenta que se trata de decisiones proferidas por los amigables componedores para dirimir controversias planteadas en la ejecución de contratos celebrados entre una determinada entidad y sus contratistas, contratos que a su vez están sujetos a un régimen especial cuyos fundamentos están contenidos en el Estatuto de Contratación, Ley 80 de 1993 y demás normas complementarias y, que en todo caso sus modificaciones o ajustes,

administrativas, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público y los derechos y garantías fundamentales(...)".

¹⁷⁰ Artículo 6. Resolución 104 de 3 de abril de 2017. *"Artículo 6. En materia arbitral, el Ministerio Público está facultado para actuar en los procesos arbitrales y en los trámites de amigable composición en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público y los derechos y garantías fundamentales (...)"*.

cualquiera que sea el escenario en que ellas se profieran deben ajustarse no solo a los principios de la contratación sino a los de la función pública consagrados en la Constitución Política así como a la salvaguarda efectiva del patrimonio público.

Al respecto cobra especial relevancia lo preceptuado por el artículo 3° de la Ley 80 de 1993:

"Artículo 30. de los fines de la contratación estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones."

Puede suceder que en las decisiones de los paneles de amigables componedores se adopten determinaciones que pueden rebasar los términos establecidos en los pliegos de condiciones, el clausulado de los contratos o desconocer alguna de las disposiciones que rigen los contratos estatales.

Esta situación lleva a plantear los siguientes interrogantes:

- ¿Cuál es el alcance de la intervención del Ministerio Público en los trámites de amigable composición?
- ¿Puede el Ministerio Público cuestionar por vía judicial la decisión adoptada en el marco de una amigable composición?
- ¿Si al finalizar el trámite de una amigable composición se presentan profundas discrepancias entre lo decidido por el panel y los presupuestos sobre los cuales se celebró el contrato que pudieran configurar el desconocimiento del orden jurídico o una grave afectación del patrimonio público, cuáles son las alternativas que se tendrían frente a esta situación?

Sobre la primera cuestión planteada es claro que el ordenamiento jurídico le otorga claras facultades al Ministerio Público para intervenir en esta clase de

asuntos, así lo señala de modo perentorio el artículo 49 de la Ley 1563 de 2012 cuando indica que está facultado para actuar en los trámites de amigable composición en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, intervención que estará dirigida a la defensa del orden jurídico, del patrimonio público y los derechos y garantías fundamentales.

Como puede observarse, la norma citada no establece ninguna limitación respecto del momento o etapa que el Ministerio Público puede intervenir.

Por las razones señaladas no resulta acertado pretender, so pretexto del alcance contractual de la decisión que emane de la amigable composición, excluir al Ministerio Público de la intervención en dichos asuntos, pues ello implicaría desconocer las funciones que le han sido asignadas por el ordenamiento jurídico, empezando por la propia Constitución Política.

Respecto de los demás interrogantes, es necesario tener en cuenta que, si la decisión final de la amigable composición produce los efectos jurídicos de un contrato y que además se asimila a la figura de la transacción, la misma sería pasible de demandas judiciales, conforme las previsiones del artículo 2483 del Código Civil que buscarían la declaratoria de nulidad, rescisión. Esta opción de llevar ante la jurisdicción contenciosa o ante los tribunales de arbitramento, corresponde a quienes tomaron parte en dichos procesos o a quienes puedan verse afectados por esas decisiones.

Para el caso del Ministerio Público se presentan dos opciones, la primera de ellas emanada de los artículos 44 y 45 de la Ley 80 de 1993¹⁷¹, resulta obvio

¹⁷¹ Artículos 44 y 45. Ley 80 de 1993. *“Artículo 44. De las causales de nulidad absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando: 1º. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;*

2º. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal;

3º. Se celebren con abuso o desviación de poder;

4º. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y

5º. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley.

Artículo 45. De la nulidad absoluta. *La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del ministerio público, por cualquier persona o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación. En los casos previstos en los numerales 1º, 2º y 4º del artículo anterior, el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el*

que, en virtud de la autorización legal que establece el artículo 46 *ibídem*, puede el Ministerio Público impetrar la acción en busca de la declaratoria de nulidad del correspondiente acto contractual. No cabría duda de dicha posibilidad ante el contenido normativo del artículo 141 del CPACA, toda vez aquella disposición faculta a la Procuraduría General de la Nación demandar la nulidad de los contratos entre las entidades públicas ¹⁷².

En una doble perspectiva, ciertamente la naturaleza transigible del conflicto y la autonomía de la voluntad de las partes deben regirse por la realización de las finalidades de la contratación pública, que no son otras que las de concretar los fines del Estado colombiano artículo 2 de la Constitución Política de Colombia, como lo precisó la Corte Constitucional desde sus primeros pronunciamientos en materia de contratación estatal, para honrar principios como los de la buena fe contractual invocando en el panel arbitral la protección de derechos negóciales y patrimoniales relevantes¹⁷³. Este referente del interés público en el arbitraje, en palabras del Consejo de Estado, destaca: *"autonomía e independencia [que] convierten a la institución en instrumento al servicio del interés público al paso que la tornan en factor generador de balance, equilibrio e igualdad de cargas, cuando quiera que el desconocimiento del ordenamiento*

contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre."

¹⁷²Artículo 141. Ley 1437 de 2011. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA. "Artículo 141. Controversias Contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso.

El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes." (Negrilla fuera de texto).

¹⁷³ "El objeto de los contratos no es otro que la adquisición de bienes y servicios tendientes a lograr los fines del Estado en forma legal, armónica y eficaz. Es por ello que el estudio de la contratación estatal debe inscribirse en los principios axiológicos del Estado social de derecho, que irradian todas las disposiciones contractuales previstas en la Constitución" Corte Constitucional Sentencia C-449 de 1992. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

*jurídico y de los derechos constitucionales fundamentales lo rompan*¹⁷⁴". El respectivo planteamiento tan importante se trae a colación, siendo propio de otro mecanismo alternativo diferente por los fines y objetivos de la contratación estatal y la amigable composición como mandato de una entidad pública en ese contexto legal y con eso móviles.

Otra determinación a esclarecer consiste en determinar lo siguiente: ¿Puede la Procuraduría General de la Nación demandar la nulidad de contratos en los cuales se involucra el patrimonio público y en donde el juez competente es el juez civil?, según lo previamente planteado, en el Código Civil, el legislador otorga aquella facultad al Ministerio Público, dado que, este deberá velar por la moral y la ley al momento de solicitar la declaratoria de nulidad absoluta. Lo anterior, se encuentra en el artículo 1742 del mencionado código¹⁷⁵, en consecuencia, realizando una interpretación sistemática y correlativa, la Procuraduría General de la Nación tiene plena acción de solicitar la nulidad en procedimientos que se surtan ante la jurisdicción ordinaria, más concretamente en materia civil.

Finalmente, tiene el Ministerio Público además la posibilidad de ejercer las funciones contenidas en el numeral 2º. del artículo 46 de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, es decir, puede interponer las acciones constitucionales allí relacionadas, cuando quiera que ellas encajen con el rol que le ha sido asignado en defensa del ordenamiento jurídico, las garantías y derechos fundamentales y el patrimonio público.

¹⁷⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de unificación del 26 de febrero de 2018, expediente 36.853.

¹⁷⁵ Artículo 1742. Código Civil. "Artículo 1742. <Obligación de declarar la nulidad absoluta>. <Artículo subrogado por el artículo 20. de la Ley 50 de 1936. El nuevo texto es el siguiente:> La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria."

QUINTA SECCIÓN. LA MEDIACIÓN

5.1 Referentes normativos y jurisprudenciales

Marco legal
Constitución Política: preámbulo y artículos 1, 2 y 95
Ley 80 de 1993: artículo 68. Nota: parcialmente derogado por la Ley 1563 de 2012.
Decreto 4085 de 2011: objetivos y la estructura de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y la mediación entre entidades públicas. Nota: norma que ha sido modificada por los decretos 915 de 2017, 2269 de 2019 y 1244 de 2021.
Decreto 1069 de 2015: Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho.
Decreto 2137 de 2015: “Por el cual se modifica la denominación del Capítulo 2 del Título 3 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, se crea una sección en el mismo y se adiciona otra”.
Ley 2309 de 2023 “Por medio de la cual se aprueba la <i>Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción internacionales resultantes de la mediación</i> , suscrita en Nueva York, el 20 de diciembre de 2018

Marco jurisprudencial
Corte Constitucional. Sentencia C-1195 del 15 de noviembre de 2001. Expediente D-3519.
Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia 05001- 23-31-000-1998-00038-01. Expediente 27777.

5.2 La mediación como punto de partida para la solución de conflictos

5.2.1. Concepto y aplicabilidad en Colombia

La mediación es un mecanismo alternativo autocompositivo, pionero en el mundo y en Colombia y definitivamente universal a nivel global. Está liderado por las partes en un conflicto con la intervención de un tercero imparcial que facilita, apoya o guía una solución proporcionando los medios, el espacio o la dinámica para alcanzar un acuerdo. Ya en la presentación de la obra la jurista española Marlen Estévez Sanz da un contexto histórico de fortalecimiento de la mediación a nivel mundial y su incidencia en el tráfico de bienes y servicios. Es en el marco de lo anterior que se procede a abordar inicialmente la perspectiva internacional que se ha desarrollado alrededor de la mediación, y su gran

impulso principalmente en el sector empresarial en países de Europa, como España, y, en América Latina.

A partir de esto, se abordará el estado actual en Colombia de este mecanismo y su uso tanto en el sector privado como en el público por medio de casos representativos. En ese contexto para finalizar, desarrollar el concepto de mediación y sus modalidades, observando las líneas generales que ha dado la Corte Constitucional para que Colombia esté a la vanguardia en impulsar un mecanismo de vital importancia a nivel global y local como es la mediación.

En Colombia la mediación es un procedimiento consensual y confidencial mediante el cual las partes involucradas en un conflicto buscan ayuda de un facilitador neutral que interviene para que puedan discutir sus puntos de vista y llegar a una solución conjunta¹⁷⁶. En este país, a similitud de lo que sucede en otros Estados, mediación es una expresión que tiene diversos usos y aplicaciones. El principal alcance que se le da en esta sección es el de un mecanismo precursor a partir del cual las partes de una controversia se aproximan a una solución directa, o por lo menos logran acordar el uso de otro mecanismo alternativo (arbitraje, transacción, amigable, conciliación, panel de expertos).

La mediación se presenta entonces como un instrumento de negociación de las partes con la intervención de un tercero, idóneo, imparcial, confidencial y capacitado para mediar. Este mecanismo busca que las partes involucradas en un conflicto solucionen por sí mismas el conflicto de una manera definitiva o, por lo menos, que la mediación sea el punto de partida para generar confianza y adoptar otro mecanismo que sea el punto final de la controversia. Es así como, por su naturaleza, la mediación se convierte en un mecanismo directo o indirecto y, por ello, es transversal respecto de otros mecanismos.

De acuerdo con la Corte Constitucional, la mediación es el mecanismo de solución de conflictos más informal, expedito y económico, en términos de tiempo y costos, además, que la función de este tercero imparcial principalmente es asistir para que las partes exploren y llegue a una reconciliación de sus diferencias:

¹⁷⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-1195 del 15 de noviembre de 2001. M.P. Dr. Manuel José Cepeda.

“Es también uno de los más populares debido principalmente a que el mediador no decide quién tiene la razón, no dispone de autoridad para imponer una decisión a las partes, tan sólo las asiste para que conjuntamente exploren, reconcilien sus diferencias y encuentren alternativas de solución a su disputa”¹⁷⁷.

La mediación en Colombia tiene fundamentos constitucionales desde la justicia, la convivencia y el ejercicio de los derechos partiendo del respeto hacia los derechos ajenos. Inicialmente existe un llamado que realiza el preámbulo de la Constitución Política de Colombia a la búsqueda del fortalecimiento de la unidad de la Nación, para la convivencia y la justicia como ejes rectores del Estado. Es pertinente resaltar que el preámbulo representa el punto de partida para el desarrollo de la Constitución. De la misma forma, la búsqueda de la justicia como garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, por medio de los acuerdos se materializa en el artículo 2 de la Constitución Política que desarrolla los fines esenciales del Estado colombiano, es decir, los principios y valores bajo los cuales las actuaciones de la nación deben desarrollarse:

“Artículo 2o. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”.

Adicionalmente, el artículo 95 de la Carta magna establece como parte de los deberes de ser colombiano el ejercicio de los derechos siempre respetado los derechos ajenos y sin abusar de los propios:

“Artículo 95. La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. Son deberes de la persona y del ciudadano:

¹⁷⁷ Ibid.

1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios (...)

Es entonces la mediación como un mecanismo ideal en el que se aborda el conflicto desde la colaboración entre las partes para llegar a puntos beneficiosos para todos que permitan rápidamente la superación de la desavenencia y la satisfacción de las peticiones de los involucrados, desde ellos mismos.

En Colombia como se procede a desarrollar, han existido diversos casos en los que la mediación ha sido el mecanismo en virtud del cual se han solucionado sus conflictos. No obstante, existe aún una cultura inclinada al litigio que deberá transformarse en el desarrollo de habilidades blandas que permitan la escucha, la visión colaborativa de las soluciones y la apertura a nuevas soluciones para impulsar este mecanismo que resulta tan provechoso en el sector privado y aún en el público.

5.2.2. Connotaciones y alcances

La figura del mediador puede tener varias connotaciones o alcances que en ocasiones son independientes o en otras son concurrentes: 1. El mediador como un tercero facilitador de dinámicas o alternativas para construir acuerdos; 2. El mediador como un tercero garante para las partes; 3. El mediador como tercero orientador por su perfil de experto (consultor o asesor); 4. El mediador que hace el aporte de dar una opinión objetiva o un concepto que tendrá los efectos acordados; 5. El mediador como un propiciador de condiciones, procedimientos, reglas y/o entornos para los acuerdos; 6. El mediador como un promotor de diálogos y reflexiones en torno al conflicto y la predictibilidad de lo que sucederá si no se alcanza un acuerdo.

A nivel conceptual, al igual que lo señalado en el numeral respectivo a la transacción, los MASC no tipificados pueden ser más eficientes al momento de solucionar una controversia, por cuanto las partes tienen la posibilidad de solucionar el conflicto sin necesidad de acudir a los jueces y el acuerdo al que lleguen tiene plenos efectos jurídicos entre ellos de transacción y cosa juzgada. A continuación, se resumen aspectos conceptuales:

- i) **Negociación:** es un MASC que tiene como resultado la celebración de un acuerdo, lo que implica que la negociación no puede versar sobre asuntos que la ley no determine como transigibles.

- ii) Mediación propiamente dicha: es una figura similar a la conciliación, más informal que ésta y en la que el tercero no propone fórmulas de acuerdo, por ello no tiene una etapa de aprobación por el conciliador o por un tercero (Procurador o Juez en el caso colombiano).
- iii) Evaluación de un tercero: en un contrato, las partes pueden acordar que un tercero neutral dé una opinión o evaluación no vinculante respecto de la manera en que determinada obligación debe cumplirse.
- iv) Mediación con la asistencia de instituciones, autoridades u organismos de control. En esta modalidad se integran el mediador, las partes adelantan su actividad en la presencia de una entidad pública, o incluso de la comunidad y/o la ciudadanía. (la Contraloría General de la República, lo está impulsando a través de un programa llamado Compromiso Colombia)

5.2.3 Origen y naturaleza

Este mecanismo definitivamente se origina en la voluntad de las partes que acuerdan el rol de un colaborador que se ocupará de explorar una solución o por lo menos un medio de respuesta que satisfaga los intereses de quienes se encuentran en el conflicto. Se resalta además de la mediación que puede combinar o mezclar varios de estas alternativas, en todo caso el mediador no decide, son las partes. De ahí que este sea un mecanismo de naturaleza eminentemente autocompositiva, desde el inicio tiene ese carácter y es entonces anticipativo para prever o establecer la solución del conflicto, procura entonces acercamientos que puedan disuadirlo. Se diferencia de los mecanismos heterocompositivos, donde con el fallo o el laudo de una autoridad, existe una parte que “gana” y otra que “pierde” cuando es el tercero (juez, arbitro, componedor) el que dictamina la respuesta final. La mediación por el contrario se vuelve el mecanismo de dos ganadores por excelencia, porque su dinámica es una construcción conjunta y consensuada, en tanto y en cuanto, los interesados asumen posiciones de construcción conjunta en la que la solución es viable para todos los involucrados. El mediador tiene credibilidad y reputación institucional, pero nunca es una autoridad que define quien tiene la razón.

5.2.4 Utilidad

Por todo lo expuesto en este acápite es evidente entonces que este mecanismo resulta de gran utilidad para las controversias que se presentan tanto en el sector privado como en el público. Por un lado, es ideal para el sector privado, el cual bajo una visión empresarial busca la superación de los conflictos de manera rápida y económicamente viable, sin la necesidad de acudir a escenarios de litigio o confrontación directa con su otra parte. Sobre este punto como se desarrollará durante esta sección, la mediación es un mecanismo de gran importancia a nivel internacional que en los últimos años ha contado con el impulso principal en el empresariado en la Unión Europea y países como España, Chile, México y Argentina.

En Colombia la mediación cuenta con todas las herramientas jurídicas e institucionales para adherirse a esa tendencia y ser desarrollada en pro de la efectiva obtención de la justicia y la celeridad en la solución de conflictos. Por el otro lado, en los tiempos actuales el mecanismo representa gran utilidad para el sector público, el cual se encuentra inmerso en la congestión judicial y la desconfianza en mecanismos tradicionales. Además, en este país por el marco constitucional de la Carta de 1991 representa un promotor de importantes principios como los de solidaridad, convivencia, eficacia, economía y prevalencia de lo sustancial.

En el marco de lo anterior se procede a abordar inicialmente la perspectiva internacional que se ha desarrollado alrededor de la mediación, y su gran impulso principalmente en el sector empresarial en países de Europa como España y en América Latina. A partir de esto, se abordará el estado actual en Colombia de este mecanismo y su uso tanto en el sector privado como en el público por medio de casos representativos. En ese contexto, se presentarán las líneas generales que ha dado la Corte Constitucional para que Colombia esté a la vanguardia para impulsar un mecanismo de vital importancia a nivel global y local como es la mediación.

5.3 La mediación como mecanismo de solución insignia a nivel internacional

5.3.1 La Unión Europea

La mediación ha sido un mecanismo que históricamente ha permitido grandes beneficios en la solución de conflictos. Es tal su importancia que la Unión

Europea expidió la Directiva 2008/52 sobre mediación con el objetivo de *“facilitar el acceso a modalidades alternativas de solución de conflictos y fomentar la resolución amistosa de litigios, promoviendo el uso de la mediación y una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial”*¹⁷⁸. Resalta la atención que en el informe sobre la aplicación de la Directiva 2008/52 realizado en el año 2016 se concluyeron los siguientes aspectos¹⁷⁹:

- En la Unión Europea casi todos los Estados miembros han optado por ampliar los requisitos de la Directiva a los asuntos nacionales;
- Varios Estados miembros permiten el uso de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, incluidos asuntos relacionados con el empleo y la familia, sin excluir explícitamente la mediación para los asuntos fiscales, aduaneros o administrativos, o para la responsabilidad del Estado por actos u omisiones en el ejercicio de su autoridad
- Todos los Estados miembros prevén la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales inviten a las partes a recurrir a la mediación y quince Estados miembros han introducido la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales inviten a las partes a sesiones de información sobre la mediación;
- Menos de la mitad de los Estados miembros han introducido en sus legislaciones nacionales la obligación de divulgar información sobre la mediación;
- Dieciocho Estados miembros han introducido mecanismos de control de calidad vinculantes;
- Diecinueve Estados miembros exigen la creación y la observancia de códigos de conducta;
- Diecisiete Estados miembros fomentan la formación o la regulan en su legislación nacional.

Es de esta manera, que desde la Unión Europea se ha buscado incentivar la implementación de la mediación con el fin de disminuir costos en la solución de conflictos y promover la concertación entre las partes como respuesta a sus controversias.

¹⁷⁸ Informe sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (Directiva sobre la mediación)

¹⁷⁹ *Ibidem*

5.3.2 España

Un ejemplo que destaca por su gran impulso a este mecanismo se encuentra en España, país que expidió la Ley 5 del 6 de julio de 2012, ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, por medio de la cual se desarrolla todo el sistema de mediación para la utilización de este mecanismo en las temáticas mencionadas.

Adicionalmente, desde el país ibérico destacados juristas y profesionales han promovido una cultura de mediación basada en el acuerdo entre las partes, ese gran acercamiento en el que los involucrados en los conflictos son quienes dialogan y escuchan por medio de un mediador para llegar a una solución. Un texto académico representativo de esta corriente con grandes referencias de intelectuales y líderes españoles es el libro

“De la cultura del Litigio a la del Acuerdo” dirigido por Marlen Estévez Sanz en el cual uno de los juristas españoles más importantes en la era democrática Miquel Roca Junyent, indica que *“la humanidad se ha construido, desde siempre, en un debate permanente entre el acuerdo y la confrontación, entre el pacto y el enfrentamiento; entre el consenso y la discordia. Y solo el acuerdo, el pacto y el consenso han hecho posible la convivencia y en base a ésta han sido posibles la libertad y el progreso. La cultura del acuerdo es la que da sentido y vida al Derecho, como norma pactada que acompaña la convivencia a lo largo de la Historia”*¹⁸⁰

Toda vez que la tasa de litigiosidad se agrava en España, el acuerdo de voluntades es la norma, para Pascual Sala Sánchez

“la solución, por tanto, descansa o se concreta en la activación de los procedimientos de conciliación, principalmente de la mediación, como presupuesto procesal para la admisión de las demandas y el inicio de los procesos civiles relativos a materias en que las partes tengan facultades de libre disposición, y también, y sobre todo, durante el desarrollo del proceso judicial en todos los órdenes jurisdiccionales, y en los momentos

¹⁸⁰ Miquel Roca Junyent. Cultura del acuerdo y convivencia. En De la cultura del litigio a la cultura del acuerdo. Editorial Francis Lefebvre. Pp.13

de la primera instancia de los recursos y de la ejecución de la sentencia, como se ha visto autoriza la LEC art. 19.3¹⁸¹

En ese sentido Pilar Cuesta de Loño hace un aporte sobre la mediación como instrumento al servicio de la sostenibilidad, y concluye que

“existe una voluntad firme y manifiesta del legislador en disciplinar los métodos alternativos de solución de controversias a la vista de su incidencia beneficiosa y positiva en el mejor funcionamiento de la Administración de Justicia. Las ventajas de estos mecanismos, y entre ellos, de la mediación, proyecta su efecto no sólo sobre el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales sino también, con notable relevancia, sobre la sostenibilidad del Estado de Derecho en sí mismo, ofreciendo vías alternativas para la solución de los conflictos que se suscitan e las relaciones empresariales; vías alternativas al lógico recurso al poder judicial y que ofrecen una solución rápida, confidencial, profesional y satisfactoria.”¹⁸²

5.3.3 América Latina

En esta región se resalta que el primer antecedente de la mediación a nivel es el Tratado de Lima suscrito en Perú desde 1848 que establece mecanismos de arreglo pacífico, para prevenir y resolver las controversias en las nacientes repúblicas confederadas. Es así como su artículo 9 estableció que:

“Las Repúblicas Confederadas, con el fin de que se conserve entre ellas inalterable la paz, adoptando el principio que aconsejan el derecho natural y la civilización del siglo, establecen que cualesquiera cuestiones o diferencias que entre ellas se susciten, se arreglen siempre por vías pacíficas (...).”

En contraste con el enfoque empresarial que tiene la mediación en Europa y específicamente España, en América Latina ha existido un fortalecimiento del mecanismo en países como Chile, México, Argentina y Ecuador. En el caso de Chile este país consagró la mediación con un enfoque más en conflictos de familia y civiles, señalándolo como un mecanismo facultativo en la Ley 19.968

¹⁸¹ Pascual Sala Sánchez. Importancia de la cultura del acuerdo por la lentitud de la justicia. En De la cultura del litigio a la cultura del acuerdo. Editorial Francis Lefebvre Pp. 21.

¹⁸² Pilar Cuesta de Loño. La mediación como instrumento al servicio de la sostenibilidad

de manera facultativa, pero imponiéndosele a los juzgados un rol activo en su promoción a través de dos vías: la designación en cada uno de ellos, de un funcionario encargado de darla a conocer a todos quienes acudan en busca de una solución judicial a conflictos que sean mediables; otro lado, la obligación del juez de promoverla en la audiencia preparatoria al juicio¹⁸³. Se destaca de Chile que en la línea de la Unión Europea han impulsado este mecanismo para conflictos empresariales, de hecho, para el año 2024 los días 11 y 12 de octubre en la ciudad de Santiago se prevé el desarrollo de la Cumbre Mundial de Mediación Empresarial.

En el caso de México, el 26 de enero de 2024 se expidió la Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos y en ella se define la mediación como: un procedimiento voluntario mediante el cual las partes acuerdan resolver una controversia o conflicto en forma parcial o total, de manera pacífica, o prevenir uno futuro, con la asistencia de una persona tercera imparcial denominada persona facilitadora. Se entenderá que existe Con mediación cuando participen dos o más personas facilitadoras.

Desde 1992, en Argentina se ha promovido la mediación dado que el Gobierno Nacional en ese año estableció que el mecanismo era de interés nacional y lo promovió por medio del Decreto 180/92. Posteriormente, el Congreso sancionó la Ley 24.573 por medio de la cual se estableció la obligatoriedad para temas civiles y comerciales¹⁸⁴.

De este modo, se evidencia que la mediación en el derecho internacional resalta por las partes en las que intervienen, en el sentido que el mediador participa en las negociaciones y formula a las partes en controversia sugerencias y propuestas de fondo, tendientes a solucionar la controversia sin que esta misma sea obligatoria.

¹⁸³ Ley No. 19.968 Congreso de Chile. En Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. 2005

¹⁸⁴ Asociación Argentina de Mediación Interdisciplinaria. Mediación en Argentina. Tomado de: https://aami.org.ar/mediacion_en_argentina/

5.3.4 La Convención de Singapur de 2018 aprobada por Colombia (Ley 2309 de 2023) de las Naciones Unidas sobre los acuerdos de transacción resultantes de la mediación

A continuación, se encuentra el análisis de contenido y efectos realizado a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación -desde ahora Convención de Singapur-, el cual fue aprobado por el Congreso de la República a través de la Ley 2309 del 2 de agosto de 2023, “por medio de la cual se aprueba la «Convención de las Naciones Unidas sobre los acuerdos de transacción internacionales resultantes de la mediación», suscrita en Nueva York, el 20 de diciembre de 2018”. En el mismo se podrán identificar aspectos generales y particulares que se abordan en los acuerdos de transacción internacionales resultantes de la mediación que las partes hayan celebrado por escrito con el fin de resolver una controversia comercial.

Para ello se llevará a cabo el estudio de los siguientes puntos: primero, introducción; segundo, la estructura y contenido de la convención; tercero, análisis de los aspectos más relevantes en la materia; y, cuarto, conclusiones.

5.3.4.1 Introducción

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación, aprobada el 20 de diciembre de 2018 y conocida también como la ‘Convención de Singapur sobre la Mediación’, funge como instrumento aplicado a “los acuerdos de transacción internacionales resultantes de la mediación”¹⁸⁵.

Aunado a lo anterior, la convención establece un marco jurídico armonizado para el derecho a invocar acuerdos de transacción resultado de las relaciones comerciales internacionales. Esto debido a que la mediación como MASC se caracteriza por:

- Una naturaleza flexible, con pocas formalidades a las que se encuentra sometido.

¹⁸⁵ Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación (Nueva York, 2018) (la “Convención de Singapur sobre la Mediación”) | Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (s. f.). https://uncitral.un.org/es/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements

- Una amplia gama de controversias, que con este mecanismo pueden solucionarse o evitarse.

Todo lo anterior la convierte en un mecanismo eficaz, el cual, además de reducir los costos cuando se presentan eventuales controversias comerciales, facilita y conserva las relaciones comerciales internacionales.

La Convención fue aprobada mediante la Resolución 73/198 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, AGNU, del 20 diciembre de 1988, y tiene como principal objetivo facilitar el comercio internacional a través de la regulación del reconocimiento y la ejecución de acuerdos internacionales de transacción que sean el resultado de la mediación como método para solucionar conflictos; es decir, problemas o controversias comerciales.

De este modo, la Convención de Singapur estableció un marco jurídico para hacer valer y ejecutar los acuerdos internacionales de transacción, así como la Convención de Nueva York de 1958¹⁸⁶.

5.3.4.2 Estructura y contenido

La Convención de Singapur está compuesta por 16 artículos, de la siguiente manera:

Artículo 1. Ámbito de aplicación	Será aplicable a todo acuerdo resultante de la mediación que haya sido celebrado por escrito por las partes con el fin de resolver una controversia comercial que sea internacional debido a que: <ul style="list-style-type: none"> - Al menos dos de las partes en el acuerdo de transacción tienen sus establecimientos en Estados diferentes; o - El Estado en que las partes en el acuerdo de transacción tienen sus establecimientos no es: i) El Estado en que se cumple una parte sustancial de las obligaciones derivadas del acuerdo de transacción; o ii) El Estado que está más estrechamente vinculado al objeto del acuerdo de transacción.
Artículo 2. Definiciones	Define una línea para la aplicación de los artículos que contiene la convención.
Artículo 3. Principios generales	Se plasman los elementos fundamentales que rige el derecho moderno, como lo son los principios fundamentales de la no discriminación, la neutralidad respecto de los medios técnicos y la equivalencia funcional, entre otros.

¹⁸⁶ *Ibidem*

Artículo 4. Requisitos para hacer valer un acuerdo de transacción	Deber de presentar a la autoridad competente de la Parte en la Convención en que se soliciten medidas: a) El acuerdo de transacción firmado por las partes; b) Pruebas de que se llegó al acuerdo de transacción como resultado de la mediación, por ejemplo: i) La firma del mediador en el acuerdo de transacción.
Artículo 5. Motivos para denegar el otorgamiento de medidas	Podrá negarse a otorgar las medidas que se solicitan, solo si esa parte suministra a la autoridad competente prueba de que: a) Una de las partes en el acuerdo de transacción tenía algún tipo de incapacidad; b) El acuerdo de transacción que se pretende hacer valer: i) Es nulo, ineficaz o no puede cumplirse con arreglo a la ley a la que las partes lo hayan sometido válidamente o, si esta no se indicara en él, a la ley que considere aplicable la autoridad competente de la Parte en la Convención en que se soliciten medidas de conformidad.
Artículo 6. Solicitudes o reclamaciones paralelas	Si se presenta ante un órgano judicial, un tribunal arbitral o cualquier otra autoridad competente una solicitud o reclamación relativa a un acuerdo de transacción que pueda afectar a las medidas solicitadas de conformidad con el artículo 4, la autoridad competente de la Parte en la Convención en que se soliciten esas medidas podrá, si lo considera procedente, aplazar la decisión y también podrá, a instancia de una de las partes, ordenar a la otra que otorgue garantías apropiadas.
Artículo 7. Otras leyes o tratados	La presente Convención no privará a ninguna parte interesada del derecho que pudiera tener a acogerse a un acuerdo de transacción en la forma y en la medida permitidas por la ley o los tratados de la Parte en la Convención en que se pretenda hacer valer dicho acuerdo.
Artículo 8. Reservas	Toda Parte en la Convención podrá declarar que: a) No aplicará la presente Convención a los acuerdos de transacción en los que sea parte, o en los que sea parte cualquier organismo del Estado, o cualquier persona que actúe en nombre de un organismo del Estado, en la medida que se establezca en la declaración; b) Aplicará la presente Convención solo en la medida en que las partes en el acuerdo de transacción hayan consentido en que se aplique. 2. No se podrán hacer más reservas que las expresamente autorizadas por el presente artículo.
Artículo 9. Efectos respecto de los acuerdos de transacción	La presente Convención y toda reserva o retiro de una reserva serán aplicables únicamente a los acuerdos de transacción celebrados después de la fecha en que la Convención, la reserva o el retiro de la reserva hayan entrado en vigor para la Parte en la Convención de que se trate.
Artículo 10. Depositario	El Secretario General de las Naciones Unidas queda designado depositario de la presente Convención.
Artículo 11. Firma, ratificación,	La presente Convención se abrirá a la firma de todos los Estados en Singapur el 7 de agosto de 2019 y después de esa fecha en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York. 2. La presente Convención

aceptación, aprobación, adhesión	estará sujeta a ratificación, aceptación o aprobación por los signatarios. 3. La presente Convención estará abierta a la adhesión de todos los Estados que no sean signatarios a partir de la fecha en que quede abierta a la firma. 4. Los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión se depositarán en poder del depositario.
Artículo 12. Participación de organizaciones regionales de integración económica	Toda organización regional de integración económica que esté constituida por Estados soberanos y que tenga competencia sobre algunos asuntos que se rijan por la presente Convención podrá igualmente firmar, ratificar, aceptar o aprobar esta Convención o adherirse a ella.
Artículo 13. Ordenamientos jurídicos no unificados	Toda Parte en la Convención que esté integrada por dos o más unidades territoriales en las que sea aplicable un régimen jurídico distinto en relación con las materias objeto de la presente Convención podrá, en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, declarar que la presente Convención será aplicable a todas sus unidades territoriales o solo a una o más de ellas, y podrá en cualquier momento modificar su declaración original sustituyéndola por otra.
Artículo 14. Entrada en vigor	Entrará en vigor seis meses después de que se deposite el tercer instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión. 2. Cuando un Estado ratifique, acepte o apruebe la presente Convención o se adhiera a ella después de que se haya depositado el tercer instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, la presente Convención entrará en vigor respecto de ese Estado seis meses después de que haya depositado su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión. La Convención entrará en vigor para las unidades territoriales.
Artículo 15. Modificación	Toda Parte en la Convención podrá proponer una modificación de la presente Convención remitiéndola al Secretario General de las Naciones Unidas. El Secretario General procederá a comunicar la modificación propuesta a las Partes en la Convención con la solicitud de que indiquen si están a favor de que se convoque una conferencia de las Partes en la Convención con el fin de examinar la propuesta y someterla a votación.
Artículo 16. Denuncia	Toda Parte en la Convención podrá denunciar la presente Convención mediante notificación formal por escrito dirigida al depositario.

5.3.4.3 Análisis de los aspectos más relevantes

En concordancia con el artículo 1 de la convención, se consagraron los criterios mediante los cuales se entiende que el acuerdo de transacción es internacional. Al respecto, la norma dice que el acuerdo de transacción es internacional cuando se presentan los siguientes escenarios: “i) dos de las partes en el

acuerdo tienen sus establecimientos en Estados diferentes; **ii)** o cuando el Estado en que las partes del acuerdo tienen su establecimiento no corresponde al Estado en que se cumple una parte sustancial de las obligaciones derivadas del acuerdo, o no corresponde al Estado que está vinculado estrechamente al objeto del mismo”.

Siguiendo con esta línea, es importante mencionar que la Convención define la mediación como: “Un procedimiento mediante el cual las partes traten de llegar a un arreglo amistoso de su controversia con la asistencia de uno o más terceros (el mediador) que carezcan de autoridad para imponerles una solución”. Así mismo, frente a la formalidad del escrito del acuerdo de transacción, establece que “se entenderá que un acuerdo de transacción se ha celebrado (por escrito) si ha quedado constancia de su contenido de alguna forma”.

Sobre los requisitos para hacer valer el acuerdo, según el artículo 4 de la Convención, la parte interesada en tomar alguna medida deberá acreditar el acuerdo firmado por las partes y las pruebas de que este es el resultado de la mediación, ya sea mediante la firma del mediador, una certificación del centro de mediación donde se celebró, o cualquier otra prueba que la autoridad competente considere aceptable.

Con todo lo anterior, es preciso tener en cuenta que la Convención no aplica a acuerdos de transacción en los que una de las partes del conflicto sea un consumidor y participe con fines personales, familiares o domésticos, o a aquellas controversias relacionadas con el derecho de familia, de sucesiones o laboral.

5.3.4.4 Conclusiones

A nivel internacional existen varios instrumentos que regulan la mediación, los cuales han fomentado la búsqueda de soluciones armonizadas que faciliten la utilización de este mecanismo y, al mismo tiempo, garanticen la salvaguarda de ciertos aspectos de derecho internacional.

Resalta el papel que ha jugado la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) en promover la armonización y

unificación progresiva de este mecanismo de solución de conflictos comerciales de índole internacional¹⁸⁷.

Con la Convención de Singapur se modificó la legislación anterior en materia de conciliación comercial internacional implementando grandes cambios, de los cuales resalta la adopción del término mediación, sustituyendo el de conciliación, dado que la Ley Modelo de Conciliación de 2002 no distinguía entre dichos términos. También resalta que la Convención de Singapur incorporó los principios de la Convención de Singapur de 2018. Es relevante afirmar que los acuerdos internacionales de transacción derivan de un proceso de mediación que tiene su fundamento en la autonomía de las partes.

En este sentido se destaca lo ya expuesto en la presentación de este libro por la jurista Marlen Estévez Sanz sobre los efectos de transacción, es decir vinculantes y de cosa juzgada, si ello es la voluntad de las partes.

5.3.5 La Mediación en Colombia sus fundamentos y los retos para su desarrollo empresarial

5.3.5.1 La Mediación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado para resolver conflictos entre entidades del orden nacional

En el sector público, la mediación a cargo de la ANDJE se concibe como una alternativa ágil, económica y eficiente para buscar la solución de conflictos que se puedan presentar entre entidades públicas del orden nacional. La Dirección de Defensa Jurídica Nacional es la dependencia encargada de ejercer la mediación conforme los artículos 6 y 17 del Decreto Ley 4085 de 2011, reglamentada en el Decreto 2137 de 2015 incorporado en el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho con el Decreto 1069 de 2015.

La mediación es un proceso voluntario que se lleva a cabo con carácter confidencial. El mediador designado por la agencia presta ayuda a las entidades oficiales enfrentadas entre sí, para llegar a un acuerdo negociado y evitar eventuales controversias o para poner fin a los conflictos que surtan en etapa judicial o extrajudicial.

¹⁸⁷ Cumplimiento y ejecución de los acuerdos de transacción derivados de la mediación internacional a través de los contratos inteligentes. (2021). Revista Chilena de Derecho y Tecnología, I, ISSN 0719-2584. https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0719-25842021000100179&script=sci_arttext&tlng=es

Su resultado o acuerdo puede consistir en cualquier acto o negocio jurídico que posibilite la solución de la controversia, por ejemplo: una transacción, un desistimiento, un convenio o la revocatoria de un acto administrativo, entre otros. Las entidades públicas¹⁸⁸ del orden nacional pueden acceder al servicio de mediación elevando una petición al director de Defensa Jurídica Nacional donde se describa la problemática que se pretende solucionar, los datos del proceso -si a ello hubiere lugar-, las entidades involucradas y los anexos que se consideren pertinentes para caracterizar el caso.

232

5.3.5.2 La mediación en Compromiso Colombia Contraloría General de la República

La Contraloría General de la República cuenta con el programa “Compromiso Colombia” el cual es una estrategia en la que la entidad incentiva el dialogo de los diferentes proyectos paralizados, es decir, que no se están ejecutando y teniendo a la ciudadanía como un actor principal¹⁸⁹

El trabajo realizado por la Delegada de Participación Ciudadana consiste principalmente en:

1. Convocar a los actores contractuales tales como el ordenador del gasto, el supervisor, el interventor, proveedor, constructor, consultor, otros actores de entidades públicas como jefes de las oficinas jurídicas o secretaría de hacienda, entre otros.
2. Articular: Al interior de la Contraloría o las Contralorías. La Contraloría General de la República cuenta con una función prevalente, por lo que si se encuentra una obra o contrato bajo Compromiso Colombia se genera la comunicación a otras entidades para que no existan actuaciones contradictorias

¹⁸⁸ Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. Radicado: 00290-00 (2494). “Referencia: Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Interés litigioso de la Nación. Mediación en controversias jurídicas entre entidades del orden nacional y territorial, y entre entidades territoriales. Alcance de la función prevista en el numeral 7, artículo 112 del CPACA, en relación con entidades del orden territorial”.

¹⁸⁹ Revista Economía Colombiana. Compromiso Colombia, una estrategia para destrabar proyectos de difícil ejecución. Tomado de: <https://www.economiacolombiana.co/actualidad-contraloria/compromiso-colombia-una-estrategia-para-destrabar-proyectos-de-dificil-ejecucion-539>

3. Acompañamiento: Se promueven las mesas de diálogo que son inicialmente de diálogo o exploratorias, lideradas por la Delegada de Participación Ciudadana, quien tiene facultades otorgadas por el Decreto ley 403 de 2020. Adicionalmente, por instrucciones del Despacho del Contralor General de la República.

Así es como, en esencia Compromiso Colombia es un espacio de mediación y de búsqueda de soluciones o acuerdos.

5.3.5.3 Casos colombianos

5.3.5.3.1 El acuerdo de Hidroituango con una mediación en el marco de una conciliación

Una de las controversias más álgidas en Colombia giró en torno al diseño, construcción y puesta en funcionamiento de una planta hidroeléctrica denominada ‘Hidroituango’ en el departamento de Antioquía. El ambicioso proyecto, que tuvo sus orígenes en el año 2010, consistió en la construcción de una de las centrales de generación de energía más grandes de Suramérica. Para el efecto se tejió un complejo entramado contractual, encabezado por Empresas Públicas de Medellín (EPM) —una empresa industrial y comercial del Estado— y distintas empresas de ingeniería especializadas en diseño, construcción e interventoría, así como con diversas empresas aseguradoras. Todo lo anterior con el fin de que, mediante contratos articulados, cada empresa se encargara de la ejecución de las tareas que una obra de semejante envergadura requiere en materia de diseño y construcción.

Inicialmente, se previó que la obra sería culminada para el año 2018. Ello requería, por supuesto, de una importante coordinación entre los distintos intervinientes en el proyecto, particularmente en cuanto a la elaboración y aprobación de los diseños, y la ejecución de las obras de construcción. Durante la ejecución del proyecto, los diseños aprobados inicialmente para su ejecución fueron modificados ya que, mientras que en un principio se previó que hubiese dos túneles de desviación para virar el cauce del Río Cauca y construir la represa, se tomó la decisión de construir un tercer túnel adicional, denominado galería auxiliar de desviación. Según se ha indicado en medios de comunicación, esto obedeció a retrasos en la planificación originalmente prevista para la desviación del Río Cauca por razones de distinto orden.

Puestas en marcha las actividades de desviación del Río Cauca, hacia el año 2018 ocurrió que la estructura de la galería auxiliar de desviación se taponó, al parecer, debido a desprendimientos parciales de materiales. El hecho produjo el embalsamiento aguas arriba de la estructura y su posterior colapso, se generó una súbita creciente del torrente acuífero aguas abajo que produjo múltiples perjuicios a los habitantes de las inmediaciones del Río Cauca. Naturalmente, lo ocurrido generó una contingencia mayúscula que puso en entredicho la ejecución del proyecto.

234

Las razones de la contingencia y las responsabilidades derivadas aún se debaten en distintos estrados judiciales. Unos aducen que lo ocurrido obedeció a defectos en los diseños de la galería auxiliar de desviación. Otros señalan que las falencias estuvieron en la construcción de la estructura. También hay quienes señalan que el colapso se produjo por razones de orden fortuito e irresistible para quienes intervinieron en la ejecución del proyecto. Lo cierto es que se trata de una discusión técnica de elevada complejidad, respecto de la cual no nos es posible emitir opiniones, comoquiera que las discusiones jurídicas sobre el particular están en desarrollo y a la orden del día.

En todo caso, lo cierto es que el caso de Hidroitungo constituye un hito en materia de conciliación en Colombia. La Procuraduría General de la Nación actuó como gran mediador y a través de su delegatura para la Conciliación Administrativa, convocó a la participación de mesas de trabajo preliminares con el fin de buscar una solución alineada con la garantía de continuidad en la prestación de los servicios a cargo del Estado. En particular, destacamos la expedición de la denominada “Solución de conflictos contractuales. Efectividad de la conciliación y los mecanismos alternativos de solución de conflictos en tiempos de la pandemia por el COVID-19”, que contiene lineamientos para promover los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos y contribuir a la continuidad de los servicios del Estado relacionados con la contratación pública (Iván Darío Gómez Lee y Fernando Carrillo Flórez). Algunos de los criterios orientadores impartidos por la Procuraduría General de la Nación se resumen en:

a) Es imperioso diferenciar el momento de las conversaciones preliminares y otros escenarios de posibles acuerdos. En las primeras, si las partes a bien lo tienen, pueden adoptar como regla que los análisis o posibles posiciones

respecto de la controversia no puedan ser utilizadas como argumentos de la otra parte en sede judicial o arbitral.

b) Es viable establecer acuerdos de carácter general o memorandos de entendimiento (MOU), que pueden tener o no un efecto vinculante según estimen conveniente las partes, y que pueden limitarse a propósitos comunes en medio de la controversia.

c) Es recomendable establecer un marco común de puntos de coincidencia en cuanto a objetivos conjuntos, de los cuales sea posible alcanzar acuerdos preliminares.

d) Comoquiera que la audiencia de conciliación es un espacio diferente a la mediación, los avances de los acuerdos específicos deben concretarse en dicha audiencia. Así, si fracasare la conciliación, las partes pueden seguir contando con un espacio de diálogo y acercamiento.

e) Naturalmente, las discusiones ventiladas en las mesas de trabajo pueden tener un amplio despliegue mediático. Por tal motivo, es recomendable que, en el evento de que las partes informen en medios lo que ocurre, lo hagan de forma responsable y con respeto a los demás participantes. Se produjeron comunicados únicos desde la Procuraduría.

f) Para ilustrar a quienes participan en la discusión y con el ánimo de enriquecer las sesiones de trabajo, se recomienda que los intervinientes elaboren documentos guía en los que resuman su mirada del conflicto, sus análisis y su comprensión. Tales documentos pueden enviarse a las sesiones con antelación.

g) La participación en mesas de trabajo es voluntaria y en ellas predomina el principio de la autonomía de la voluntad privada para la suscripción de acuerdos, siempre y cuando ellos recaigan sobre asuntos transigibles.

En conclusión, la mediación fue un éxito indiscutible, los contratos fueron renovados y se evitó la catástrofe del colapso gracias a la aplicación de estas reglas de mediación gestionadas con criterios de cooperación, también se reestableció la confianza y el entendimiento. Aunque no hubo un acuerdo conciliatorio integral en relación con la contingencia ocurrida en el proyecto de Hidroituango, lo cierto es que sí se adelantaron múltiples mesas de mediación,

auspiciadas por la Procuraduría General de la Nación, entre las partes involucradas en la controversia, lo que contribuyó a que el proyecto pudiese continuar su ejecución y culminar la primera etapa de generación de energía en la represa. A la fecha de presentación de esta publicación, los involucrados en la ejecución de la obra reportan un avance superior al noventa por ciento (90%). Se dieron unas reglas previas y con fundamento en ello se promovió en la Secretaría Jurídica de la Presidencia que si bien no se suscribió formalmente fue la base para la suscripción de los acuerdos finales.

236

5.3.5.3.2 El caso de acuerdos en la pandemia

Frente a los impactos de la emergencia sanitaria causada por el Covid-19 en el marco de los contratos de concesión y de asociación público-privada que desarrollan proyectos de infraestructura en el país, los mecanismos directos de solución de controversias constituyeron una herramienta de especial importancia para mitigar las consecuencias de las posibles controversias que se puedan presentar debido a los efectos de la declaración de emergencia social, económica y sanitaria.

Por esta razón se desarrollaron las mesas de negociación entre la Agencia Nacional de Infraestructura y 36 concesionarios del orden nacional, de los cuales 31 son en modo carretero o terrestre y cinco en modo aeroportuario, con el acompañamiento de la ANDJE, la CGR, la PGN y la Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República, con la mediación de la Cámara Colombiana de Infraestructura.

De estos acuerdos que se han dado en diferentes sectores de la economía, destacando entre ellos el sector infraestructura, minero energético y transporte, se logró un número importante por más de 2.5 billones de pesos. El otrosí firmado por los concesionarios del SITP en Bogotá disminuyó el contingente judicial en tribunales de arbitramento por 656 mil millones de pesos y acuerdos conciliatorios en tribunales de la Agencia Nacional de Infraestructura ANI por más de 400 mil millones de pesos.

Monto de acuerdos en marco de tribunales arbitrales	
Sector	Valor
SITP - Concesionarios	656 Mil millones
ANI	400 Mil millones
Todos los sectores	2.5 Billones

Según la Corte, los jueces no deberían amparar súplicas cuya fuente sea la mala fe, el dolo, la culpa o a quien alegue su propia falta, puesto que ello es contrario no solo a la línea pacífica y constante de Alto Tribunal (sentencias T-122/17 y T-213/08) sino al orden jurídico y al principio que prohíbe abusar de los propios derechos.

Para la Corte, “(...) el conocimiento de las partes sobre la ilicitud del contrato anulado es un criterio relevante a tener en cuenta para la evaluación de los posibles reconocimientos de restituciones a que haya lugar” (sentencia T-213/08).

En el marco de lo expuesto, se descarta entonces la protección del ordenamiento jurídico frente a conductas que desconocen el principio de buena fe. El reconocimiento se otorga cuando las partes actúan con lealtad, conductas que sean fuentes de confianza. Adquieren relevancia los principios “*venire contra factum proprium*” y “el fraude todo lo corrompe”. Este último aplicado por la Corte Constitucional¹⁹⁰.

La pandemia por el Covid-19 generalizó controversias en tipologías que muchas veces van a ser comunes y, allí, llegaron nuevos aportes y perspectivas que son indispensables para alcanzar una medida proporcionada de justicia. La capacidad institucional y académica de Colombia es muy alta, por lo tanto, se ofrecieron respuestas a la magnitud de los graves impactos del Covid-19 en la contratación. Se logró promover el diálogo entre las partes para encontrar salidas negociadas, centrado en la negociación por principios y no por reglas; en lo que se ha denominado el nuevo derecho debido a la pandemia.

¹⁹⁰ Corte Constitucional, Sentencia de tutela T-218 de 20 de marzo de 2012. Exp. T-2.620.501

Al sector público y al sector privado les corresponde colaborar, ser solidarios y olvidarse que el Estado es como el rey midas que todo lo puede convertir en oro. Llegó la hora también de preparar a los actores de la contratación, y a su vez llegaron controversias arbitrales y contenciosas en las cuales las líneas jurisprudenciales y la última tendencia de los laudos en esta materia, de proveer justicia según las situaciones de cada caso particular, son escenarios que tendrán que ser revisados. Lo anterior, desde el arreglo directo, la mediación e incluso la conciliación, por lo que se hizo necesario brindar las bases jurídicas sólidas a eventuales controversias.

En ese momento, y a partir de lo expuesto, fueron examinados los siguientes interrogantes: ¿si la pandemia generada por el Covid-19 es una situación de fuerza mayor, cabría entonces la teoría de la imprevisión y las compensaciones para continuar con el contrato en el marco del principio de solidaridad y del interés general? O en forma aún es más precisa, ¿se excluye la aplicación de la teoría de la imprevisión? Y si ello es así, ¿qué otros mecanismos pueden plantearse para restablecer el equilibrio? En el marco de lo expuesto de manera sintética se hizo la construcción de esas soluciones jurídicamente razonadas.

En 2005 un laudo arbitral sostiene “(...) la tesis de que, en frente de un riesgo contractual no previsto y, por ende, no distribuido “ab initio” en el contrato, éste debe ser afrontado por igual entre la entidad contratante y el contratista (...)”¹⁹¹. Las preguntas frente a esta postura son: ¿qué sucede cuando el contratista está en imposibilidad económica de sufrir los hechos no previstos? En aplicación del principio de solidaridad y para que se dé la continuidad en la prestación del servicio público sin que el contratista abuse del derecho¹⁹², ¿puede el Estado contribuir a sobrellevar esa carga? ¿Qué otros instrumentos pueden aplicar las partes ante las vicisitudes contractuales dada las reglas establecidas sobre modificación de los contratos por la Corte Constitucional (C-300 de 2012)? ¿Valdría la pena pensar en una etapa de negociación directa ante situaciones propias de la imprevisión de tal forma que el juez tenga una opción distinta a la declaratoria de terminación del contrato? A estas preguntas las respuestas surgirán en las mesas de arreglo directo, en las eventuales

¹⁹¹ *Ibíd.* P. 23.

¹⁹² La expresión abuso del derecho se utiliza en este interrogante en el sentido de evitar la búsqueda de beneficios indebidos. De ahí la importancia de la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional que se trae a colación para evitar situaciones de este tipo.

conciliaciones y en otros MASC, o en las controversias arbitrales o jurisdiccionales¹⁹³.

5.3.5.3.3 El caso de los SITP

La actuación de la PGN fue de gran importancia en la disminución de la litigiosidad arbitral que se estaba presentando con los sistemas integrados de transporte público, para ello se suscribió un acta de entendimiento producto de las mesas de trabajo, en ella se recogieron los acuerdos y entendimiento consecuencia de proceso, Bogotá y Cali son grandes ejemplos de esto.

En Bogotá, después de siete meses de realizar mesas de trabajo con los diferentes concesionarios operadores del Sistema Integrado de Transporte Público (SITP), los cuales en su mayoría tenían abiertas disputas arbitrales en contra de Transmilenio, se logró la firma del otrosí que modifica los contratos de concesión entre el Distrito y los operadores, en el cual se garantizó la continuidad en la prestación del servicio a la ciudadanía y se subsanaron los puntos que eran tema de litigio como la chatarrización, el límite a la imposición de multas y el recálculo de los pagos por kilómetro recorrido o pasajero transportado, dejando como resultado que se logre la sostenibilidad del sistema.

Otra consecuencia fue la disminución cierta del contingente judicial como producto del otrosí firmado, ya que en las demandas existentes se disminuyeron las pretensiones por 656 mil millones de pesos de la siguiente forma: Consorcio Express pasó de 660 mil millones a 33 mil millones y la demanda de Etib pasó de 44 mil millones a 15 mil millones.

En el caso del sistema integrado de transporte en la ciudad de Cali, gracias a la intervención de la PGN se llegó a la conciliación en medio de un tribunal arbitral con las concesionarias Blanco y Negro Masivo y Empresa de Transporte Masivo ETM, en las cuales se evitó un pago por valor de 367 mil millones de pesos y los contratos se reestructuraron técnica, legal y financieramente. Esto permitió la normal continuidad del sistema de transporte en la ciudad de Cali, así como la adquisición de nueva flota de buses. De igual forma para Bogotá.

¹⁹³ Gómez Lee, Iván Darío. Contratación Segura. Cuarta ed. Bogotá: Instituto de estudios del Ministerio Público, 2020. Pp. 676 y 677. Blog: www.ivandariogomezlee.com

5.3.5.3.4 El concepto para una amigable composición ente el IDU y la Zona Rosa – Bogotá, D.C.

En el marco de la readecuación de la Zona Rosa de Bogotá, el Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) celebró un contrato con un consorcio contratista, incluyendo una cláusula de amigable composición para dirimir disputas surgidas durante la ejecución del acuerdo. Al finalizar la etapa de liquidación, surgieron diferencias significativas entre las partes respecto a costos imprevistos reclamados por el consorcio contratista. En respuesta, ambas partes acudieron a un tribunal de amigable composición, el cual determinó que el IDU debía reconocer las sumas reclamadas por el contratista.

Sin embargo, la Procuraduría formuló reparos al procedimiento de amigable composición, argumentando principalmente que el tribunal carecía de competencia para tomar decisiones en la fase de liquidación, y que no existía acuerdo sobre la duración de la competencia de los amigables componedores. Tras la emisión de la decisión, la Procuraduría solicitó al tribunal una adición para que se pronunciara sobre sus reparos. No obstante, el tribunal rechazó la solicitud de manera categórica, argumentando que las partes no habían contemplado una fase de aclaraciones a la decisión inicial.

Ante esta situación, aunque los conceptos de la Procuraduría no tienen carácter vinculante, el IDU evaluó la posibilidad de celebrar un acuerdo de transacción conforme a lo decidido por el tribunal de amigable composición, con el objetivo de asegurar jurídicamente la solución determinada ante los reparos planteados por la Procuraduría.

5.3.5.3.5 La mediación para la suscripción de un acuerdo de transacción y la modificación del plan parcial El Pedregal

El plan parcial de renovación urbana de El Pedregal, ubicado en la localidad de Usaquén, fue adoptado mediante el Decreto Distrital 188 del 14 de mayo de 2014, aclarado y corregido por el Decreto Distrital 587 del 19 de diciembre de 2014. El área objeto de este plan parcial se encuentra en la esquina noroccidental de la intersección de las Avenidas Calle 100 y Carrera Séptima. Comprende siete manzanas (01, 02, 03, 04, 05, 06 y 08) del sector catastral Escuela de Infantería (008410), del barrio El Pedregal. Esta iniciativa se dio en una de las áreas con mayores potenciales para el desarrollo de proyectos urbanos con énfasis en la prestación de servicios empresariales y turísticos,

pudiendo generar una nueva dinámica urbanística y de desarrollo integral en el sector.

El plan propuso un reordenamiento mediante la construcción de un centro empresarial y comercial acompañado del mejoramiento de las vías locales, aumento del espacio público, mejoramiento de las vías arterias y sus interconexiones, y la dotación de los equipamientos de transporte, infraestructuras y acciones necesarias para su óptimo funcionamiento.

241

Se venían presentando situaciones que daban lugar a una actualización y modificación del plan parcial. Conforme a ello, se realizó un trabajo articulado y coordinado con las entidades del Distrito por solicitud del promotor para lograr así la firma de un acuerdo transaccional que permitió avanzar en el proyecto y firmar un Convenio fase II con el IDU. El promotor del plan parcial manifestó su voluntad de firmar este acuerdo con el Distrito como un medio de solución de una controversia en donde se beneficiaron de manera conjunta él y la ciudad.

Finalmente cabe indicar que el proyecto se encuentra en una fase de desarrollo, dentro de la cual se puede acudir al uso de otros mecanismos alternativos de solución de conflicto.

5.3.5.3.6 El caso Leonisa un referente empresarial de solución de conflictos para Colombia

Leonisa es una de las empresas más representativas de la industria colombiana, si bien su enfoque principal es la moda en la ropa interior se ha diversificado a diversos productos en este sector. Los hermanos Julio y Joaquín Urrea iniciaron la empresa en la ciudad de Armenia vendiendo mercancía puerta a puerta, posteriormente abrieron almacenes y se trasladaron a la ciudad de Medellín desde donde continuaron con la ampliación de esta prospera compañía, fue el 20 de noviembre de 1956 que nació a la vida jurídica con la sociedad comercial colectiva Jiménez Aristizábal & Cía.¹⁹⁴

Para el año 2004 Leonisa se consolidaba como una empresa bandera de Colombia y característica de la cultura del país. Adicionalmente, para ese

¹⁹⁴ Raúl Sanabria Tirado. 2005. Caso Confecciones Leonisa S.A. Facultad de Administración. Universidad de los Andes.

momento existían dos partes propietarias cada uno del 50% de la sociedad, por un lado, las tres hijas de Don Julio Urrea y por el otro, 11 hijos de Don Joaquín Urrea, cada familia con representantes en la nómina de la empresa¹⁹⁵. Las dos facciones de la familia empezaron a sostener problemas principalmente por desacuerdos en la repartición de los dividendos y los pulsos de poder sobre la empresa y los destinos de la misma.

242

La crisis empresarial se agravó cuando se convocó por parte de las 3 hermanas una asamblea general de accionistas para discutir sobre la repartición de dividendos y el protocolo familiar para trabajar en la compañía, pero la otra parte de la familia que constituía el 50% de las acciones no asistió por lo que no se constituyó el quórum requerido.

Ahora, el Código de Comercio establece la posibilidad de convocar una asamblea de propio derecho en la cual basta con que exista un número plural de accionistas para la toma de decisiones, es decir, el quórum no es el ordinario¹⁹⁶. En el marco de esta habilitación se citó otra asamblea para el 5 de mayo de 2004 en el Hotel Belford a las 9 de la mañana. Según como se desarrolló en la noticias de aquella época las tres hijas de don Julio Urrea llegaron 15 minutos más tarde, y con la asesoría del abogado Néstor Humberto Martínez, los 11 hermanos decidieron en asamblea lo siguiente: (i) elegir una junta directiva sin representación de la otra rama de la familia, (ii) la repartición de todas las utilidades incluyendo las acumuladas, (iii) se reformaron los estatutos prohibiendo la futura escisión de las sociedades accionistas que pudieran alterar la actual composición accionaria. Lo que permitió que los hijos de Don Joaquín aumentaran su participación accionaria en la asamblea, y con la prohibición de permitir futuras escisiones que pudieran beneficiar a las tres hijas de Don Julio, en la práctica lo que se estaba haciendo era congelar una mayoría en la asamblea para uno de los bandos¹⁹⁷

Ante esta situación, se desarrollaron todo tipo de disputas jurídicas principalmente societarias. Pero para las dos facciones de la familia Urrea fue

¹⁹⁵ Revisa Semana. Leonisa: Se reventó el sostén. Noticia 28 de agosto de 2004. Tomado de: <https://www.semana.com/nacion/articulo/se-revento-sosten/67823-3/>

¹⁹⁶ Código de Comercio de Colombia. Art. 429.

¹⁹⁷ Revisa Semana. Leonisa: Se reventó el sostén. Noticia 28 de agosto de 2004. Tomado de: <https://www.semana.com/nacion/articulo/se-revento-sosten/67823-3/>

claro una cosa y es que por el bien de la compañía que durante más de medio siglo habían construido era insostenible continuar como socios. Se resalta entonces como a pesar de contemplarse mecanismos alternativos de solución de conflictos como el arbitraje o después de haber designados componedores¹⁹⁸, las partes decidieron implementar un mecanismo propio de arreglo directo ante la situación.

Si bien existió un acuerdo de confidencialidad en el proceso, se conoció que por medio de la figura del Superintendente de Sociedades de ese momento quien actuó como un tercero garante, el 11 de noviembre de 2004 las partes acordaron que solo una parte asumiría el control de la compañía y la otra vendería por medio de una subasta privada. En la cual, cada uno presentaría su mejor oferta previa consignación de recursos en una fiducia.

El 11 de noviembre pasado y con la labor facilitadora de la Superintendencia de Sociedades, las dos familias, que tenían cada una el 50 por ciento de la sociedad, acordaron que solo una asumiría el control y que la venta de las acciones de una a la otra se haría a través de un mecanismo de subasta privada¹⁹⁹. El mejor postor se quedaría con el control de la empresa de confecciones de ropa interior más representativa de Colombia. Ese día, la familia Urrea Arbeláez, facción de Don Joaquín y sus 11 hijos se quedaron con el control de la empresa Leonisa.

Este caso resulta de gran importancia a nivel empresarial en Colombia, los conflictos de esta naturaleza suelen provocar grandes parálisis al interior de las compañías, y aún más considerarse complejos por las riñas familiares y el conflicto personal que impacta en el funcionamiento de la empresa. Aun así con todo lo sucedido las partes tienden por más distantes que estén, a tener puntos en común y de partida, en este caso ambas partes sabían que por el bien de Leonisa el divorcio societario era una necesidad, y fue a partir de la decisión de dejar de ser socios que se pudieron construir puentes y un mecanismo específico en el que todos estuvieran conformes al finalizar la disputa, esto también, con el papel de un tercero en función de garante como lo fue el Superintendente de Sociedades. La subasta privada permitió que se pusiera fin al conflicto garantizando el mejor de los precios para la parte que se retiraba de

¹⁹⁸ *Ibídem*.

¹⁹⁹ El tiempo. 2005. Los Urrea Arbeláez son los dueños únicos de Leonisa. 15 de marzo de 2005. Tomado de: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1687290>

la empresa, en tanto ambas partes querían la compañía sus ofertas fueron las mejores posibles.

Hoy día, luego de 20 años de aquel conflicto emblemático en el país Leonisa se expandió en América Latina y continuo su desarrollo empresarial y económico. Además, el mecanismo según documentó la prensa en su momento alivió las asperezas aún en la misma familia, que acató el resultado, y con mucha nostalgia y realizando las pases dejaron aquel conflicto en el pasado.

5.4 La mediación en general, con acuerdos y los memorandos de entendimiento (MOU)

5.4.1 La mediación y los acuerdos institucionales

Los conflictos se gestionan primero por el sistema tradicional en la rama judicial; segundo, como se viene analizando, por medios alternativos de solución, que también son heterocompositivos y que cada vez toman mayor fuerza o identidad. Una tercera alternativa es la del arreglo directo asistida por un mediador, asistido por un facilitador, que muchas veces son abogados expertos de las partes e incluso funcionarios de las entidades involucradas en la controversia o servidores públicos externos a la entidad, que pueden tener origen en: el ministerio del sector, la superintendencia competente, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, la PGN y las contralorías. Finalmente, las organizaciones gremiales o las cámaras de comercio vienen contribuyendo a las soluciones jurídicas en este último rol de facilitadores.

En esta tercera vía, en los últimos años desde la PGN y la CGR, se ha venido apoyando esta modalidad de solución de controversias, en donde los organismos de control lo que hacen es que asisten, no aprueban ni avalan; hacen presencia, generan garantías y confianza, fijan un parámetro general de razonabilidad y proporcionalidad ante el patrimonio público y la función pública, con unos criterios o principios orientadores que dan seguridad jurídica y que ya han sido desarrollados desde su experiencia en la conciliación o en las auditorías, aspectos que resultan aplicables a los arreglos directos. Ello dentro del principio de la seguridad jurídica ya analizado y sus referentes de certeza, predictibilidad, efectividad, economía y legalidad; y los principios de la gestión

fiscal o gerencia de recursos, si hay lugar al manejo de fondos o bienes públicos: economía, eficiencia y efectividad, entre otros²⁰⁰.

En cuanto a los organismos de control, su régimen es de orden constitucional y legal: para la PGN los artículos 118, 277 y 278 de la Constitución Política y el Decreto Ley 262 de 2000: y para la CGR los artículos 119, 267 y 269 de la Constitución Política, y los Decretos Ley 267 de 2000 y 403 de 2020.

El mandato constitucional de la Procuraduría es intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales (art. 277-7). Igualmente, el mandato de la Contraloría General de la República es la vigilancia a la gestión fiscal para determinar el grado de eficiencia, eficacia y económica con que se haya obrado (art. 268-2).

Para la Procuraduría Delegada para la Conciliación Administrativa y los procuradores judiciales de Intervención Administrativa, su marco normativo está previsto en el inciso del artículo 116 que se refiere expresamente a los procuradores delegados como representantes del Ministerio Público, y a las atribuciones legales del Decreto Ley 262 de 2000 y la Ley 1367 de 2009, y las competencias que le asignan las resoluciones y directivas que expide el procurador general de la Nación.

Según el artículo 5 de esta última ley, las competencias legales de la Procuraduría Delegada para la Conciliación Administrativa son las siguientes:

- Promover los acuerdos de conciliación en todas las modalidades de pretensión cuando sean procedentes de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente; y adelantar los procesos de validación y audiencias.
- Propender por la reconsideración de los comités de conciliación si fuere necesario e intervenir en defensa de los acuerdos cuando fueren impugnados.
- Propender por la reconsideración de los comités de conciliación si fuere necesario e intervenir en defensa de los acuerdos cuando fueren impugnados.

²⁰⁰ Gómez Lee, Iván Darío. La seguridad jurídica: Una teoría multidisciplinaria aplicada a las instituciones. Vol. I y II, Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2016.

- Compulsar las copias pertinentes y conducentes si hubiere lugar a determinar conductas disciplinables o responsabilidades fiscales o penales de los servidores públicos o de particulares.

- Diseñar y adelantar los programas correctivos a fin de prevenir situaciones estructurales generadas por las administraciones públicas lesivas al interés y el patrimonio público.

- Adelantar las campañas necesarias para fortalecer el conocimiento de los deberes y derechos que se generen por las relaciones entre el Estado y los particulares.

5.4.2 El instrumento de los memorandos de entendimiento (MOU)

Los instrumentos para representar, documentar y facilitar estos acuerdos son variados. En la Procuraduría se ha sugerido que el punto de partida sea un memorando de entendimiento, que por sus siglas en inglés se le conoce como 'MOU'. La naturaleza y características de esta modalidad de negocio son similares a las de las cartas de intención, en el marco de lo cual son un instrumento escrito que propicia acuerdos preliminares de entendimiento o comprensión, *Memorandum of Understanding*. Son declaraciones de voluntad que tienen el objetivo común de superar un conflicto y sientan las bases para un arreglo o contrato futuro; es decir, para una conciliación, una transacción, la terminación o modificación del contrato, este MOU no tiene que contar aún con las exigencias sustantivas, legales o jurisprudenciales, pues fija los principios y parámetros generales de solución de la controversia.

Normalmente, en los MOU o cartas de intención se dejan cláusulas de escape y de reserva. En las primeras se deja abierta la salida de la negociación sin que ello genere responsabilidades, dado que se está en tratativas o diálogos preliminares. Es decir, se contempla la opción de desistimiento unilateral y ello debe pactarse expresamente, porque de lo contrario se aplicará la regla general de que este MOU pasa a ser una modalidad de contrato, que es ley para las partes en virtud del artículo 1602 del Código Civil. El segundo aspecto relevante es la reserva de que las concesiones u ofertas que las partes plantean como posibles alternativas o fórmulas de arreglo no sean puntos que, de fracasar el arreglo, la otra parte puede usar en un arbitramento o controversia judicial en contra de su contraparte. Para ello, se pactan también cláusulas de confidencialidad.

SEXTA SECCIÓN. LOS *DISPUTE BOARDS* (DB): MESAS ASESORAS EN DISPUTAS -MAD (PANEL, JUNTA O CONSEJO DE EXPERTOS -PED)

6.1 Referentes normativos

Marco legal
Constitución Política: preámbulo y artículo 1, 2 y 95
Ley 80 de 1993 artículo 2-5
Ley 1437 de 2011 artículo 3
Directiva Distrital 022 del 31 de octubre de 2018
Decreto 403 de 2020 artículo 3 - j

En esta sección será abordado uno de los mecanismos más prometedores en la actualidad los Dispute Boards que para efectos de adaptar esa figura a Colombia le hemos dado denominaciones de Mesas Asesoras en Disputas, MAD, que se acercan al alcance que es viable darle en nuestro país, también Panel de Expertos en Disputas, PED, según el alcance que se le dé, juntos o consejos. Por la novedad del mecanismo esta es una primera aproximación sé que cumple con los siguientes propósitos: primero, realizar una referencia comparada del mecanismo. Segundo, analizar la viabilidad jurídica de los DB en Colombia con algunas connotaciones y rasgos propios de nuestro régimen constitucional y legal. Tercero, se establecen los tres escenarios que le dan desarrollo a la figura de los 'Dispute Boards' (DB) a nivel global y se hace eco a las posiciones que le fijan límites y fronteras para que sean aplicables en Colombia. Cuarto, Se profundiza en el funcionamiento y el desarrollo en dimensiones de aplicabilidad. Quinto, se profundiza en la aplicación que cabe darles en los tres regímenes de contratación pública existentes en Colombia. Por último, en las conclusiones se abre un nuevo escenario para la viabilidad de implementar un nuevo mecanismo reconocido por su utilidad práctica que contribuye a la economía del país y al desarrollo social.

6.1.1 La viabilidad jurídica de los DB como referentes de asesoría para la prevención

En el marco de la seguridad jurídica, se analizará que en Colombia es posible acordar DB en la modalidad de miembros de una Mesa Asesora en Disputas, panel de expertos o junta o consejo asesor en disputas contractuales (MAD), en virtud de la autonomía de la voluntad, y en desarrollo de los marcos normativos de los tres regímenes de la contratación pública con recursos públicos (Ley 80

de 1993, la Ley 1150 de 2007, el Código Civil y el Código de Comercio), así como las facultades de los comités de conciliación previstas en el artículo 120 numerales 1, 2 y 4 de la Ley 2220 de 2020. Fuentes legales que se armonizan con las prácticas de buena administración nacionales o internacionales; con los principios constitucionales de la función administrativa como la eficacia, economía y celeridad desarrollados por el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011; el principio de economía que desarrolla el artículo 25-5 de la Ley 80 de 1993 y la necesidad de contribuir a la profesionalización para resolver controversias y diferencias que también contempla el artículo 73 de esta misma ley; otras fuentes de la contratación pública que en la Ley 80 de 1993 remite a los principios generales del derecho y la buena administración en el artículo 23 *ibidem*; y la adecuada gestión de los recursos públicos, entre otros principios el de especialización técnica del literal J del artículo 3 del Decreto 403 de 2020.

Los DB como mecanismos de prevención y solución de conflictos no tienen un desarrollo legislativo explícito en Colombia lo tienen implícito y hoy son aplicables con cierto alcance y características. Existe la directiva 022 del 31 de octubre de 2018, expedida por la Secretaría Jurídica Distrital de Bogotá, en la cual se estableció en el numeral 3 del punto 1 la posibilidad de establecer juntas de expertos para algunos contratos públicos del Distrito:

“(...) 3. Juntas de expertos o examinadores. En los contratos de obra, infraestructura y demás asociados a estos, de mediana y larga duración, y en contratos de complejidad técnica, según las características del caso, se podrá pactar el establecimiento de juntas de examinadores de diferencias o de expertos, para que acompañen a las partes durante el contrato para prevenir disputas”.

Ahora, también existe un laudo arbitral Vía de las Américas S.A.S. contra la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI)²⁰¹. En él, el tribunal de arbitramento se refirió a que la cláusula del DB se refirió a asuntos técnicos a tratar, y bajo la valoración realizada por el panel de expertos existió una extralimitación de funciones al referirse a los asuntos jurídicos propios de los árbitros en ese caso puntual. Además, menciona que no siempre es fácil la distinción entre los aspectos técnicos y jurídicos por encontrarse estrechamente relacionados, pero

²⁰¹ Laudo arbitral Vía de las Américas S.A.S. contra la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI-24 de octubre de 2016.

que en el caso puntual existió un pronunciamiento a nivel jurídico que vulnera el artículo 116 de la Constitución Política, referido a las funciones jurisdiccionales en cabeza de los sujetos específicamente habilitados.

Finalmente cabe indicar que la Contraloría General de la República emitió un concepto en la materia, sin que mediara aun el nuevo marco jurídico que promueve en los comités de conciliación la facultad legal de promover y ejecutar políticas de prevención del daño antijurídico y de defensa de la entidad, con directrices institucionales para la aplicación de mecanismos de arreglo directo previstas en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 120 de la Ley 2220 de 2022, en alguna medida es un pronunciamiento del órgano de control fiscal que tampoco podía ponderar las nuevas atribuciones de prevención del daño antijurídico que confiere el Acto Legislativo y que en virtud de la Ley 2022 de 2020 lo ha llevado a incursionar en obras inconclusas y las obras abandonadas llamadas elefantes blancos. Así mismo, fundado en normas que ya están derogadas.²⁰²

Con el nuevo marco jurídico que se está analizando en este estudio se abordará la posibilidad de pactar este mecanismo a partir del marco normativo jurídico de los tres regímenes de contratación en el sector público y sin la necesidad de la habilitación expresa. Además, se resalta la importancia de implementar este mecanismo, sobre todo por su componente preventivo, y sin la necesidad de incurrir en una decisión definitiva que puede ser dada por otros mecanismos como la conciliación y el arbitraje. Precisamente a continuación se aporta una noción preliminar y resuelven dos interrogantes para superar dudas en cuanto a los alcances que tienen los DB.

6.1.2 Noción, limitaciones al alcance de los DB y similitudes

Con el anterior marco normativo, los DB para Colombia estarían caracterizados por la especialidad técnica con la intervención de expertos que no emiten fallo ni decisiones jurídicas, eventualmente con la asesoría de abogados y ante todo con participación de expertos en la ingeniería o en asuntos financieros, entre otros dan conceptos u orientaciones. Así, la resolución de conflictos con los DB es un ámbito que se adapta a nuevas realidades de manera innovadora. Una clara experiencia en este aspecto es la vivida por Perú, país que implementó en su normatividad los DB para contratos de APP y también de obra pública. De

²⁰² Contraloría General de la República. Concepto 2014ER151930 del 18 de diciembre de 2014.

hecho, estableció la obligatoriedad de este mecanismo según se superen algunas cuantías específicas, al respecto estableció la normatividad que los DB: *“i) se integra por un (1) miembro cuando el monto del respectivo contrato de obra tenga un valor igual o superior a cinco millones con 00/100 Soles (S/ 5 000 000,00) y menor a cuarenta millones con 00/100 Soles (S/ 40 000 000,00); y ii) por tres (3) miembros, cuando el respectivo contrato de obra tenga un valor igual o superior a cuarenta millones con 00/100 Soles (S/ 40 000 000,00)”*²⁰³.

Esta sección comprende un medio que se inspira en mecanismos alternativos tradicionales, que no dejan de revestir importancia y que demanda enfoques y medidas complementarias que superen precisamente obstáculos históricos de ineficiencia e inseguridad jurídica y, sobre todo, que se ajusten a la realidad de contratos altamente especializados.

Para efectos de esta investigación y teniendo en cuenta el marco jurídico aplicable en Colombia, para este novedoso mecanismo los Dispute Boards es una noción viable en este país siempre y cuando tengan una connotación de asesoría, orientación y/o *expertis*. Por lo anterior, en medio de las diversas connotaciones que tiene esta institución adoptaremos la expresión que resulta fiel a la traducción, recomendamos que se hable o se use la expresión **Mesa Asesora en Disputas, MAD, o Panel de Expertos en Disputas, PED**, precisando de nuevo que sería válido también usar la expresión consejo o junta. Todas estas acepciones, mesas, panel, consejo o junta le dan el alcance que tiene en otras latitudes a prácticas que han contado con expertos y especialistas que proveen las universidades de prestigio o los gremios técnicos, para contribuir en distintas modalidades, que también fueron analizados en la resolución de disputas con precisos límites de no sustituir los mecanismos jurisdiccionales ni limitar su acceso. Por ello se da respuesta a dos preguntas frecuentes en esta materia:

¿En Colombia los DB podrían tener carácter jurisdiccional como el arbitraje?

No. Dado que en Colombia en la interpretación que se realizó del artículo 116 de la Constitución Política los únicos particulares que pueden ser investidos de

²⁰³ Diego Fernando García Vizcarra. Los Dispute Boards en el ámbito de los contratos administrativos de infraestructura pública: principales alcances, análisis comparado y enfoque de su regulación en el ordenamiento peruano, p. 60.

la función de administrar justicia son los árbitros y los conciliadores -que para los asuntos públicos serán funcionarios de Estado-; e igualmente, ante la prohibición del Código General del Proceso de incluir cláusulas de escalonamiento que dilaten el acceso a la justicia, no es posible que los miembros de los DB cuenten con funciones jurisdiccionales, aunque sí preventivas. Por ello, con la carta política vigente será un mecanismo eminentemente consensual que proviene de la autonomía de la voluntad y que contribuye a la prevención de controversias o a definir el mejor medio de solución, bien sea por vías alternativas o jurisdiccionales. Es decir, una función eminentemente orientadora. Por ello se reitera que no es jurisdiccional y que tampoco limita ni restringe el acceso a la administración de justicia dado. Es un grupo, consejo o junta que a través de un mecanismo asesora la solución de disputas, Mesa Asesora de Disputas, MAD.

¿Es posible aplicar los DB asimilándolos o integrándolos a figuras ya existentes en Colombia como por ejemplo la Amigable Composición?

Si. Una opción aplicable en Colombia es que los DB tengan el carácter de amigables componedores y fundamentar su uso en las buenas prácticas y metodologías internacionales en los acuerdos y reglamentos de la amigable composición que se complementen con los de DB. Como se analizó, esto es eminentemente consensual y contractual, sujeto a reglas legales y referentes jurisprudenciales analizados en esta publicación, y que enfocan el mecanismo a un gran aporte desde la prevención del conflicto.

6.2 Referencias comparadas a nivel global y aplicabilidad de algunas modalidades internacionales

6.2.1 Algunas experiencias a nivel mundial

La 'International Chamber of Commerce' o Cámara de Comercio Internacional, que orienta las mejores prácticas mundiales para resolver conflictos, define el *Dispute Board* (DB) como un organismo permanente compuesto por uno o tres miembros, el cual se establece al inicio del acuerdo contractual con el objetivo de que se prevengan o solucionen las disputas que se presenten durante su ejecución. La Cámara de Comercio Internacional cita lo siguiente:

"A Dispute Board ("DB") is a standing body composed of one or three DB Members. Typically set up upon the signature or commencement of

*performance of a mid- or long-term contract, they are used to help parties avoid or overcome any disagreements or disputes that arise during the implementation of the contract. Although commonly used in construction projects, DBs are also effective in other areas. These areas includes research and development; intellectual property; production sharing and shareholder agreements”.*²⁰⁴

252

Según la Cámara de Comercio Internacional, las reglas de funcionamiento del DB establecidas por las partes permiten determinar el número de miembros, sus funciones, remuneración y el alcance del organismo. Además, las reglas puntualizan el tipo de DB; son tres las modalidades de este mecanismo de solución de disputas.

El caso del Eurotúnel es quizá el más emblemático en el derecho continental europeo y anglosajón. Esta importante construcción conecta Inglaterra con Francia y durante la ejecución del megaproyecto se establecieron asuntos específicos a ser resueltos por medio del *Dispute Board* y otros por medio de arbitraje²⁰⁵. En materia de ingeniería, los retos de la obra eran inmensos desde las opciones del túnel, sus dimensiones y su profundidad, la geología en el subsuelo del mar; en un proyecto de infraestructura que empieza por la iniciativa de particulares y no por los Estados de Francia e Inglaterra que luego de ver la viabilidad, asumen su ejecución con una serie de retos en las relaciones contractuales de dos naciones en un proyecto que terminó siendo exitoso. Así, el túnel no solo conectó el continente europeo con las islas británicas, sino que además compaginó dos sistemas jurídicos tradicionales y diversos. Sin lugar a duda, es un referente que debe inspirar a un país como Colombia que ha tenido retos inmensos por su terreno montañoso, precisamente en ello, túneles y puentes, vías, hidroeléctricas o PTAR. Adicionalmente, en países de América Latina como Honduras, El Salvador, Ecuador, Brasil y Perú, entre otros casos en el sector de la infraestructura y contratación pública²⁰⁶.

²⁰⁴ International Chamber of Commerce. Dispute Boards. Tomado directamente de: <https://iccwbo.org/dispute-resolution/dispute-resolution-services/adr/dispute-boards/>

²⁰⁵ Juan Pablo Jácome Carrera. La función de los Dispute Boards como mecanismo de solución de conflictos en obras de infraestructura estatal que promuevan la inversión extranjera. Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador.

²⁰⁶ VIII Jornada Infraestructura y Derecho 2024. Panel “Una mirada a los Dispute Boards desde la experiencia Internacional”. Jaime Gray. Presidente LATAM de Dispute Resolution Board Foundation.

6.2.2 Aplicabilidad especial en Colombia en virtud de la autonomía de la voluntad

En primer lugar, si se conforma un *Dispute Review Board*²⁰⁷ las partes acuerdan que las determinaciones que sean dadas por el comité serán recomendaciones²⁰⁸ y son un mecanismo consensuado para resolver la disputa; bajo este supuesto si no se objetan las recomendaciones en los tiempos pactados podrían llegar a ser vinculantes²⁰⁹. Como se indicó en el numeral 6.1.1, tener el DB a nivel de asesoría para el arreglo directo es totalmente viable. En segundo lugar, las partes pueden decidir establecer un *Dispute Adjudication Board*, en el cual adoptan voluntariamente las decisiones y por ende las cumplen para la solución de la disputa, y en caso de desacuerdo, si se ha pactado podrá acudir a un tribunal de arbitraje²¹⁰. Este segundo escenario es plausible, pero para mayor certeza se recomienda asimilarlo a la amigable composición para pactarlo con sus referentes normativos como se vio en el numeral 6.1.3. El tercer tipo es el *Combined Dispute Board*, que tiene un carácter híbrido entre los anteriores tipos descritos. Las decisiones que a él se tomen tienen en principio carácter de recomendación, es decir, es una asesoría, pero las partes podrán decidir que emita una decisión vinculante²¹¹.

Así, en este entendimiento colombiano de las finalidades, el objeto de la figura es que desde la autonomía de la voluntad que reconocen las leyes colombianas en la contratación estatal, las partes contratan expertos y/o especialistas que en un panel o en una junta las pueden asesorar para prevenir problemas y controversias (desavenencias, desacuerdos, disputas y litigios); toda vez que con ello se contribuye a las finalidades del negocio jurídico y se evitan o solucionan las problemáticas que le son inherentes por la naturaleza de determinado tipo de contrato.

²⁰⁷ En el laudo arbitral Vías de las Américas S.A.S. contra la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) del 24 de octubre de 2016 se presentó un caso de pacto de *Dispute Review Board* en Colombia. Las partes acordaron en este contrato de infraestructura la constitución de un panel de expertos bajo el reglamento de la Cámara de Comercio, se establecieron puntualmente las desavenencias sobre las cuales el panel de expertos se pronunciaría y, además, establecieron una cláusula compromisoria para un tribunal de arbitraje, como efectivamente se activó.

²⁰⁸ International Chamber of Commerce. Institute of World Business Law. Dispute Prevention and Settlement: through Expert Determination and Dispute Boards.

²⁰⁹ López Ospina, Inés Verónica (2016). La importancia de implementar Dispute Boards como medio alternativo de solución de conflictos en la ejecución de contrato de obra en Colombia. Pontificia Universidad Javeriana de Colombia.

²¹⁰ *Ibidem*.

²¹¹ *Ibidem*.

En esa perspectiva y con base en las exigencias legales y jurisprudenciales de buena administración, eficacia, celeridad, economía y especialidad en el sector de la infraestructura, es importante contemplar esta nueva alternativa con una ruta jurídica que permita su adaptación y viabilidad en el marco legal colombiano en materia de solución alternativa de conflictos y contratación pública. La característica principal del DB es que se configura a partir del momento de la suscripción del contrato, lo que permite prevenir disputas y solucionar las controversias oportunamente. Responde frente a diferencias que son principalmente técnicas, que surgen en la ejecución de la relación contractual, por lo que la solución es dada de manera más económica, eficiente y eficaz. Esa configuración temprana o preventiva no excluye para nada la posibilidad de pactar un DB durante la ejecución del contrato, o incluso a la finalización del negocio jurídico para asuntos imprevistos, como un evento de fuerza mayor, por ejemplo, la pandemia o un desastre natural; igualmente para la liquidación.

Los Dispute Boards ya son conocidos en Latinoamérica. como ‘Paneles de Solución de Disputas’ o ‘Mesas de Resolución de Conflictos’. En Colombia el único instrumento normativo que se refiere a este mecanismo es la directiva 022 de 2018 de la Secretaría Jurídica Distrital de Bogotá, en la cual se estableció la posibilidad de establecer juntas de expertos o examinadores para algunos contratos públicos del Distrito, directiva que se analizará más adelante.

Con lo anterior se tiene que la aplicabilidad de los tres alcances analizados en el numeral anterior, en el ámbito de la contratación pública colombiana su origen necesariamente es un contrato de mandato donde las partes asignan a unos terceros (en una junta o panel colegiado o unipersonal) la facultad de prevenir desavenencias a partir de conceptos técnicos o, eventualmente, según el pacto que se realice decidir la controversia, problema o disputa. Con ello guarda proximidad con la amigable composición, los asesores expertos y se le puede llamar junta asesora de solución de disputas.

En síntesis, en medio de los conflictos en estos importantes contratos especializados y con un gran impacto en las sociedades en los que se suscriben, resulta indispensable la pronta solución que disminuya los altos costos de una disputa y que permitan el avance del proyecto aún en medio de desacuerdos. El uso de los DB para Colombia es una respuesta a las siguientes necesidades de eficiencia y seguridad jurídica: **A.** Ante la materialización de riesgos pueden

aportar elementos técnicos para identificar el punto de inflexión donde cada parte dé respuesta en lo técnico, en lo constructivo y en lo económico. **B.** Se diferencia de otros mecanismos por el ámbito técnico, especializado o científico de *expertis*, por ello lo jurídico siempre debe acompañar al panel o junta, la legalidad es indispensable, pero no es fundamental, es lo técnico o especializado, siempre en un marco de legalidad, asuntos que no pueden ser antagónicos sino complementarios para no incurrir en un falso dilema. **C.** Pueden articularse con las directrices y políticas del Comité de Conciliación y en la modalidad preventiva explicada ser parte incluso de la etapa de arreglo directo y, finalmente, todos los referentes de prevención del daño antijurídico con los controles concomitantes y preventivos de los organismos de control, CGR/PGN. **D.** Finalmente, pueden integrarse también como medidas de debida diligencia y precaución al aseguramiento, y las compañías aseguradoras están llamadas a promoverlos porque evitan los siniestros y, a la vez, hacen parte de todo el sistema de controles que tiene el país.

6.3 Funcionamiento de los Dispute Boards

El funcionamiento de un *Dispute Board* se encuentra sometido a las reglas establecidas de mutuo acuerdo por las partes. Un instrumento orientador y ampliamente utilizado en el mundo es el reglamento de Dispute Boards de la Cámara de Comercio Internacional (CCI). Este documento permite determinar el funcionamiento del DB en todo aquello que las partes no acuerden.

En materia de constitución, el reglamento señala que serán tres miembros en caso de que no se haya pactado un número exacto. Así mismo, menciona la forma en que deberán nombrarse a los miembros del DB y los plazos máximos para hacerlo, so pena de que el Centro Internacional de ADR de la CCI lo realice²¹². Los miembros del DB son personas que están sujetas al deber de independencia e imparcialidad, no podrán haber sido jueces, árbitros o peritos de ninguna de las partes previo al contrato²¹³. Por otro lado, las partes tendrán a cargo el deber de información y cooperación con el fin de que el DB pueda

²¹² International Chamber of Commerce. Institute of World Business Law. Dispute Prevention and Settlement: through Expert Determination and Dispute Boards.

²¹³ Cámara de Comercio Internacional (2015). Reglamento Dispute Boards. Tomado de: <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/2015-Dispute-Board-Rules-Spanish-version.pdf>

tener la información completa y oportuna sobre la ejecución del contrato, así como el acceso al lugar de desarrollo del contrato en las visitas periódicas que normalmente tienen los DB²¹⁴. De la misma forma, el reglamento establece que el DB iniciará una vez todos los miembros suscriban sus respectivos contratos, y se disolverá cuando las partes envíen el comunicado de finalización.

Las funciones del DB se prolongan durante la ejecución del contrato en diferentes aspectos: primero, podrán prevenir que surjan desacuerdos cuando noten que potencialmente se presentarían discrepancias, y apoyarán que las partes resuelvan el punto que eventualmente generaría dicho desacuerdo. Segundo, cuando se presenten conflictos de manera informal el DB podrá ayudar durante las visitas a resolverlos. Tercero, el organismo gestionará la resolución de conflictos de manera formal cuando una parte presente una desavenencia; esta controversia, según el reglamento de la CCI, será sometida a un proceso formal en el que concurren las partes, se presentan argumentos en una audiencia y se da una conclusión final por parte del DB.

En este sentido, para el caso colombiano las partes en el contrato pueden acoger este medio reglamentario de la CCI, con las salvedades explicadas, aunque también existen algunos reglamentos desarrollados como el del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú²¹⁵, y la posibilidad de crear uno propio. De la misma forma, es posible complementarlo con reglas que tengan origen en los centros de arbitraje o en los gremios técnicos especializados. Lo importante es que no contravengan normas superiores de la Constitución Política, el orden público, la defensa del interés público; que se preserven principios constitucionales como la igualdad y las garantías del debido proceso; y que su uso no ponga en riesgo la función administrativa o la gestión fiscal, para proteger el patrimonio público. Por ello, bajo el concepto de precaución, los DB serán preventivos del daño antijurídico y, posteriormente, bajo todo este andamiaje normativo será posible establecer el reglamento de *Dispute Boards* para Colombia.

²¹⁴ *Ibidem*.

²¹⁵ Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Reglamento de la Junta de Resolución de Disputas (*Dispute Boards*).

6.4 Dispute Boards y su aplicación en los regímenes de la contratación pública en Colombia

En el campo de la contratación pública en Colombia nos encontramos ante tres tipos de regímenes: el primero, el de la Ley 80 de 1993 con sus modificaciones, llamado el régimen de la contratación estatal en sentido estricto; segundo, el de las entidades públicas excluidas del Estatuto de la Contratación Estatal en sentido estricto y referidas en los artículos 13, 14 y 15 de la Ley 1150 de 2007; y tercero, el régimen de los particulares que administran recursos públicos, en su mayoría bajo la figura de la parafiscalidad, que se encuentran sometidos a los principios de la función administrativa, la gestión fiscal y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, no impiden en ningún sentido que se aplique la autonomía de la voluntad. Como se procede a desarrollar, en virtud de los marcos normativos respectivamente aplicables, en cada uno de los regímenes en cuestión es procedente pactar *Dispute Boards* como mecanismos de solución de disputas.

6.4.1 Régimen del Estatuto General de la Contratación Pública

El marco normativo de la Ley 80 de 1993 o Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública habilita la implementación de mecanismos alternativos de solución de conflictos, incluyendo la posibilidad de pactar un DB como herramienta para mediar las disputas que se presenten en la ejecución contractual. Lo anterior se procede a desarrollar de acuerdo con los artículos 13 y 40 referidos a la aplicabilidad de la ley civil y comercial, los artículos 23 y 25 sobre principios y las normas en materia de solución de conflictos aplicables de dicho estatuto.

El numeral 1 del artículo 2 y el artículo 32 del Estatuto de Contratación establecen las entidades a las cuales les será aplicable la mencionada ley en todos los negocios jurídicos que celebren. En consecuencia, las entidades que podrán pactar *Dispute Boards* como mecanismos de solución de disputas en sus contratos serán las siguientes:

“Artículo 2.- De la Definición de Entidades, Servidores y Servicios Públicos.
Para los solos efectos de esta Ley:

(...)

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el Distrito Capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos”.

6.4.1.1 Autonomía de la voluntad, derecho privado y buena administración como fuentes de la contratación pública

El artículo 13 en concordancia con el artículo 40 del Estatuto de Contratación consagra una de las disposiciones catalogadas como de los avances más significativos en materia de contratación pública, y es que se determinó la autonomía de la voluntad y las disposiciones del derecho comercial y civil como fuentes normativas en la materia, en el marco de las disposiciones del estatuto.

El artículo 13 de la mencionada ley establece que los contratos que celebren las entidades estarán sometidos a las normas comerciales y civiles pertinentes, salvo en lo establecido por la Ley 80 de 1993, el artículo señala lo siguiente:

“Artículo 13. De la normatividad Aplicable a los Contratos Estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley.

Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia.

Los contratos que se celebren en Colombia y deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero podrán someterse a la ley extranjera”.
(Subrayado fuera de texto)

En ese sentido, a partir del artículo 13 de la Ley 80 de 1993 los DB no van en contra de ninguna norma de este estatuto, más bien, son un desarrollo inherente a las estipulaciones de los artículos 23, 25-5, 40 y 73, plenamente vigentes.

En ese marco de la seguridad jurídica, la misma remisión al derecho privado se encuentra establecida en el artículo 40 del Estatuto de Contratación, en la que se establece que las estipulaciones de la naturaleza y la esencia serán las señaladas en la ley comercial y civil. Además, se habilitó a las entidades a celebrar contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y el cumplimiento de los fines del Estado, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración:

“Artículo 40. Del Contenido del Contrato Estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que, de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración.

En los contratos de empréstito o cualquier otra forma de financiación de organismos multilaterales, podrán incluirse las previsiones y

particularidades contempladas en los reglamentos de tales entidades, que no sean contrarias a la Constitución o a la ley". (Subrayado fuera de texto)

Por lo analizado en la sección anterior, los efectos de buena administración de los DB son evidentes siempre que se observe este marco jurídico que es la estabilidad de esta innovadora figura.

260

6.4.1.2 Principio legal de economía como fuente de los Dispute Boards en la contratación pública y en principios constitucionales superiores

El Estatuto de Contratación consagró los principios de economía y eficacia como pilares de las actuaciones de las entidades públicas, estos principios justifican la implementación de mecanismos alternativos de solución de conflictos como los *Dispute Boards*, con el fin de generar soluciones prontas y efectivas que materialicen los fines del Estado y permitan que los negocios jurídicos celebrados por las entidades lleguen a una exitosa finalización.

Es así como el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 establece que las actuaciones de quienes intervienen en la contratación tienen que estar sujetas a principios de transparencia, economía y responsabilidad, y según los postulados de la función administrativa el artículo señala:

"Artículo 23. De Los Principios de las Actuaciones Contractuales de las Entidades Estatales. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo". (Subrayado fuera de texto)

En el grupo de los principios del derecho administrativo están, por supuesto, los de la función administrativa y los de la gestión fiscal, que aplican para la Ley 80 de 1993 y que armonizan los DB con la celeridad, la eficacia y la economía ante esos principios superiores que protegen esa función y esa gestión. Las leyes que desarrollan esos principios son la Ley 1437 de 2011, el CPACA, en su

artículo 3, y las leyes 42 de 1993, artículo 8, con el Decreto Ley 403 de 2020, artículo 3.

El artículo 25 de la misma Ley 80 de 1993 es una norma que expresamente determina que en virtud del principio de economía se deben adoptar mecanismos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que se generen en el marco de una relación contractual. Los *Dispute Boards* son un mecanismo que incentiva la pronta solución de disputas de manera técnica y especializada, y que incluso, en el marco de sus funciones preventivas, pueden evitar que surja la controversia; es decir, es un medio adecuado para garantizar la disposición del artículo 25-5 de la Ley 80 de 1993:

“Artículo 25.- Del Principio de Economía. En virtud de este principio:

(...)

5o. Se adoptarán procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que con motivo de la celebración y ejecución del contrato se presenten (...).” (Subrayado fuera de texto)

Los DB son precisamente un procedimiento que garantiza la pronta solución de diferencias y controversias, en una expresión, disputas, con motivo de la celebración y la ejecución del contrato donde se pacte este mecanismo.

6.4.1.3 Disposiciones normativas en materia de solución de controversias contractuales

Originalmente, el Estatuto de Contratación consagró en su título VIII “la solución de controversias contractuales”, en donde desarrolló la jurisdicción competente para conocer los conflictos contractuales de las entidades y la posibilidad de implementar mecanismos de solución directa para la solución de conflictos. La mayor parte de este título fue derogado por normas posteriores, principalmente por el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, Ley 1563 de 2012, el cual buscó fortalecer esta figura como un mecanismo de solución de controversias en el sector público y derogó los artículos 70 a 72 de la Ley 80 de 1993.

Sin perjuicio de lo anterior, la Ley 80 de 1993, en el artículo 73, vigente, menciona que será posible acudir a centros de conciliación y arbitramiento

institucional con el fin dirimir controversias surgidas en los contratos²¹⁶. De esta forma, las entidades podrán recurrir a las asociaciones profesionales, gremiales o cámaras de comercio con el fin de llegar a la solución del conflicto. Es así como los *Dispute Boards* son mecanismos aptos que podrán ser implementados para resolver la disputa en alguna de las sedes que habilita el artículo 73 de la mencionada ley. Expresa el artículo:

“Artículo 73. De la Colaboración de las Asociaciones de Profesionales y de las Cámaras de Comercio. Podrá pactarse acudir a los centros de conciliación y arbitramento institucional de las asociaciones profesionales, gremiales y de las cámaras de comercio para que diriman las controversias surgidas del contrato”.

Este artículo, que mantiene vigencia y que complementa la institución del arbitraje y la amigable composición en los contratos de infraestructura, es una estabilidad reforzada al concurso especializado de los gremios donde convergen los profesionales más destacados de diversas disciplinas.

6.4.2 Entidades públicas excluidas del Estatuto de la Contratación en la Ley 1150 de 2007

El régimen establecido por el artículo 13 y siguientes de la Ley 1150 de 2007 consagra que las entidades públicas que cuenten con un régimen especial, excepcional al del Estatuto de la Contratación, estarán sujetas a los principios de la función administrativa, los principios de la gestión fiscal a los que se refieren los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, y al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, lo cual también ha sido reiterado por la jurisprudencia²¹⁷. De esta manera, el marco normativo permite, bajo la autonomía de la voluntad y los principios de eficacia y economía, pactar mecanismos como los *Dispute Boards* que permitan la solución efectiva de las controversias contractuales. A continuación, las normas del régimen especial:

²¹⁶ La Directiva 022 del 31 de octubre de 2018, expedida por la Secretaría Jurídica Distrital de Bogotá, estableció en el numeral 3 del punto 1 la posibilidad de establecer juntas de expertos para algunos contratos:

“(…) 3. Juntas de expertos o examinadores. En los contratos de obra, infraestructura y demás asociados a estos, de mediana y larga duración, y en contratos de complejidad técnica, según las características del caso, se podrá pactar el establecimiento de juntas de examinadores de diferencias o de expertos, para que acompañen a las partes durante el contrato para prevenir disputas”.

²¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera. M.P. Martín Bermúdez Muñoz. Radicado: 76001-23-31-000-2011-00948-01 (53049) de 28 de abril de 2021.

“Artículo 13. Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al estatuto general de contratación de la administración pública. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal (...).

Artículo 14. Del régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta, sus filiales y empresas con participación mayoritaria del estado. Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes.

Artículo 15. Del régimen contractual de las entidades financieras estatales. El parágrafo 1o del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, quedará así:

“Artículo 32.

(...)

“Parágrafo 1o. Los Contratos que celebren los Establecimientos de Crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto

General de Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.

En todo caso, su actividad contractual se someterá a lo dispuesto en el artículo 13 de la presente ley”. (Subrayado fuera de texto)

A partir de lo anterior, el régimen de la Ley 1150 de 2007 establece que los principios de la función administrativa aplicables serán los establecidos en el marco del artículo 209 de la Constitución Política. En este sentido, resaltan entre los principios aplicables los de eficacia, economía y celeridad, los cuales justifican la implementación de mecanismos como los *Dispute Boards* para llegar a soluciones prontas y técnicas de las controversias contractuales. El artículo 209 de la Constitución Política señala lo siguiente:

“Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”. (Subrayado fuera de texto)

Específicamente, la Ley 1437 de 2011 CPACA en el artículo 3 desarrolla el concepto de los principios de eficacia, economía y celeridad, los cuales incentivan la implementación de procesos, procedimientos y herramientas que permitan que las actuaciones alcancen los fines del Estado, removiendo los obstáculos que se presenten, optimizando el tiempo y los recursos, e impulsando las actuaciones. Todo lo anterior, en materia de solución de conflictos es posible que se materialice por medio del uso de mecanismos técnicos y rápidos como los *Dispute Boards*. Menciona el artículo 3 del CPACA:

“(…)

11. En virtud del principio de eficacia, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias,

dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa.

12. En virtud del principio de economía, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas.

13. En virtud del principio de celeridad, las autoridades impulsarán oficiosamente los procedimientos, e incentivarán el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, a efectos de que los procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas”.

Todo el anterior marco jurídico fue desarrollado y analizado por la oficina jurídica de la CGR con ocasión de la realización de un memorando de entendimiento por una empresa de servicios públicos domiciliarios que tenía un régimen de naturaleza privada²¹⁸. Es así como, las entidades sometidas a la Ley 1150 de 2007 deberán actuar acorde con los principios de la función administrativa, los principios de la gestión fiscal a los que se refieren los artículos 209 y 267 de la Constitución Política y al régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

6.4.3 Régimen de particulares que administran recursos públicos

Existe un tercer régimen para la contratación y es el de los particulares que administran recursos públicos. Ellos se encuentran sometidos a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal por su función propia de administradores de recursos públicos. En el tercer régimen se encuentra principalmente la figura de la parafiscalidad, la cual ha sido caracterizada por la Corte Constitucional como un medio de generación de ingresos públicos con destinación específica y por fuera del presupuesto nacional. En la sentencia C-308 de 1994²¹⁹ el Alto tribunal lo desarrolla de la siguiente manera:

²¹⁸ Gómez Lee, Iván Darío. *Control fiscal y seguridad jurídica gubernamental*. Universidad Externado de Colombia, 2006.

²¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia del 7 de julio de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

“La parafiscalidad constituye un instrumento para la generación de ingresos públicos, caracterizado como una forma de gravamen que se maneja por fuera del presupuesto -aunque en ocasiones se registre en él- afecto a una destinación especial de carácter económico, gremial o de previsión social, en beneficio del propio grupo gravado, bajo la administración, según razones de conveniencia legal, de un organismo autónomo, oficial o privado”.

266

De la misma forma, la Corte Constitucional ha reiterado en su jurisprudencia que los particulares cuentan con funciones públicas en este régimen y esto no modifica su calidad de particulares, pero sí genera estándares de responsabilidad relacionados con el deber que cumplen, así lo señala la sentencia C-181 de 2002²²⁰:

“(…) La circunstancia de que se asigne a los particulares el ejercicio de funciones públicas no modifica su Estatus de particulares ni los convierte -por ese hecho- en servidores públicos. No obstante, dicha salvedad, el ejercicio de funciones públicas por parte de particulares conlleva un lógico incremento en el nivel de responsabilidades del sujeto a cargo de la prestación que deriva en una intensificación de los compromisos adquiridos para con el Estado. Las obligaciones que el particular asume por razón del ejercicio de una función pública son de tal relevancia que su responsabilidad se extiende más allá de los límites impuestos a los que no prestan servicio alguno. Así, mientras los particulares que no se encuentran vinculados al Estado mediante una relación de servicio público regulan su responsabilidad de acuerdo con la primera parte del artículo 6º de la Constitución Política, es decir que no son responsables ante las autoridades por infracción de la Constitución y la Ley, los que sí lo están se hacen responsables por “omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (...)”.

Cabe indicar en este último régimen o escenario de la contratación pública que los principios de la gestión fiscal que obligan a los gestores fiscales particulares, y por supuesto imperativos para los gestores que son servidores públicos, provienen del artículo 267 de la Constitución Política que ha tenido desarrollo en dos leyes: la Ley 610 de 2000 en su artículo 6 configura el concepto de daño

²²⁰ Corte Constitucional, Sentencia del 12 de marzo de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy,

al patrimonio público y el Decreto 403 de 2002, que tiene fuerza de ley, desarrolló una nueva gama de principios que derogó en esa materia la Ley 42 de 1993.

De esta manera, en el caso de los DB lo anteriormente descrito se traduce en prevenir el daño en el contrato y, por ende, que las partes adopten decisiones económicas con ese alcance especial de la Ley 80 de 1993 y actuaciones contractuales que también sean eficientes y eficaces. En términos del artículo 3 de este decreto y sus literales A, B y D²²¹, estos son los referentes que inspiran pactar los DB y que configuran la validez de las decisiones del mandato conferido al **Panel de Expertos o Consejo Asesor en Disputas** que también se podrían denominar **Mesa Asesora en Disputas –MAD-**.

Así mismo, el Decreto 403 de 2020 señala como principio la especialización técnica que establece la necesidad de realizar un ejercicio consistente y razonable en el marco del respectivo sector:

“j) Especialización técnica. En virtud de este principio, la vigilancia y el control fiscal exigen calidad, consistencia y razonabilidad en su ejercicio, mediante el conocimiento de la naturaleza de los sujetos vigilados, el marco regulatorio propio del respectivo sector y de sus procesos, la ciencia o disciplina académica aplicable a los mismos y los distintos escenarios en los que se desarrollan”.

Es así como los principios para el control y la gestión fiscal configuran un sustento normativo que justifica la implementación de DB como instrumento para aplicar en contratos que se suscriban bajo este régimen.

Así, el tercer régimen de contratación referente a los particulares establece un estándar de conducta que deberá estar acorde con los principios de la función

²²¹ Decreto 403 de 2020:

- a) Eficiencia: En virtud de este principio, se debe buscar la máxima racionalidad en la relación costo-beneficio en el uso del recurso público, de manera que la gestión fiscal debe propender por maximizar los resultados, con costos iguales o menores.
- b) Eficacia: En virtud de este principio, los resultados de la gestión fiscal deben guardar relación con sus objetivos y metas y lograrse en la oportunidad, costos y condiciones previstos.
- d) Economía: En virtud de este principio, la gestión fiscal debe realizarse con austeridad y eficiencia, optimizando el uso del tiempo y de los demás recursos públicos, procurando el más alto nivel de calidad en sus resultados.

administrativa y la gestión fiscal. Sin perjuicio de ello, los particulares en virtud de su naturaleza por medio de la autonomía de la voluntad y en el marco de los principios antes señalados podrán pactar mecanismos alternativos de solución de conflictos que permitan gestionar las controversias que se presenten con recursos públicos, entre los cuales se encuentran los *Dispute Boards*. Ahora, la elección del mecanismo podrá ser dada por la necesidad que presente el negocio jurídico y el respecto a los principios de la administración administrativa y la gestión fiscal.

268

6.5 Medio de control de las cláusulas de *Dispute Boards*

Los medios de control de las cláusulas del DB varían según el régimen jurídico en el que se pactan, es así como bajo el régimen de la Ley 80, en sentido estricto, tendrá que acudir al mecanismo contractual por excelencia para este tipo de casos: la acción contractual y solicitar la nulidad de la cláusula. Bajo el régimen de la Ley 1150 de 2007 y el régimen de los particulares que administran recursos públicos deberá acudir al régimen privado y alegar alguna de las causas de nulidad absoluta o relativa.²²²

Respecto al régimen de la Ley 80 de 1993, el juez del contrato estatal tiene el deber de ajustar el litigio al interés general y la protección del patrimonio público según los fines constitucionales del Estado²²³. Es así como, si la cláusula del DB adolece de alguno de los vicios podrá ser solicitada la nulidad de la misma por medio de la acción de controversias contractuales. Tal y como lo establece el artículo 141 del CPACA, los legitimados para interponer la acción serán las partes, el Ministerio Público o un tercero que acredite interés directo:

“Artículo 141. Controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la

²²² Iván Darío Gómez Lee (2022). Las bases de la amigable composición y la intervención del Ministerio Público en El arbitraje y sus dimensiones desde el Ministerio Público, Tomo V. Arbitraje 360°.

²²³ Jaime Orlando Santofimio Gamboa (2017). Compendio de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. P. 884.

liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso.

El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes”.

En el caso del régimen de la Ley 1150 de 2007 y el de particulares administradores de recursos públicos deberán ceñirse a los mecanismos establecidos en el régimen privado. Es decir, deberán solicitar la nulidad absoluta o relativa según sea el caso de la cláusula de DB. El Código Civil señala como causas de la nulidad absoluta el objeto o causa ilícita, el no cumplimiento de los requisitos establecidos por la ley o que una de las partes sea incapaz, los demás vicios producirán nulidad relativa.

“Artículo 1741. La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

Hay así mismo la nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato”.

6.6 Conclusiones para un futuro desarrollo

En síntesis, existen grandes retos para la implementación de los DB en Colombia y se resalta el gran aporte que para la prevención del daño al patrimonio público y la solución de las desavenencias puede representar esta figura. El régimen de contratación estatal en sentido estricto de la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y los principios de la función administrativa del artículo 3 del CPACA, de la gestión fiscal del artículo 3 del Decreto 403 de 2020, el artículo 120 de la Ley 2220 de 2022 contempla los fundamentos normativos que permiten a las entidades pactar la implementación de DB para la prevención y solución especializada de controversias contractuales. Ello se desarrolló desde el numeral 6.1 donde se explicó lo viable y las limitantes.

Finalmente, en cuanto a la denominación y alcance creemos que su mejor acepción al justificarlos y aplicarlos en los contratos en Colombia es el de Mesas Asesoras de Disputas o Panel de Expertos en Disputas según el alcance que se les dé, en virtud de las remisiones a la autonomía de la voluntad y el régimen privado, los principios constitucionales y legales de economía y eficacia, entre otros, y las normas en mecanismos de solución de controversias, que las entidades públicas pueden conformar desde los comités de conciliación es un panel o en un consejo asesor de expertos que acompañe la ejecución contractual de manera preventiva y contribuya a la resolución de conflictos de manera ágil y técnica.

En conclusión, en nuestro contexto ejemplo donde los notables expertos tienen cabida son centros especializados que sean constituidos siempre y cuando sea implícito ese propósito y su alcance esté debidamente reglamentado internamente en cada organización; y también podrían ser en un centro de esta naturaleza en alianza con la Cámara Colombiana de la Infraestructura, la Sociedad Colombiana de Ingenieros y/o universidades de amplio reconocimiento en los asuntos especializados que ocupan a la respectiva mesa o panel de expertos. En adelante, para los propósitos de su desarrollo, se indicará respecto a los Dispute Boards -DB- en las modalidades de MAD o de PED, según el alcance que las partes interesadas en utilizar la figura, le den. La propuesta de este mecanismo es un asunto de carácter global, como se estudió ha sido clave en proyectos mundiales de infraestructura que han sido exitosos a partir de los DB en túneles, hidroeléctricas y sistemas de transporte, entre otros. En este sentido se ha conformado el Centro Internacional de Mediación y

Acuerdos, CIMA. Lo anterior es esencial con el fin de disminuir significativamente la posibilidad de acudir al litigio ante una controversia contractual que conlleve el desgaste del aparato jurisdiccional, el gasto de recursos públicos con su daño consecuencial y para evitar la ineficiencia en la ejecución del contrato.

CAPÍTULO III

LA INTERDISCIPLINARIEDAD DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

PRIMERA SECCIÓN. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y LA AUTOMATIZACIÓN DE PROCESOS COMO INNOVACIÓN TECNOLÓGICA PARA PREVENIR Y SOLUCIONAR DISPUTAS²²⁴

273

Juan Felipe Arias Rodríguez
Jaime Alonso Restrepo Carmona
Iván Darío Gómez Lee

Desde la línea de investigación 'Más derechos menos litigios' y el Semillero de Inteligencia Artificial y Derecho de la Universidad de los Andes hemos emprendido el propósito de evaluar y proponer, de cara a los grandes retos de las nuevas tecnologías, la aplicabilidad de la inteligencia artificial (IA) y la automatización de procesos en el fortalecimiento de las instituciones y la prevención y solución de disputas.

Este acápite aborda la perspectiva que nos encontramos desarrollando desde la academia y a nivel práctico desde el Centro Internacional de Mediación y Acuerdos (CIMA) sobre la implementación de la inteligencia artificial y procesos de automatización en la efectividad de los procesos del sector público, y para la predictibilidad, protección de información y seguridad jurídica en la solución de los conflictos.

1.1 El boom tecnológico y su uso interdisciplinario

El último informe del Instituto norteamericano Global McKinsey en 2023 concluyó que el uso de la inteligencia artificial ahorraría hasta un 30% de las horas totales que los abogados destinan en ejecutar tareas legales susceptibles a ser automatizadas en un futuro, tales como: el análisis de documentos jurídicos y la identificación de riesgos contractuales²²⁵. No existen dudas de que

²²⁴ Esta sección es desarrollada por Juan Felipe Arias Rodríguez, coordinador de la línea de inteligencia artificial e innovación legal en la línea de + MASC.

²²⁵ Instituto Global McKinsey Generative. "AI and the future of work in America", junio 26 de 2023.

próximamente las tecnologías, como la inteligencia artificial o la automatización de procesos, ocuparán un gran protagonismo en todas las dimensiones de los quehaceres profesionales. Nos encontramos en un momento que los historiadores de épocas futuras llamarán “un antes y un después” en lo que hoy es uno de los principales eventos históricos de nuestro siglo.

274

Fue para la época de la Segunda Guerra Mundial en donde el conocido matemático Alan Turing le ganó una de las batallas más arduas a los nazis con su máquina enigma, al tiempo que sentó las bases de lo que conocemos como computación. Desde allí, el avance de este tipo de tecnologías ha sido demoledor e imparable y ha desarrollado, para bien o para mal, características humanas que han transformado profundamente las profesiones, y es que es difícil pensar en el ámbito laboral alguna tarea que se desarrolle sin ayuda de un computador, internet, algoritmos o alguno de sus elementos conducentes. Hace tan solo unos 70 años, era utópico y propio de la ciencia ficción pensar en una máquina inteligente capaz de organizar datos; hoy, es común y hasta evidente hablar de máquinas o incluso sujetos abstractos con la capacidad de analizar, procesar e identificar datos y, aún más sorprendente, tomar decisiones y generar nuevo conocimiento.

Las discusiones en este ámbito de inteligencias artificiales aún son prematuras pero cada vez más comunes²²⁶. La interdisciplinariedad horizontal²²⁷ ha ganado espacio en este campo y es posible encontrar aproximaciones a estos fenómenos desde todos los ámbitos y profesiones existentes. Ciencias como la neurología han puesto a reflexionar a los desarrolladores web y a toda la comunidad en general con reflexiones aparentemente sencillas, pero filosóficamente profundas, tales como: ¿Qué es la inteligencia? ¿Qué compone y qué determina la inteligencia y cómo se identifica algo como no inteligente? ¿La

²²⁶ Vale la pena destacar que las inteligencias artificiales no tienen origen en el siglo XXI y sus implicaciones no se empezaron a estudiar hace tan solo unos años atrás. Empero de ello, con el auge de la democratización de la tecnología, en especial de los computadores, Internet y el espacio de almacenamiento, las inteligencias artificiales han ganado terreno y se han hecho merecedoras de una alta demanda por los usuarios.

²²⁷ Antonio Felipe Barreto Roza. La interdisciplinariedad: una cuestión de método, División de Estudios Jurídicos del CIDE-Sede Región Centro-México, 2016.

El concepto de interdisciplinariedad vertical parte de una premisa clave a tener en cuenta en este artículo y es que, en palabras del profesor Barreto, radica en el hecho de que cada disciplina construye de forma distinta y con sentidos diversos la realidad circundante. Si ello es así, en lugar de una “escala jerárquica y reduccionista” de los saberes, lo que hay es una “topografía heterogénea, más o menos conmensurable” de los mismos.

inteligencia requiere evolución, intuición, emoción, creatividad y otras habilidades similares? ¿Puede algo artificial ser inteligente? ¿Cómo comprendemos un cerebro artificial si aún no hemos terminado de estudiar en su totalidad el cerebro humano, es ético crear algo que aún no entendemos? ¿Cuál es la dialéctica, la cotidianidad y las realidades filosóficas, políticas, jurídicas y hasta sociológicas que la inteligencia artificial podría apropiarse como suyas y actuar en concordancia con ellas, es un riesgo para el ser humano o incluso para otras inteligencias artificiales y biológicas?

En la actualidad, académicos e investigadores como GoodFellow, Bengio y Courville²²⁸ y Muller y Bostrom²²⁹ han orientado sus trabajos y su doctrina sosteniendo como tesis que, de mantenerse un progreso exponencial de estos desarrollos, los cerebros artificiales podrían adquirir comportamientos cognitivos que incluso “permita que la IA sea capaz de superar a los humanos en todas las tareas dentro de aproximadamente 45 años”. Por otra parte, la comunidad académica más conservadora en el tema indica que nos encontramos aún muy lejos de entender y dar respuestas a las reflexiones que orientarían, eventualmente, la creación de un “ser” artificial capaz de pensar y sentir como o aún más que un humano.

1.2 Usos de la inteligencia artificial en el sector público

Ahora bien, si el panorama es tan alentador como parece en la práctica, la aplicación de estas tecnologías se justifica por mutuo propio y su interacción con el sector público es un área que aún permanece gris y poco estudiada por la academia, *per se*, su aplicación en los gobiernos, políticas públicas, operaciones, contratos, analítica y demás temas del Estado aún es marginal. Esto a pesar de que sus bondades e impactos podrían ser tan infinitas como lo es la inteligencia en sí misma, por lo que, fácilmente la IA “puede ser considerada una máquina de predicción útil para asignar de manera eficiencia y eficaz los recursos, así como, ayudar en la toma de decisiones a los funcionarios encargados (...)”²³⁰. Ello solo por mencionar un par de campos en los que la IA puede ser el jugador más valioso del partido.

²²⁸ GoodFellow, Bengio y Courville, Deep Learning. MIT press - Cambridge, 2016.

²²⁹ Muller, V.C. y N. Bostrom. Future progress in artificial intelligence: a survey of expert opinion. Biblioteca de Springer/ Synthese.

²³⁰ Agrawal A; Gans J. y Goldfarb A. Prediction Machines: The simple economics of artificial Intelligence, Harvard Review, 2018.

Hoy, organismos internacionales como la OCDE llevan la vocería en estas innovaciones desarrollando investigaciones como el 'Uso estratégico y responsable de la inteligencia artificial en el sector público de América Latina y el Caribe'²³¹, demostrando la relevancia que puede tener el uso de estas herramientas para el Estado. Entre algunas conclusiones a las que llega este estudio se afirma que los gobiernos de América Latina deben darles prioridad a tres elementos:

276

Primero, un desarrollo responsable de la IA para que esta sea fiable y centrada en el ser humano que comprenda la ética de los datos y garantice imparcialidad. Los algoritmos deben contener empatía y la capacidad de brindar seguridad y protección para evolucionar a mecanismos de rendición cuentas y enfoque inclusivo. Segundo, generar capacidades clave de gobernanza para crear espacios de experimentación y comprender problemas de lo público con el fin de que desde el enorme potencial de la inteligencia artificial se puedan solucionar. Tercero, desarrollar conocimientos especializados para que la IA se concentre en la ciencia de los diferentes sectores.

Las instituciones en el Estado colombiano pueden encontrar en la inteligencia artificial una herramienta aliada para incorporar dentro de sus procesos y controles con el objetivo, entre muchos otros usos que puede tener, de evitar y predecir aquellas situaciones de riesgo que le pueden generar un alto volumen de demandas y reclamaciones. Como es natural, el enfoque preventivo, en la mayoría de los casos, representa más ahorro y menos impacto para el erario y, por ello, una ventaja comparativa y competitiva para la eficiencia y eficacia del recurso.

Un ejemplo de ello es que en el año 2022 en un informe de la Corte Constitucional se reveló que de las 436.031 tutelas recibidas durante la vigencia, el derecho de petición fue el más tutelado con 217.025 casos, es decir, 595 diarias, lo que representa un impacto de aproximadamente un 50% sobre el uso del aparato judicial²³². Esto demuestra el punto de calor en donde el aparato estatal, en teoría, debería enfocar la mayor cantidad de esfuerzos para

²³¹ Uso estratégico y responsable de la inteligencia artificial en el sector público de América Latina y el Caribe. OCDE, 2022.

²³² Informe de la Corte Constitucional sobre las tutelas en la vigencia del 2021. Disponible en: [https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/la-corte-constitucional-recibio-436-000-tutelas-entre-enero-y-noviembre-de-2021-3297951#:~:text=M%C3%A1s%20abajo%20en%20el%20ranking,administraci%C3%B3n%20de%20justicia%20\(15.210\)](https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/la-corte-constitucional-recibio-436-000-tutelas-entre-enero-y-noviembre-de-2021-3297951#:~:text=M%C3%A1s%20abajo%20en%20el%20ranking,administraci%C3%B3n%20de%20justicia%20(15.210))

evitar la no atención o atención tardía de las peticiones en las entidades, que concluyen en un fallo de tutela ordenando la respuesta al ciudadano.

Eventualmente, en un contexto como el colombiano se abre la posibilidad de aplicar al servicio de lo público las capacidades de la inteligencia artificial, ya sea para realizar seguimiento y/o alertas tempranas, o en su defecto, para generar las respuestas correspondientes. Este es uno de los caminos que se pueden andar para la prevención y la solución de situaciones que generan alta litigiosidad para el Estado colombiano.

Con seguridad, su buen uso y servicio inteligente y estratégico tendrá impactos en la eficiencia y efectividad de la administración pública. La esencia del uso de las tecnologías y las herramientas de inteligencia artificial es, primero, acompañar al ciudadano en la ubicación institucional que corresponda a la satisfacción de sus derechos; segundo, construir un mapa institucional que permita la mayor eficiencia en las entidades inundadas con miles de derechos de petición; y, tercero, con acciones y respuestas oportunas hacer del CPACA un instrumento eficiente y efectivo en la materialización de los derechos del ciudadano y por ello evitar tutelas o medios de control jurisdiccional.

Según la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado durante el año 2021, las cifras de litigiosidad del Estado alcanzaron los 309.234 procesos judiciales con unas pretensiones por \$448 billones de pesos, para el 2023 esta cifra aumento a 353.587 procesos con pretensiones por \$659 billones de pesos²³³. Aunado a ello, según el último informe “Doing Business” del año 2019 presentado por el Banco Mundial, en Colombia la resolución de un proceso civil puede tardar hasta 1.288 días y el costo del proceso judicial puede llegar a alcanzar el 45% de las pretensiones que se reclaman. Esto pone de presente las debilidades en términos de eficiencia y efectividad y altos costos por la que atraviesa el sistema judicial colombiano, incluso, llegando a ser comparado con países con economías más restringidas y limitadas como Afganistán y Camboya. De allí la importancia de implementar solución de conflictos en Colombia fuera de los márgenes tradicionales de la administración de justicia, ello requiere del uso de mecanismos alternativos de solución de conflictos dada la proposición de alternativas económicas y eficaces que permiten los arreglos directos para

²³³ Estas cifras fueron obtenidas del informe de litigiosidad presentado en el año 2023 por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

los ciudadanos, o en su defecto, lograr una fórmula de arreglo que lleve a buen puerto la controversia.

En ese orden de ideas, con el paso del tiempo la inteligencia artificial será un agente clave en el sistema judicial colombiano desde múltiples aristas que atraviesan: tanto en la prevención del conflicto hasta el apoyo en la aplicación de algún mecanismo alternativo de solución de conflictos entre las partes. En la actualidad los usos de la IA se centran en la creación y aplicación de modelos predictivos, que bajo el procesamiento y lectura de altos volúmenes de información identifican patrones y probabilidades de éxito de litigio mediante el análisis de casuística, lo que ayuda al empresario y/o a la entidad pública en la toma de decisiones jurídicas. Algunos ejemplos en aplicación son:

- Premonition: es la base de litigios más grande del mundo presente en 13 países del mundo, con información de más de 174 millones de casos analizados. Esta herramienta permite, entre otras ventajas estratégicas: i) identificación del profesional en derecho que es contraparte en el caso: sus estadísticas, su perfil profesional, su desempeño, entre otros; ii) análisis de hechos del caso que permite establecer una estrategia de litigio eficientes a partir de puntos de referencia (o puntos “calientes”), casos similares y análisis de hechos hitos para los casos; iii) estudio a profundidad del juez que falla el caso, su comportamiento, tasas de éxito frente al juez en casos similares, entre otros; y iv) presentación de estadísticas e historial de litigios de la empresa.

Con esta IA, las empresas pueden evitar incurrir en litigios incensarios, costosos o con poca probabilidad de éxito y acudir a mecanismos alternativos de solución de conflictos que les resulten más eficientes y económicos.

- Online Dispute Resolution – ODR / Sistemas de solución de controversias judiciales en línea. Estos sistemas aparecen como una de las últimas tendencias en solución de controversias por fuera del aparato judicial tradicional. Algunas de sus ramificaciones son: i) la solución online de litigios, ii) la resolución de disputas en línea, iii) la resolución electrónica de controversias y iv) la resolución de litigios en línea. Todos estos, en principio, pueden enmarcarse en los ODR. Se trata de un mecanismo autónomo de resolución de conflictos, que incluso puede contener su

propia regulación por las partes o bajo unos referentes iniciales dado por los ODR. Su agente principal, a diferencia de los otros MASC, es la tecnología, como cuarto sujeto. Razón por la cual, se requiere la existencia de una plataforma virtual que medie y se haga presente en el relacionamiento de los sujetos que lleve a la solución de la controversia.

La inteligencia artificial se está utilizando actualmente en diversas áreas del sector público, incluyendo justicia, seguridad, administración pública y servicios legales, así como en comercio, impuestos y aduanas. Esta técnica proveniente de la Cuarta Revolución Industrial desempeña un papel en la gestión de finanzas públicas, mejorando la transparencia y optimizando la contratación pública. La IA también está transformando la planificación urbana, la participación ciudadana y la gestión de infraestructuras, a la vez que impacta en la educación, la formación profesional, el empleo y los servicios sociales, como la atención médica, el cuidado de ancianos y el bienestar infantil. Además, se está aplicando en el transporte, la ciberseguridad, la energía, la gestión ambiental, la política sanitaria, la gestión de crisis, los recursos humanos y la opinión pública, impulsando la eficiencia, la transparencia y una mejor prestación de servicios en todos estos sectores. La Figura 1 muestra algunos usos de las herramientas de la IA que se utilizan en el sector público.

1.3 Inteligencia Artificial en la justicia

Una aproximación de los usos de la inteligencia artificial en el sector público parte de una crítica constructiva, en la cual, es necesario pasar de la pedagogía muy fructífera, por cierto, pero aún incipiente para alcanzar logros y avanzar con proyectos debidamente aplicados en materia de inteligencia artificial. De una parte, el diario El Espectador de Colombia, realiza un estado del arte del panorama de la Inteligencia Artificial en la justicia colombiana²³⁴. De otra parte, con la sentencia T-323 de 2024 de la Corte Constitucional²³⁵ el país cuenta con un primer referente a nivel de alta Corte que comienza a fijar pautas para el uso de inteligencia artificial en el sistema jurídico colombiano. El propósito de esta sección es avanzar en la ruta de la implementación de la Inteligencia Artificial en el sistema jurídico colombiano para alcanzar arreglos más expeditos y

²³⁴ El Espectador. (2 de septiembre de 2024). El panorama de la Inteligencia Artificial (IA) en la justicia colombiana. El Espectador <https://www.elespectador.com/judicial/el-panorama-de-la-inteligencia-artificial-ia-en-la-justicia-colombiana/>

²³⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-623 de 2024. 2 de agosto de 2024. M.P. [Juan Carlos Cortés González]

directos que logren una efectiva atención a las necesidades jurídicas insatisfechas de los colombianos.

En cuanto al panorama de la IA de la justicia colombiana cabe indicar que, siguiendo a la experta Mariana Gascón Abellán, catedrática en Filosofía del Derecho en la Universidad Castilla- La Mancha de España, se ha resaltado la importancia de la inclusión y uso de la Inteligencia Artificial en términos de las ventajas y oportunidades de su uso en asuntos judiciales, entre ellos, la destacada académica resalta las siguientes ventajas, al pie del texto:

- Una de las ventajas de la IA, por ejemplo, es el aporte a modelos de razonamiento para los jueces, es decir, ponerles de presente posibles escenarios en los casos. En este sentido, se miden riesgos y pueden calcular si se hace necesaria o no, por ejemplo, una medida cautelar.
- Las herramientas de la IA pueden ayudar a descongestionar sistemas judiciales que no dan abasto, como en Colombia. Además, ayudan en pleitos sencillos o rutinarios; es decir, lo "burocrático".
- La IA puede apoyar en los despachos con el análisis de las pruebas en distintos casos. A manera de ejemplo, las "Pruebas como reconocimiento facial, medir la velocidad de un vehículo, servicios de transcripción de audio a texto, La IA analiza los datos y es preciso, a una velocidad que los humanos no pueden".

A su vez, en el estado del arte ya referido del Diario el Espectador, en cuanto a riesgos, Rubén Martínez Gutiérrez, profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Alicante en España destaca la especial atención que debe tener la regulación en la inserción de transiciones de índole tecnológica para el caso colombiano. A continuación, se exponen los riesgos que existen según Martínez:

- Las herramientas en los procesos requieren el uso y almacenamiento de datos personales. Una regulación marcaría la pauta para saber hasta dónde se permite una recolección de información.

- Los jueces y expertos pueden incluso llegar a incurrir en errores propios de la IA, como el uso de jurisprudencia inexistente, o caer en "deep fakes" (pruebas creadas y manipuladas que, tal vez, no pueda identificar la IA).
- La finalidad de las capacitaciones que requieren los jueces es que cumplan con su misión de preservar la seguridad, privacidad, la igualdad y los derechos.

A partir del trabajo de investigación realizado de nuestra parte y con el apoyo de la asistente de investigación María José Benavides Zapata, se han identificado retos a partir de las inexactitudes que puede contener el uso de la inteligencia artificial, dado que implica un entrenamiento exhaustivo de la herramienta y de los operadores, quienes deben tener la capacidad de identificar posibles respuestas sin una verificación consistente. En esta medida, la mecanización del ejercicio jurídico para efectos de descongestión del sistema judicial es necesaria, puesto que, los operadores jurídicos deben tener la posibilidad de solucionar las necesidades jurídicas básicas insatisfechas de cada uno de los ciudadanos y evitar que los procesos prescriban por la congestión del sistema judicial en el país.

Dentro de las desventajas de la delegación parcial o total de la toma automática de decisiones en la gestión pública resaltamos la posible vulneración a derechos fundamentales como la no discriminación, el debido proceso o la protección de datos personales²³⁶. A manera de ejemplo, cuando los titulares de la información no conocen qué finalidades tiene su tratamiento de datos personales o cuando existe una reproducción de sesgos en el entorno digital que pueden vulnerar el debido proceso. De hecho, los autores Garrido & Hermosilla, plantean que los orígenes de este fenómeno son²³⁷:

“(1) que sea intencionalmente provocada por quienes desarrollaron o implementaron el sistema (por ejemplo, para proteger los secretos comerciales), (2) la brecha digital que le impide al receptor comprender la información y, (3) intrínseca al sistema por tratarse de instrucciones que operan en lenguajes matemáticos.”

²³⁶ Gutiérrez, J.D., & Castellanos Sánchez, M. (2023) Transparencia algorítmica y Estado Abierto en Colombia. Reflexión política 25(52), pp. 6-21. doi: <https://doi.org/10.29375/01240781.4789>

²³⁷ Garrido, R., Lapostol, J. P., & Hermosilla, M. P. (2021). Transparencia algorítmica en el sector público. GOB LAB UAI; Consejo para la Transparencia.

Así pues, resulta indispensable que desde el sistema jurídico se establezcan criterios de transparencia y probidad cuando los funcionarios se apoyan de estas herramientas en aras de lograr un uso responsable. En nuestro sistema judicial, la transparencia se debe consolidar como un criterio que imponga precisión sobre las actuaciones judiciales, que deben conservar una postura ética en procura de la eficacia del sistema jurídico.

Ahora bien, en la sentencia mencionada de la Corte Constitucional, primer hito de esa alta Corte, se destacan las siguientes ideas fuerza a propósito de la insistencia de la alta corte en la necesidad de regulación: guía, manual o lineamientos para el uso de la inteligencia artificial por parte del Consejo de Estado. A saber:

- El propósito de la Inteligencia Artificial no es reemplazar la decisión del juez, sino optimizar los tiempos empleados en la redacción de sentencias, previa corroboración de la información obtenida. Así, el juez puede hacer uso de las herramientas de Inteligencia Artificial, no obstante, este apoyo debe tener una vocación de soporte y complemento a la decisión del juez, sin que éste sea reemplazado por la IA.
- El problema jurídico central que resuelve la Corte radica en la verificación de una posible vulneración al derecho fundamental al debido proceso por el uso de IA.
- Es necesaria la aplicación de criterios éticos y el uso de mejores prácticas para asegurar la independencia y autonomía de la labor judicial.
- La Corte ha establecido múltiples criterios para el uso responsable de las herramientas de inteligencia artificial por parte de los jueces. A saber: transparencia, responsabilidad, privacidad, no sustitución de la privacidad humana, seriedad y verificación, prevención de riesgos, igualdad y equidad, regulación ética, adecuación a buenas prácticas y estándares colectivos, seguimiento continuo y adaptación, idoneidad. Resulta imprescindible esta caracterización por parte de la Corte, toda vez que, reconoce los grandes impactos que tiene el uso de la tecnología sobre los derechos de los colombianos, habida cuenta de la prevención del mal uso de datos personales y sensibles necesarios para la gestión de actuaciones y decisiones judiciales.

Los asuntos tratados en este aporte de referencia nos conectan con el Semillero de Inteligencia Artificial y Derecho de la Universidad de los Andes y del Centro Internacional de Mediación y Acuerdos (CIMA). A partir de estos aportes de investigación, se realizará un esfuerzo en materia de soluciones alternativas de conflictos y optimización de procesos judiciales a través de la inteligencia artificial, considerando la seguridad jurídica.

La inteligencia artificial es una herramienta innovadora para efectos de la clasificación de información y análisis de conflictos. En este sentido, el uso de los mecanismos alternativos de solución de conflictos logra la disminución de costos de transacción en búsqueda de la eficiencia y justicia, siempre que medie la transparencia en el uso de la información. Además, la defensa del interés general a partir de los progresos tecnológicos nos ocupa del análisis de la salvaguarda a la seguridad jurídica y se mejora el servicio de justicia.

1.4 La inteligencia artificial, una herramienta al servicio del ser humano, del derecho y los MASC/CIMA

Finalmente, es imperativo suscribir las palabras del profesor Sebastián Thrun, quien asegura que “nadie lo dice de esta manera, pero creo que la inteligencia artificial es casi una disciplina de humanidades. Es realmente un intento de entender la inteligencia humana y la cognición humana”. No es posible perder de vista que, al final de cuentas, estos servicios de inteligencia requieren estar al servicio del ser humano y no al contrario. La revolución es y será una realidad siempre y cuando camine acompañada de la mano humana y logre entender las emociones, la felicidad, el dolor, los errores, la empatía y la alegría de servir al otro, de buscar el tan anhelado estado de paz y equidad.

Con todos estos aspectos tan relevantes para el futuro del derecho, la justicia y la estabilidad de las instituciones que hacen viable la subsistencia y la convivencia humana, destacamos que desde el año 2020 hemos venido incentivando el uso de tecnologías en la optimización de procesos, como en su momento se realizó en la Procuraduría General de la Nación con la digitalización de la conciliación administrativa que fue meritoria del premio de Corporación Excelencia en la Justicia.

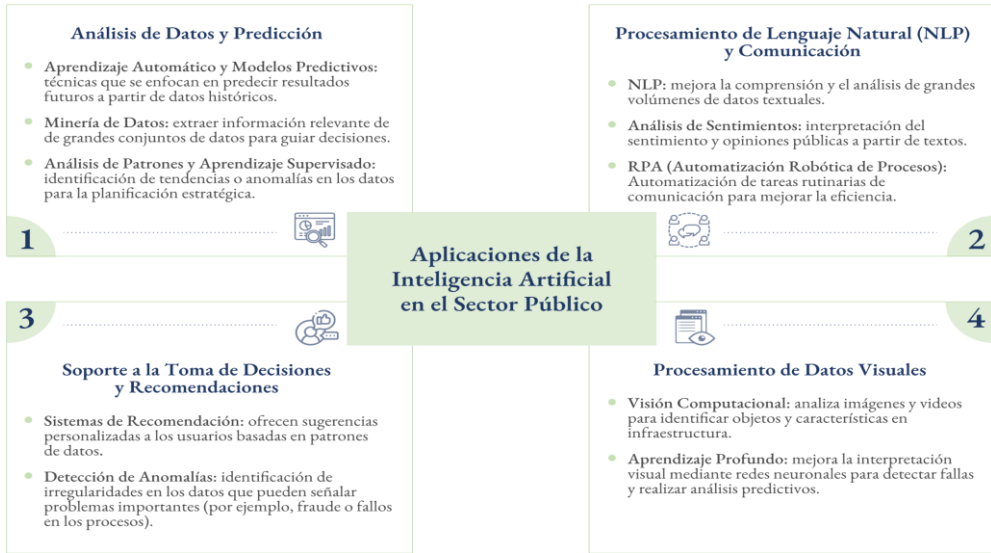


Figura 1. Herramientas de la inteligencia artificial usadas en el sector público

Ahora, desde la inteligencia artificial y los grandes usos que se le están dando, queremos continuar promoviendo la implementación de estas herramientas para el fortalecimiento de las instituciones y la solución de conflictos. Particularmente, desde la línea de investigación y el Semillero de Inteligencia Artificial y Derecho de la Universidad de los Andes trabajaremos sobre la predictibilidad de los conflictos, la protección de la información y la seguridad jurídica apoyados en la academia y en alianzas con PhDs y reconocidos expertos y organizaciones públicas y privadas dedicadas a la innovación legal y al desarrollo en punto de la efectividad de los derechos, las libertades y la dignidad humana.

Con los aspectos analizados desde la línea de investigación ‘Más derechos menos litigios’ y contando ahora con el CIMA como vehículo de la promoción de soluciones justas y eficientes a las disputas de las personas en la sociedad, con el conocimiento especializado que nos arrojan las publicaciones de esta investigación y con las mejores referentes de conocimiento desde el sur; estamos construyendo las vías para promover competencias de soluciones amigables, habilidades blandas que se forjan con la acción comunicativa que ha promovido Habermas, entre los actores sociales, con referentes de seguridad jurídica en cuanto a soluciones definitivas que ofrezcan certeza y desde referentes de predictibilidad que aseguren estabilidad. Nuestro nuevo emprendimiento es que seamos los principales tutores de un derecho justo,

bien hecho que con un buen manejo de la IA sea un espacio masivo que se forje desde la especificidad de cada caso.

1.5 Evolución de la solución de conflictos

En las últimas décadas, la resolución de conflictos ha evolucionado significativamente, adaptándose a la dinámica cambiante de la política global, los sistemas legales y las estructuras organizacionales²³⁸. Tradicionalmente, la resolución de conflictos ha dependido en gran medida de intermediarios humanos como diplomáticos, jueces, mediadores y árbitros que facilitan el diálogo, la negociación y la toma de decisiones; los métodos usados han sido, en su mayoría, reactivos, requiriendo que las partes se reúnan después de que una disputa ya se había intensificado²³⁹. Las negociaciones se han llevado con enfoques en el compromiso y la conciliación, mientras que las disputas legales se han resuelto en tribunales o a través de paneles de arbitraje que analizan pruebas, escuchan testimonios y toman decisiones.

En la década de 1990 y principios de la década de 2000, la resolución de conflictos vio un énfasis creciente en los mecanismos alternativos de resolución de disputas (ADR, por sus siglas en inglés), como la mediación y el arbitraje, que apuntaban a reducir el costo y el tiempo asociados con los litigios²⁴⁰. En este periodo, diversos organismos internacionales como las Naciones Unidas y la Organización Mundial del Comercio institucionalizaron marcos de resolución de conflictos, facilitando las negociaciones diplomáticas y mediando disputas comerciales y políticas²⁴¹. Sin embargo, el proceso siguió siendo en gran medida manual y dependiente de la experiencia de actores humanos, con poca integración de tecnología más allá de las herramientas de comunicación y las bases de datos legales.

²³⁸ Morrill, C., & Rudes, D.S. (2010). Conflict Resolution in Organizations. *Annual Review of Law and Social Science*, 6(1), 627-651. <https://doi.org/10.1146/annurev.lawsocsci.3.08.1806.112717>

²³⁹ Dignath, D., Kiesel, A., & Eder, A. B. (2015). Flexible conflict management: Conflict avoidance and conflict adjustment in reactive cognitive control. *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory, and Cognition*, 41(4), 975-988. <https://doi.org/10.1037/xlm0000089>

²⁴⁰ Menkel-Meadow, C.J. (2015). Mediation, Arbitration, and Alternative Dispute Resolution (ADR). *International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences*, Elsevier Ltd. 2015, UC Irvine School of Law Research Paper No. 2015-59, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2608140>

²⁴¹ Zhang, A. and Qi, H. (2022). The effectiveness in international mediation of international organizations. *International Journal of Conflict Management*, 33(4), 684-713. <https://doi.org/10.1108/IJCM-10-2021-0166>

La IA, una herramienta de la Industria 4.0, está transformando la resolución de conflictos al introducir tecnologías avanzadas como las plataformas de resolución de disputas en línea (ODR), que ofrecen espacios virtuales y herramientas digitales para una gestión eficiente de las disputas²⁴². Mientras que los sistemas de resolución dependen en gran medida del criterio humano, la IA puede mejorar la previsibilidad, proteger la información confidencial y fortalecer la seguridad jurídica, Figura 2. A medida que migramos hacia la Sociedad 5.0²⁴³, el papel de la IA se está expandiendo más allá de la industria, centrándose en soluciones centradas en el ser humano que aborden desafíos sociales más amplios y promuevan la inclusión y la sostenibilidad.



Figura 2. Aportes de la inteligencia artificial en la solución de conflictos

1.6 Uso general de la inteligencia artificial en la resolución de conflictos

La inteligencia artificial se ha convertido en una herramienta cada vez más importante en la resolución de conflictos, ya que ofrece una gama de capacidades que mejoran la eficiencia y los resultados en diversas formas de disputas. Por ejemplo, las partes involucradas en disputas complejas pueden recibir información extraída de la jurisprudencia, de los fallos anteriores y de

²⁴² Engin, Z., & Treleaven, P. (2019). Algorithmic government: automating public services and supporting civil servants in using data science technologies. *The Computer Journal*, 62(3), 448-460. <https://doi.org/10.1093/comjnl/bxy082>

²⁴³ Ziatdinov, R.; Atteraya, M.S.; Nabyev, R. (2024). The Fifth Industrial Revolution as a transformative step towards Society 5.0. *Societies*, 14(19). <https://doi.org/10.3390/soc14020019>

las pruebas, gracias a la capacidad de la IA para analizar grandes volúmenes de datos permite una toma de decisiones más eficaz y basada en datos²⁴⁴. Esta capacidad de análisis de datos permite que los sistemas basados en IA brinden recomendaciones informadas basadas en patrones históricos, lo que ayuda a las partes y a los mediadores a navegar por estructuras legales complejas con mayor precisión y velocidad²⁴⁵. Además, las herramientas de IA pueden mejorar los canales de comunicación en la resolución de conflictos, lo que permite interacciones más claras y estructuradas entre las partes. Las plataformas digitales impulsadas por IA no solo facilitan las discusiones, sino que también brindan retroalimentación en tiempo real, sugerencias de mediación y marcos de diálogo estructurados para ayudar a las partes a llegar a acuerdos de manera más eficaz.

En los entornos de arbitraje y mediación, la IA está transformando la forma en que se analizan y resuelven los conflictos. Mediante el uso del procesamiento del lenguaje natural (PLN) y otras técnicas impulsadas por la IA, estos sistemas pueden analizar contratos, documentos legales y textos relacionados con disputas para identificar elementos y términos clave que podrían pasarse por alto en revisiones manuales. La IA puede destacar precedentes legales relevantes o sugerir vías de resolución en función del lenguaje utilizado en los contratos o resoluciones anteriores de disputas similares²⁴⁶. Esto garantiza que los mediadores y árbitros puedan centrar sus esfuerzos en los aspectos más importantes del caso, agilizando el proceso y mejorando la probabilidad de consenso. Las capacidades analíticas de la IA le permiten ofrecer posibles soluciones o marcos para la negociación, lo que proporciona a los mediadores humanos herramientas que pueden reducir el tiempo dedicado a deliberar y ayudar a lograr un resultado más justo para todos los involucrados²⁴⁷.

²⁴⁴ Elgendy, N., Elragal, A., & Päivärinta, T. (2021). DECAS: a modern data-driven decision theory for big data and analytics. *Journal of Decision Systems*, 31(4), 337-373. <https://doi.org/10.1080/12460125.2021.1894674>

²⁴⁵ Zafar, A. Balancing the scale: navigating ethical and practical challenges of artificial intelligence (AI) integration in legal practices. *Discover Artificial Intelligence*, 4(27) (2024). <https://doi.org/10.1007/s44163-024-00121-8>

²⁴⁶ Alessa, H. (2022). The role of artificial intelligence in online dispute resolution: a brief and critical overview. *Information & Communications Technology Law*, 31(3), 319-342. <https://doi.org/10.1080/13600834.2022.2088060>

²⁴⁷ Abad, A.A. (2024). Artificial Intelligence and the Future of International Trade Law and Dispute Settlement. *Contemporary Asia Arbitration Journal*, 17(1), 35-68, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4849453>

La IA, en particular a través de modelos de aprendizaje automático, desempeña un papel crucial para garantizar la equidad y reducir los sesgos en la resolución de conflictos²⁴⁸. En el arbitraje y la mediación, los sistemas de IA analizan contratos, documentos legales e historiales de disputas, lo que permite a los mediadores centrarse en cuestiones críticas y sugerir posibles soluciones. Los modelos de aprendizaje automático, entrenados en grandes conjuntos de datos, pueden identificar patrones de sesgo o inequidad en fallos anteriores, lo que ayuda a garantizar la igualdad de trato para todas las partes. Al combinar esta información basada en datos producto de la IA con el criterio humano, la resolución de conflictos se vuelve más eficiente, transparente y justa, lo que en última instancia conduce a resultados más equitativos²⁴⁹.

1.7 Predictibilidad de los conflictos

Una de las principales fortalezas de la IA en la resolución de conflictos es su capacidad predictiva. En este sentido, los modelos de IA pueden analizar datos históricos sobre conflictos, como disputas laborales, relaciones internacionales o casos legales, para identificar patrones que conducen al surgimiento de conflictos²⁵⁰. Al reconocer señales de alerta tempranas, como cambios en la comunicación, factores estresantes financieros o cambios en el comportamiento, los sistemas de IA pueden predecir la probabilidad de disputas y sugerir medidas preventivas. Esta capacidad predictiva es particularmente útil en la resolución de conflictos internacionales, donde las tensiones geopolíticas, los factores económicos y los agravios históricos a menudo se cruzan²⁵¹.

El análisis predictivo de la IA puede ayudar a anticipar la escalada de conflictos al modelar varios escenarios y sus posibles resultados, lo que permite a las

²⁴⁸ Wan, M., Zha, D., Liu, N., & Zou, N. (2023). In-Processing Modeling Techniques for Machine Learning Fairness: A Survey. *ACM Transactions on Knowledge Discovery from Data*, 17(3), 1-27. <https://doi.org/10.1145/3551390>

²⁴⁹ Zhao, J., Gómez Fariñas, B. (2023). Artificial Intelligence and Sustainable Decisions. *European Business Organization Law Review*, 24, 1-39. <https://doi.org/10.1007/s40804-022-00262-2>

²⁵⁰ Ermakova, E.P., Frolova, E.E. (2022). Using Artificial Intelligence in Dispute Resolution. In: Inshakova, A.O., Frolova, E.E. (eds) *Smart Technologies for the Digitisation of Industry: Entrepreneurial Environment. Smart Innovation, Systems and Technologies*, vol. 254. Springer, Singapore. https://doi.org/10.1007/978-981-16-4621-8_11

²⁵¹ Ndzendze, B., & Marwala, T. (2023). Artificial Intelligence and International Relations Theories. *Springer Nature Singapore* <https://doi.org/10.1007/978-981-19-4877-0>

partes interesadas intervenir antes de que los conflictos empeoren²⁵². La predictibilidad no solo reduce la intensidad y la duración de los conflictos, sino que también ayuda a la asignación de recursos, lo que garantiza que los esfuerzos de mediación se centren en áreas de alto riesgo.

1.8 Protección de la información en resolución de conflictos con IA

Las plataformas impulsadas por IA en la resolución de conflictos priorizan la protección de la información sensible mediante métodos avanzados de encriptación, algoritmos de preservación de la privacidad y el cumplimiento de marcos regulatorios como el RGPD (Reglamento General de Protección de Datos). En los conflictos legales y diplomáticos, donde la confidencialidad de la información es fundamental, la IA desempeña un papel importante para garantizar que los datos privados estén protegidos del acceso no autorizado y, al mismo tiempo, se utilicen de manera eficaz para facilitar la resolución²⁵³.

Las herramientas de IA en la resolución de conflictos también pueden detectar y mitigar los riesgos de ciberseguridad, lo que garantiza que las comunicaciones privadas entre las partes permanezcan confidenciales. Además, se pueden utilizar técnicas de aprendizaje automático para identificar anomalías en los patrones de acceso a los datos o en los registros de comunicación²⁵⁴, lo que permite generar alertas sobre posibles infracciones o fugas de información.

1.9 Certeza jurídica en la resolución de conflictos con IA

La IA contribuye a la certeza jurídica en la resolución de conflictos al mejorar la transparencia y la coherencia en los procesos de toma de decisiones. En las disputas legales, los sistemas de IA pueden estandarizar el análisis de la jurisprudencia, lo que reduce la variabilidad de los resultados judiciales²⁵⁵. La

²⁵² Zeberga, M.S., Haaskjold, H., & Hussein, B. (2024). Digital Technologies for Preventing, Mitigating, and Resolving Contractual Disagreements in the AEC Industry: A Systematic Literature Review. *Journal of Construction Engineering and Management*, 150(6). <https://doi.org/10.1061/JCEMD4.COENG-14032>

²⁵³ Walters, R., Novak, M. (2021). Artificial Intelligence and Law. In: *Cyber Security, Artificial Intelligence, Data Protection & the Law*. Springer, Singapore. https://doi.org/10.1007/978-981-16-1665-5_3

²⁵⁴ Ahsan, M., Nygard, K.E., Gomes, R., Chowdhury, M.M., Rifat, N., & Connolly, J.F. (2022). Cybersecurity Threats and Their Mitigation Approaches Using Machine Learning-A Review. *Journal of Cybersecurity and Privacy*, 2(3), 527-555. <https://doi.org/10.3390/jcp2030027>

²⁵⁵ Kluttz, D. N., & Mulligan, D. K. (2019). Automated decision support technologies and the legal profession. *Berkeley Technology Law Journal*, 34(3), 853-890. <https://www.jstor.org/stable/26954398>

capacidad de la IA para procesar grandes cantidades de datos legales permite tomar decisiones más predecibles y uniformes, lo que contribuye a una sensación de equidad y estabilidad en el sistema legal.

Al automatizar la interpretación de normas, leyes y precedentes, la IA también ayuda a los profesionales del derecho a garantizar que los resultados de la resolución de disputas se basen en principios jurídicos establecidos, lo que aumenta la confianza en el proceso legal²⁵⁶. Esto contribuye a la seguridad jurídica, ya que las partes pueden anticipar la probabilidad de ciertos resultados basándose en un análisis objetivo en lugar de una interpretación humana subjetiva.

En resumen, la IA puede mejorar significativamente la resolución de conflictos al agilizar el análisis de datos, predecir posibles disputas, proteger la información sensible y promover la seguridad jurídica. Su capacidad para procesar grandes cantidades de datos rápidamente permite tomar decisiones más informadas, mientras que los modelos predictivos ayudan a evitar que los conflictos se agraven. La IA también fortalece la seguridad de la información mediante un cifrado avanzado y reduce el sesgo al ofrecer información consistente basada en datos, lo que fomenta la transparencia y la equidad. Sin embargo, la IA tiene limitaciones, incluido el riesgo de sesgo o bias de los algoritmos si no se realiza un entrenamiento apropiado de los modelos analíticos o se entrena con datos defectuosos; adicionalmente se tiene incapacidad de captar las emociones humanas, matices culturales o las complejidades éticas. La dependencia excesiva de la IA podría disminuir el papel del juicio humano en situaciones que requieren un análisis contextualizado, y las preocupaciones sobre la privacidad persisten a pesar de las herramientas de ciberseguridad. Además, los marcos regulatorios están rezagados, lo que plantea preguntas sobre la rendición de cuentas y la validez de las decisiones impulsadas por la IA. En conclusión, se busca dentro del avance hacia la Sociedad 5.0, equilibrar los avances tecnológicos con enfoques centrados en el ser humano, asegurando que la IA no solo mejore la eficiencia, sino que también aborde desafíos sociales más amplios con equidad, inclusión y responsabilidad ética.

²⁵⁶ Scherer, M. (2019). Artificial Intelligence and Legal Decision-Making: The Wide Open? *Journal of International Arbitration*, 36(5), 539-573. <https://doi.org/10.54648/joia2019028>

SEGUNDA SECCIÓN. COACHING Y MODELOS MUNDIALES DE NEGOCIACIÓN

María Clara Jaramillo
Mauricio Villegas Echeverri

2.1 Introducción: El conflicto

Los teóricos del conflicto han sostenido la importancia de despojarlo de su carga negativa y aceptarlo como una realidad natural y necesaria para el crecimiento y la transformación social. Ya a comienzos del siglo XX la estadounidense Mary Parker Follet abogaba por un enfoque más creativo y constructivo del manejo del conflicto, sostenía que, puesto que este era una realidad que no podía evitarse, deberíamos hacer que “trabaje para nosotros” y lo comparaba con la fricción en la práctica de un ingeniero mecánico: aunque el deber fundamental del ingeniero consiste en eliminar el roce entre los diversos objetos y superficies, también es cierto que lo capitaliza, porque es la fricción entre las ruedas del tren y las vías lo que hace que el tren avance.²⁵⁷

El estratega militar y filósofo chino Sun Tzu, quien vivió entre los años 480 y 211a.c. describe el conflicto como luz y sombra, peligro y oportunidad, estabilidad y cambio, fortaleza y debilidad, como una paradoja entre el impulso para avanzar y el obstáculo que se opone²⁵⁸.

El experto norteamericano en gestión de equipos directivos, Patrick Lencioni, autor del libro “las 5 disfunciones de los equipos”, plantea que la dificultad para construir confianza propicia el temor al conflicto, las personas en los equipos que evitan el conflicto, “para no herir los sentimientos, terminan alentando una peligrosa confrontación entre ellos”; tienen miedo a decir las cosas, son incapaces de abrir conversaciones y discutir sobre puntos de vista diferentes, ocultan sus opiniones, incurren en ataques personales y recurren a conversaciones veladas y a comentarios cuidadosos²⁵⁹. El autor contrapone el conflicto productivo al conflicto destructivo, resalta que el conflicto es un tema

²⁵⁷ Werther J., William B; Davis, Keith. Administración de personal y recursos humanos. McGraw-Hill, 1995.

²⁵⁸ Sun Tzu: el arte de la guerra. El Cid Editor, 2009.

²⁵⁹ Lencioni, P. (2002) *The five dysfunctions of a team: a leadership fable*. 1st ed. San Francisco: Jossey-Bass.

tabú en las organizaciones y señala la práctica común de evasión, en aras de una presunta eficiencia.

La teoría del conflicto nos enseña que es necesario cambiar el enfoque y empezar a entender el conflicto como una oportunidad y no como un obstáculo en la vida social. No se habla ya de resolver o solucionar los conflictos, sino de manejarlo; la transformación del conflicto y los mecanismos para lograrlo ocupan hoy gran parte de los estudios en la materia.

La teoría del conflicto reconoce tres aproximaciones diferentes para encararlo. En primer lugar, la fuerza entendida como la confrontación verbal o física de los oponentes, llevada a su máxima expresión en la guerra. En segundo lugar, una aproximación desde quien tiene la razón, o a quién le asiste el derecho, definida por una autoridad competente, llevada a su máxima expresión en los sistemas jurídicos y en el litigio, por último, la conciliación de intereses, que se lleva a cabo en procesos de negociación autocompositivos, independientes o asistidos, donde las partes construyen acuerdos y generan consensos que les permiten resolver sus diferencias. El profesor William Ury, cofundador del Programa de Negociación de la Escuela de Leyes de la Universidad de Harvard, en asocio con los profesores Jeanne Brett y Stephen Goldberg, nos ofrecen un amplio panorama de los costos asociados al manejo de los conflictos desde estas tres miradas y las ventajas económicas, políticas y de relación que ofrece la reconciliación de intereses sobre la fuerza y el derecho²⁶⁰.

Para los efectos de este capítulo, nos vamos a centrar en la forma de resolver los conflictos desde la perspectiva de la reconciliación de los intereses, conocida en el mundo académico y organizacional como la negociación. Esto no quiere decir que el uso de la fuerza o el litigio no constituyan formas válidas y en algunos casos aproximaciones necesarias para resolver diferencias.

2.2 Coaching y negociación

La relación entre el coaching y la negociación tiene una historia de cerca de 50 años. Si bien la negociación, como proceso de investigación sistemático, como teoría y vocabulario compartidos, como orientación a las partes para trabajar

²⁶⁰ Ury, W. L., Brett, J. M., & Goldberg, S. B. (1988). Designing an Effective Dispute Resolution System. *Negotiation Journal*, 4(4), 413-431. <https://doi.org/10.1111/j.1571-9979.1988.tb00484.x>

conjuntamente en la solución de sus diferencias, con una clara búsqueda de resultados específicos, se empieza a definir después de la Segunda Guerra Mundial, alineada con el surgimiento de la teoría de juegos, el avance de la teoría de la comunicación y el boom de la teoría organizacional²⁶¹ En los años 70 del siglo xx, se aborda el uso de una serie de herramientas, prácticas conversacionales y de escucha, estrategias de intervención personales y de equipo, definidas como coaching ejecutivo.

Como lo señala Ross Blinkert en un exhaustivo y sistemático documento sobre el estado del conocimiento, en la teoría, aplicación e investigación del “coaching de conflictos”, el coaching de conflictos aparece por primera vez, en un proyecto experimental en Macquarie University en Australia, en 1993, denominado “resolución de problemas para uno”, se trató de un proceso didáctico para ayudar a los estudiantes a mejorar sus capacidades de relacionamiento interpersonal, sus habilidades, competencias y estrategias de gestión y resolución de conflictos, así como su capacidad para participar en procesos de mediación.

Ross Blinkert y Cinnie Noble, dos destacados académicos de los mundos del coaching y la negociación, sostienen que la disciplina del coaching de conflictos es una práctica autónoma, que si bien comparte distinciones y algunas aproximaciones, es alterna a la mediación. Sostienen que posee un constructo teórico y práctico específico, que integra principios de neurociencia, procesos sustentados en investigaciones sistemáticas, teoría de resolución de conflictos, teoría y práctica de la negociación, así como habilidades y competencias de coaching, orientadas a profesionales en mediación, abogados, profesionales en derechos humanos, líderes organizacionales y personas que trabajan en resolución de conflictos.

En este capítulo nos vamos a ocupar de ilustrar los diversos aportes que se han hecho a la resolución de conflictos desde la disciplina del coaching. Vamos a poner nuestros ojos en la enorme oportunidad que existe para las organizaciones y los directivos, la incorporación sistemática y deliberada de prácticas de coaching por sus ejecutivos y equipos, así como el uso de equipos externos que desarrollen las competencias de liderazgo, conversacionales y

²⁶¹ Borbély, Ebner, Honeyman, Kauffman & Kupfer Schneider, Journal of Dispute Resolution, Vol 2017, No 1.

comportamentales orientadas a mejorar las interacciones. Abordaremos los diversos sistemas de resolución de conflictos que se proponen desde las escuelas y consultoras de negociación, mostrando cómo el coaching es una profesión que ofrece un acervo potente de recursos en el campo de la prevención.

2.3 Consultoría en gestión de conflictos y construcción de consensos

294

La consultoría en gestión de conflictos y construcción de consensos se ha convertido en una herramienta esencial para organizaciones tanto públicas como privadas. En un entorno cada vez más complejo y diverso, la capacidad de utilizar herramientas y técnicas alternativas para negociar efectivamente y resolver conflictos es crucial para el éxito y la sostenibilidad de las organizaciones. La formación de negociadores y equipos de negociación, a través de programas de capacitación específicos, es fundamental para desarrollar habilidades claves que les permiten a los participantes abordar situaciones desafiantes con confianza y eficacia.

El coaching individual y de equipos, juega un papel vital en este proceso; al potenciar las capacidades de negociación de los miembros del equipo, el coaching no solo mejora las capacidades y el rendimiento individual, sino que también fomenta una cultura de colaboración y de respeto. Asimismo, la estructuración de sistemas de gestión de conflictos permite a las organizaciones establecer protocolos claros y efectivos, que faciliten la resolución de disputas en sus estadios iniciales y evitan que éstos escalen.

La consultoría permite acceder a mecanismos de negociación asistida, como la mediación y la conciliación, el diseño de talleres de sensibilización sobre la importancia de la gestión emocional, la comunicación efectiva, y el desarrollo de estrategias personalizadas para la gestión de conflictos. Estas iniciativas no solo contribuyen a la resolución de problemas, sino que también fortalecen las relaciones interpersonales y organizacionales. En este contexto, el coaching y la consultoría se presentan como aliados estratégicos para construir un entorno más armonioso y productivo, donde el consenso se convierte en la norma y no en la excepción.

2.4 Sistemas de Gestión de Conflictos

Como nos señala William Ury en uno de sus primeros libros sobre negociación, es común que con intervenciones puntuales los conflictos se aplaquen, no obstante, los intereses permanecen enfrentados y tarde o temprano vuelven a aflorar las diferencias. También es común que en relaciones de largo alcance vayan apareciendo nuevas diferencias, que hacen que las partes se vuelvan a enfrentar.²⁶²

Lipsky, Seeber y Fincher ²⁶³, resaltan cómo los sistemas tradicionales de abordar las diferencias en entornos laborales hacen uso de costosos esquemas de arbitraje, y muy comúnmente resuelven las diferencias sometiendo los casos a la autoridad de un juez, en largos procesos litigiosos, donde finalmente las partes quedan enormemente insatisfechas con el resultado. Es usual que las organizaciones tengan restricciones de autoridad, manejo de herramientas, disponibilidad de recursos, entre otras limitaciones, lo que determina que las soluciones a las que se llega, no sean las que más valor les generan a las partes.

El enfoque tradicional de solución de diferencias, es altamente reactivo. Muchas veces las organizaciones abordan el conflicto de manera tardía, cuando se hace insoportable; en muchas oportunidades cuando ya se ha destruido mucho valor y la relación entre las partes ha sufrido un enorme deterioro. Es común que las oficinas jurídicas y los abogados externos recomienden a la alta dirección, acceder a procesos judiciales largos y costosos, en los cuales se maltrata la relación y se hace muy difícil reconstruir la confianza y aclimatar la cooperación para futuros encuentros.

La cultura organizacional, entendida como la historia, la visión de futuro, el liderazgo, las actitudes, las prácticas y las creencias, entre otros aspectos, determina la forma como se responde y gestiona el conflicto. A manera de ejemplo, las organizaciones que están muy enfocadas en sus propios intereses y les cuesta entender las necesidades, los temores, los deseos de otras partes

²⁶² Ury, W. L., Brett, J. M., & Goldberg, S. B. (1988). Designing an Effective Dispute Resolution System. *Negotiation Journal*, 4(4), 413–431. <https://doi.org/10.1111/j.1571-9979.1988.tb00484.x>

²⁶³ Seeber, Ronald L, Richard Fincher, and David B Lipsky. "The Future of Employment Conflict Management Systems." *Alternatives to the high cost of litigation (2001)* 21.9 (2003): 169–175. Web.

interesadas, usualmente adoptan prácticas de respuesta hostiles; ante quejas y reclamos responden de manera beligerante y recurren fácilmente a la intimidación y la amenaza²⁶⁴. Otra forma muy diferente de atender el conflicto es la que adoptan las organizaciones que lo eluden, que no lo encaran o que simplemente lo aplazan, y aquellas que tienen como política, darles siempre la razón a sus clientes y tratar de complacerlos en todas sus demandas.

296

En la década de los 60 del siglo pasado ya algunos sindicatos y los administradores de grandes corporaciones en los Estados Unidos se dieron a la tarea de diseñar procedimientos para atender y resolver, en estadios tempranos, las quejas que presentaban los trabajadores, lo que derivó en una mejora dramática en los costos asociados y en la disminución de las quejas presentadas. En los últimos 30 años, como respuesta a los altos costos en que incurrir las organizaciones en términos económicos, laborales, en sus relaciones con el estado y sus partes interesadas, entre otros importantes aspectos de la vida institucional, han surgido diferentes sistemas de resolución de conflictos²⁶⁵.

La literatura nos presenta casos emblemáticos como el definido entre IBM y FUJITSU, dos gigantes de la industria informática, que en 1980 decidieron adoptar el concepto de expertos neutrales para resolver sus múltiples conflictos. Similares resultados se observaron en Bryant High School de New York, donde se introdujeron procedimientos para fomentar la motivación para conversar, para el uso de herramientas concretas para abordar las disputas, y se dispusieron recursos humanos, técnicos y financieros para la gestión de diferencias, lo que redujo sustancialmente los costos asociados al conflicto y el acceso a estrados judiciales para resolverlos.

Lipsky, Seeber, Fincher²⁶⁶, ilustran los casos de Coca Cola, donde el costo de los conflictos laborales había escalado a niveles preocupantes, debido a una demanda colectiva que la organización perdió con un grupo de empleados

²⁶⁴ Costantino, C. A. & Merchant, C. S. (1996) *Designing conflict management systems: a guide to creating productive and healthy organizations*. San Francisco, CA: Jossey-Bass Publishers.

²⁶⁵ Ury, W. L., Brett, J. M., & Goldberg, S. B. (1988). Designing an Effective Dispute Resolution System. *Negotiation Journal*, 4(4), 413-431. <https://doi.org/10.1111/j.1571-9979.1988.tb00484.x>

²⁶⁶ Seeber, Ronald L, Richard Fincher, and David B Lipsky. "The Future of Employment Conflict Management Systems." *Alternatives to the high cost of litigation (2001)* 21.9 (2003): 169-175. Web.

afroamericanos, por prácticas discriminatorias; de Peco Energy que se enfrentó a la hermandad Internacional de Trabajadores Eléctricos, IBEW, representante en la época, de más de 750.000 trabajadores y pensionados de la industria eléctrica en varios países, entre ellos Estados Unidos, Panamá, Canadá, Guam y algunos países del caribe; y Schering Plough, organización que entre 1990 y 1995 experimentó una serie de casos de acoso sexual y discriminación que le generaron costos exorbitantes. Estas tres empresas, entre muchas otras corporaciones, estaban muy insatisfechas con la forma tradicional como se estaban encarando las disputas con sus empleados, lo que llevó a la alta gerencia a estructurar sistemas de resolución de disputas, que intentan canalizar el conflicto en una dirección productiva, empezando por los niveles más cercanos a los procesos y más próximos a las personas.

Señalan que hay muchas razones documentadas para respaldar el acceso temprano de empleadores y empleados a los sistemas legítimos de gestión de conflictos internos, en particular los sistemas integrados de gestión de conflictos. Desde la perspectiva de los trabajadores querellantes, los costos económicos y psicológicos relacionados con la defensa de los reclamos son considerables, tienen enormes dificultades para obtener representación legal y probar una discriminación motivada ilegalmente, especialmente en casos derivados de la discriminación inconsciente, sutil y moderna²⁶⁷.

Desde hace más de 30 años las grandes corporaciones y muchas organizaciones no gubernamentales, sobre todo en los Estados Unidos, han estructurado sistemas de resolución de conflictos, ADR & DSD por sus siglas en inglés (Alternative Dispute Resolution and Dispute Systems Design), los cuales han adoptado diferentes formas, casi tantas, como organizaciones que los han implementado. Los autores de este capítulo no tenemos conocimiento sobre la existencia de sistemas integrados de solución de conflictos en organizaciones colombianas, seguramente existen esfuerzos, que no hemos encontrado documentados.

Conviene resaltar que los autores que se han ocupado de la conceptualización, diseño e implementación de los sistemas de resolución de conflictos, proponen procesos hechos a la medida de cada organización. Para entender la complejidad de esta aproximación, que parece ser la única que funciona, resulta

²⁶⁷ DJ Kaspar, LE Stallworth - Harv. Negot. L. Rev., 2012

particularmente ilustrador el modelo de desarrollo organizacional que recrea Frederic Leloux en su libro *Reinventando las Organizaciones*.

El autor nos dice que la cultura organizacional tiene relación directa y es el reflejo del desarrollo de la conciencia de sus líderes. Nos habla de organizaciones Rojo-impulsivas, que despliegan estructuras verticales, en las cuales la dirección es autoritaria y se impone con el miedo, el sometimiento y la obediencia; nos da como ejemplo de estas a la mafia, las pandillas callejeras y las tribus urbanas. Bajo el paradigma Rojo-impulsivo no se puede hablar de negociación, la forma de resolver los conflictos se hace bajo el uso del poder y la fuerza, los líderes recurren usualmente a la intimidación, la crueldad y el castigo para imponer su voluntad.

Las organizaciones Ámbar-conformista responden a una sólida fundamentación funcional, están ancladas en estructuras jerárquicas y procesos rigurosos muy bien definidos y estables, el liderazgo es piramidal y jerárquico; como ejemplo de ellas la iglesia, el ejército y los organismos del estado. Las estructuras basadas en el paradigma Ámbar-conformista se apegan a una moral sencilla basada en una única forma aceptada y correcta de hacer las cosas²⁶⁸. El conflicto en este tipo de estructuras se resuelve apelando a la autoridad, quien arbitra las diferencias basado en normas y procedimientos claramente definidos, organizados y predecibles.

Las organizaciones Naranja-logro están enfocadas en la productividad, el beneficio, la gestión por objetivos, el emprendimiento y la innovación, como elementos fundamentales para la generación de valor. Bajo este paradigma se valora profundamente la racionalidad, donde impera el profesionalismo, la competencia y el éxito, por encima del mundo subjetivo interior de las personas, donde las emociones, los sentimientos nos hacen frágiles y vulnerables. En esta categoría se encuentran la mayoría de las grandes corporaciones globales de occidente²⁶⁹. Bajo el paradigma Naranja-logro surgieron los métodos de solución de conflictos enfocados en la reconciliación de intereses. Los sistemas de solución de conflictos de las organizaciones que operan bajo este paradigma tienen estructura definida desde la cabeza, desplegadas a todos los niveles, procesos organizados, indicadores de desempeño y sistemas de medición de

²⁶⁸ H Leloux-Opmeer, C Kuiper, H Swaab, E Scholte *Journal of child and family studies*, 2016

²⁶⁹ *Ibidem*

impacto costo-beneficio, así como un sistema de gestión y una estructura de incentivos.

En las organizaciones Verde-pluralistas impera el consenso, el empoderamiento y la motivación de las personas; se incluyen aquí las organizaciones que han adoptado metodologías ágiles y las impulsadas por la cultura, el empoderamiento y la responsabilidad social. El Verde-pluralista persigue la justicia, la igualdad, la armonía, la solidaridad. Las personas que viven en este tipo de organizaciones valoran profundamente las relaciones, las cuales ponen muchas veces por encima de los resultados, se tiene en cuenta el punto de vista de los que piensan distinto y las decisiones se construyen con base en consensos. Estas organizaciones invierten ingentes recursos en el desarrollo de las personas, en la construcción de ambientes armónicos, donde impera el bienestar. Las organizaciones verdes se reconocen como parte de un entorno, y sus responsabilidades van más allá de sus muros, para considerar partes interesadas externas y el medio ambiente²⁷⁰. Las organizaciones que viven bajo el paradigma Verde-pluralista abrazan los sistemas de solución de conflictos y los llevan a niveles mucho más profundos que las organizaciones naranjas, privilegian el manejo de la parte personal en la negociación, donde el manejo de las percepciones, la gestión de las emociones y la comunicación desempeñan un papel primordial en los procesos de negociación.

Por último, el autor nos muestra la perspectiva de las nuevas organizaciones que han venido surgiendo en diversos lugares del planeta, donde los líderes han evolucionado a patrones de consciencia más refinados, que les permite sustituir la autoridad, por espacios de autogestión que promueven el máximo desarrollo de las capacidades individuales y grupales. El Turquesa-evolutivo sucede cuando las personas logran desidentificarse del ego y, en consecuencia, del poder y la autoridad. El miedo y la escasez que han explicado el modelo occidental de desarrollo son reemplazados por la confianza y la abundancia. La rectitud interna, vivir desde la individualidad verdadera, honrar las capacidades y las vocaciones personales y servir a la humanidad y al mundo, se imponen al reconocimiento, el éxito, la riqueza que imperan en otros paradigmas. El anhelo de plenitud, el deseo de integrar la mente, el cuerpo y el alma, la necesidad de cultivar tanto la parte femenina como la masculina (yin y yang), las ganas de alcanzar plenitud en las relaciones con los demás, y el afán

²⁷⁰ *Ibidem*

por recuperar la relación con la vida y la armonía con la naturaleza, en un enfoque holístico de conocimiento, son rasgos fundamentales del nuevo paradigma Turquesa-evolutivo²⁷¹.

La solución de las diferencias en el estadio Turquesa-evolutivo se expresa en la tarea de enseñar, de convencer con la fuerza del mejor argumento, de deliberar. Las organizaciones que están navegando en este nuevo paradigma Turquesa-evolutivo, han adoptado prácticas recurrentes que empiezan por reconocer que el conflicto no tiene por qué tener un sabor amargo, el conflicto se ve como una oportunidad para responder con asertividad ante la tentación de agrandar, de complacer o de subordinarse, la confrontación aparece como una oportunidad de pararse con dignidad ante la invasión y poner límites ²⁷².

Las organizaciones Turquesa-evolutivo definen reglas de juego que evitan al máximo que afloren diferencias, a manera de ejemplo, Morning Star, una de las mayores procesadoras de tomate del Este de los Estados Unidos, en su declaración de “principios de los compañeros” adoptó dos principios fundamentales y los puso en el corazón de su sistema de resolución de conflictos, jamás se usará la fuerza contra las personas, y cada uno debe cumplir sus compromisos; adicionalmente, crean espacios y prácticas recurrentes para sacar a la luz el conflicto; adoptan sistemas de solución de conflictos que parten de procesos claros, autogestionados, abiertos, y desarrollan competencias para que todas las personas puedan abordar el conflicto de manera directa, utilizando lenguaje no violento y con herramientas conversacionales adecuadas. ²⁷³

Es necesario resaltar que las diferentes formas de solución de conflictos que hemos descrito, no son buenas ni malas, simplemente responden a los niveles de evolución de consciencia de los líderes, las organizaciones y sus dueños. Los sistemas de gestión de conflictos, sus procesos, la cultura organizacional, la estructura y las prácticas responden al paradigma en el cual está cimentada la organización. Estos sistemas pueden evolucionar, en la medida en la cual se amplíe la consciencia de los líderes.

²⁷¹ *Ibidem*

²⁷² *Ibidem*

²⁷³ *Ibidem*

El profesor William Ury sostiene que el objetivo de la negociación es la satisfacción de los intereses de las partes, entendiendo estos intereses como la satisfacción de las necesidades, los miedos, los temores de las personas involucradas. Esta mirada es compartida por otras prestigiosas escuelas de negociación a nivel mundial²⁷⁴. Varias escuelas de coaching y muy particularmente las ontológicas sostienen que la práctica del coaching acompaña a los seres humanos en el camino de entender el sufrimiento humano y buscar la plenitud. Así las cosas, entender las necesidades humanas y el camino a la plenitud se convierte en un asunto relevante.

Abraham Maslow, importante psicólogo norteamericano, fundador de la Psicología Humanista, propuso en su teoría de la motivación, publicada en 1943, un modelo que supone que las necesidades materiales y sociales anteceden a la necesidad de felicidad y son un prerrequisito de ella. En el primer nivel de su pirámide de las necesidades humanas básicas, cataloga aquellas que se refieren a la subsistencia (comer, dormir, tener sexo, entre otras) y sitúa en la cúspide de la pirámide, las necesidades de autorrealización, pasando por estadios intermedios de necesidades de seguridad y afiliación.²⁷⁵

Posteriormente la psicología y las teorías de la nueva gerencia ofrecen un discurso renovado de las necesidades humanas y su aporte fundamental es la inversión de la pirámide de Maslow. Comprenden que las necesidades fisiológicas, de seguridad y afiliación, están subordinadas al desarrollo de las potencialidades personales y al logro de la felicidad. Bajo la mirada de la Psicología Positiva, la felicidad se ranquea, como una de las necesidades más urgentes y prioritarias de los individuos en la sociedad actual, la considera como el estado psicológico necesario para iniciar el camino de búsqueda de la satisfacción de otras necesidades. La autosatisfacción pasa de ser una etapa personal que los individuos pueden alcanzar, cuando han logrado los niveles económicos y sociales que desean, para convertirse en una condición inicial necesaria que las personas deben cumplir, como requisito para lograr estabilidad, desempeño laboral y las habilidades sociales necesarias para la vida y el trabajo²⁷⁶.

²⁷⁴ Ury, Fisher & Patton. *Getting to yes*. Penguin Books. 1993.

²⁷⁵ Cabanas, E. y Sánchez-González, JC (2016). *Inverting the pyramid of needs: Positive psychology's new order of labor successs*. *Pisicothema*.

²⁷⁶ *Ibidem*

La Psicología Positiva, a través de varios estudios, entre los cuales los estudios sobre felicidad y bienestar de Ed Diener, concluye que hay hallazgos convincentes para afirmar que las personas felices tienen un mejor desempeño y son más productivas, son más autónomas y flexibles, tienen mejor tolerancia al riesgo, encarán nuevas y más retadoras situaciones, tienen mejor capacidad para perseguir objetivos, son más creativas, crean redes sociales más ricas y extensas, reconocen fácilmente las oportunidades prometedoras y aumentan sus posibilidades de acceder a trabajos más seguros y mejor remunerados. Por este camino, la felicidad se convierte en una especie de imperativo moral, así como en un marco indispensable para remodelar la identidad de las personas en las organizaciones²⁷⁷.

En el ámbito latinoamericano, el intelectual chileno Manfred Max-Neef desarrolló un enfoque sistémico de las necesidades humanas fundamentales, en el contexto de su propuesta del desarrollo a escala humana; las necesidades humanas fundamentales en el sistema interactúan y se interrelacionan a través de simultaneidades, complementariedades y compensaciones - *trade-offs*, se desagregan en una matriz, según categorías existenciales²⁷⁸ de ser, tener, hacer y estar, y categorías axiológicas²⁷⁹ de subsistencia, protección, afecto, entendimiento, participación, ocio, creación, identidad y libertad; son universales y comunes a todas las culturas, donde lo que cambia a través del tiempo es la manera y los medios para su vivencia y realización; las considera carencias y al mismo tiempo potencias, en la medida en que motivan y movilizan a las personas; en tanto que sistémicas, no cabe establecer linealidad y jerarquía, y sus satisfactores, que pueden ser endógenos o exógenos, particulares o sinérgicos, se definen para cada contexto, cada momento histórico y cada sociedad²⁸⁰.

No es el objetivo de este documento definir si la mirada de la Psicología Humanista tiene la razón en considerar la búsqueda de la felicidad y la autorrealización como la escala superior de un camino a través de necesidades fisiológicas, de seguridad y de afiliación, o como lo señala la Psicología Positiva, como un prerrequisito y una condición para lograr el progreso humano y

²⁷⁷ *Ibidem*

²⁷⁸ Categorías axiológicas: responden a juicios valorativos

²⁷⁹ Categorías existenciales: son propias de la condición del ser humano.

²⁸⁰ Max-Neef, Manfred et al. *Desarrollo a escala humana: una opción para el futuro*. Medellín: Cepaur, 1986. Print.

organizacional, o como lo define el enfoque del desarrollo a escala humana y su matriz de necesidades humanas fundamentales. Lo que nos interesa mostrar es que los seres humanos nos movemos motivados por la búsqueda incansable de la satisfacción de nuestras necesidades básicas.

Bajo esta mirada, es fácil comprender que algunas organizaciones adopten sistemas de resolución de conflictos abiertos y flexibles, donde los integrantes pueden acceder a distintos niveles jerárquicos y diferentes formas para ventilar sus diferencias, mientras que otras tienen procesos muy estructurados, definidos y delimitados, donde las personas tienen claro a donde tienen que ir, así como los procesos que tienen que desarrollar, para resolver sus disputas.



Gráfica 1: *Sistemas tradicionales de solución de conflictos. (ELABORACIÓN PROPIA)*

La gráfica 1 nos muestra los elementos que conforman los sistemas tradicionales de solución de conflictos. En la base de la pirámide están los mecanismos alternativos de solución de conflictos, basados en la reconciliación de intereses, donde las partes acometen, de manera directa las diferencias, utilizan diversas técnicas, para las cuales han sido entrenados, con el fin de transformar la situación y encontrar acuerdos. En el segundo nivel de la pirámide están los mecanismos asistidos, de mediación, facilitación o conciliación, donde las partes acceden a personas internas o a asesores externos, que han sido formados para acompañar procesos de solución de diferencias. En estos dos espacios las partes en disputa conservan el poder, la

autoridad y la capacidad de llegar a la solución. Cuando se agotan las instancias de negociación directa y los sistemas asistidos, las organizaciones proveen un último espacio de solución, donde un tercero investido de autoridad, impone su mirada. Este puede ser un nivel jerárquico superior, un árbitro externo o una autoridad judicial.

Los autores de este capítulo hemos trabajado en diversas organizaciones, con procesos de coaching organizacional, que se constituyen en una variante que abre inmensas oportunidades para mejorar la calidad de las interacciones, al interior de las organizaciones y de éstas con sus partes interesadas externas. El proceso arranca con una evaluación de la conflictividad y de los costos asociados. Unos de los indicadores fundamentales para medir su eficacia, son el impacto del sistema en términos de clima organizacional y la disminución de los costos económicos y de relación, asociados al conflicto. En la base de la pirámide se estructura un programa de coaching ejecutivo y grupal, una iniciativa de fortalecimiento de las capacidades para hacer y gestionar compromisos, un proceso de fortalecimiento de las competencias conversacionales y de escucha, entre otras iniciativas, acompañadas de un proceso para los abogados y equipos jurídicos internos y externos, que tiene como objetivo el desarrollo de competencias para la construcción de acuerdos alternativos de los sistemas litigiosos y un programa preventivo que disminuye las posibilidades de confrontación. (ver gráfica 2)



Gráfica 2: *Sistemas de Solución de Conflictos, con iniciativa preventiva, fundamentada en coaching ejecutivo y de equipos y enfoque de coaching para abogados. (ELABORACIÓN PROPIA)*

2.5 Tres modelos para identificar competencias y potenciar capacidades de negociación

Partimos de la concepción de organización, como una red de personas que conversa para producir resultados, entendemos que antes que gerente general, presidente de un país, director general de un organismo internacional o funcionario de una institución, las personas que negociamos o resolvemos diferencias, somos seres humanos y como tales, tenemos emociones, valores, puntos de vista distintos e impredecibles, vivimos en una coherencia permanente entre nuestro cuerpo, nuestro mundo emocional y nuestros pensamientos. La comunicación y por lo tanto las conversaciones, son interactivas, es decir, son el resultado del diálogo de observadores distintos de la realidad, como dice Olaya, (2020) cuando no comunicamos, se produce una danza en que se promete, se declara, se afirma, se ofrece, se pide, y en esa danza transcurren las conversaciones.

Para ayudar a comprender cómo nuestra dimensión individual, nuestro ser, en el contexto de nuestras interacciones, aporta a la construcción de espacios de armonía y entendimiento, logra acuerdos, produce consensos, o por el contrario, en la expresión de su sentir, su pensar, su hablar y su actuar genera interacciones conflictivas, entra fácilmente en polémicas, produce desconfianza, llega a la agresión verbal e incluso física, vamos a presentar tres miradas, entre muchas otras que existen: los estados del yo del análisis transaccional, las categorías del Leadership Circle Profile y los diferentes estilos de negociación de Thomas y Kilmann.

2.5.1 El Análisis transaccional

Creado por el Psiquiatra Eric Berne y su propuesta de evaluación de los estados del yo, plantea que los seres humanos actuamos desde sistemas coherentes de pensamiento y sentimiento, manifestados por patrones de conducta, padre (P), adulto (A) y niño (N), que aprendimos de nuestras figuras parentales, padres, tíos, abuelos, maestros, en nuestros primeros 8 años de vida. Las interacciones humanas, entendidas como la forma cómo las personas nos comunicamos, están marcadas por los estados del yo prevalecientes en las personas al momento de su comunicación y se manifiestan en transacciones.

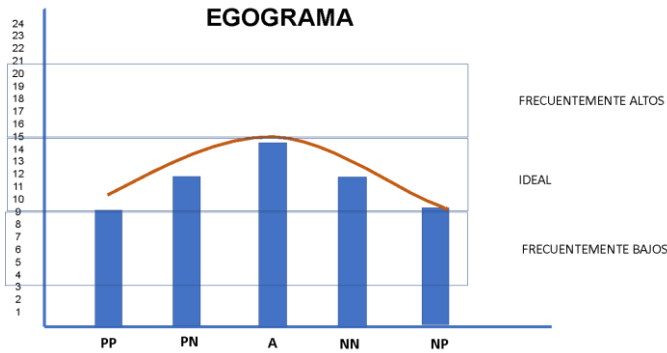
El yo adulto (A), encarna el concepto lógico y racional de la vida, da y pide información, nos permite sintetizar nuestras vivencias, actuar con base en los

puntos a favor y en contra y tomar decisiones que ordenan nuestra realidad, funciona en el aquí y el ahora. El yo padre (P), que puede ser natural (PN) o programador (PP), se refiere a los conceptos aprendidos en la vida, actuamos por lo que tenemos que hacer o por lo que hay que hacer, desde el padre (P) reaccionamos ante los estímulos, en este estado están los prejuicios, las normas, las leyes, funciona en el allá y el entonces, es decir, hacemos por tradición o costumbre, pero no sabemos exactamente por qué, sólo sabemos que lo aprendimos y funcionó. El niño (N), que puede ser natural (NN) o programado (NP), representa el concepto vivo de la vida, nos lleva a actuar motivados por lo que nos gusta; desde el niño (N) reaccionamos con respuestas no pensadas ante los estímulos, la creatividad, la espontaneidad, la capacidad de gozar, así como las respuestas emociones son expresiones del niño (N). El niño programado (NP) puede ser rebelde (NPR) o sumiso (NPS), dependiendo de la forma cómo aprendió a conseguir lo que quiere y lo que le gusta.

Cada uno de los estados del yo responde a unos lemas. El lema del padre natural (PN) es: tengo que ser amable, comprensivo, servicial y ayudar a los otros, cómo mis figuras parentales me enseñaron a hacerlo; el lema padre programado (PP) es, tengo que exigir a los demás lo que me exigieron mis figuras parentales; el lema adulto (A) es preguntar qué, cómo, cuándo, dónde, porqué o para qué; el lema del niño natural (NN) es: quiero repetir todo aquello que me produjo placer en mi niñez; el lema del niño programado (NP) es: quiero evitar todo aquello que me haya causado molestia, daño, que me haya dejado en ridículo, que me haya aislado en mi niñez; si aprendió a pararse desde el niño programado rebelde (NPR), lo hará siendo exigente, agresivo, con una postura corporal desafiante, si lo hace desde la sumisión (NPS) será condescendiente, respetuoso, obediente.

El Egograma es el instrumento de evaluación de los estados del yo que aporta como resultado una gráfica (ver gráfica 3) con tres ventanas, en el centro el estado ideal, representado por valores que se consideran equilibrados y armónicos, en la parte inferior, los valores que representan los estados frecuentemente menos cargados, representados por valores inferiores y en la parte de arriba, los valores que representan estados del yo frecuentemente más cargados. Las personas usualmente respondemos a las diferentes interacciones desde los estados frecuentemente más cargados; a manera de ejemplo si una persona pregunta desde su yo adulto (A) ¿Qué hora es?, una persona que tenga el padre programado (PP) alto, responderá en automático: es hora de ir a

trabajar y organizar la reunión de mañana; una persona con el niño programado rebelde (NPR) alto, dirá algo cómo: porqué usted siempre está tratando de controlarme; una persona que responde desde el adulto (A) dirá simplemente: son las 3 pm.



Gráfica 3. Egograma, Eric Berne, 1986

Desde la mirada del conflicto y la negociación el análisis transaccional y la posibilidad de tomar consciencia de los estados del yo desde donde nos relacionamos con los otros, permite entender cómo mis interacciones contribuyen a construir un clima de entendimiento, construcción de acuerdos, reconciliación de los intereses, o por el contrario, a crear espacios donde se exacerban las diferencias, se polarizan las posiciones y se escalan los conflictos. Para facilitar la comprensión de las dinámicas posibles, vamos a traer algunos ejemplos:

2.1. Vamos a suponer que una persona con el padre natural (PN) frecuentemente alto, quien tendrá como lema de vida: tengo que ser amable, servicial y debo ayudar a los demás, cómo mis referentes parentales me ayudaron a mí en mi niñez, y por lo tanto, una fuerte tendencia a sobreproteger a los demás, interactuando con una persona que tiene el niño natural (NN) muy alto, quien tiene como lema: quiero repetir todo aquello que me ha dado gusto y producido placer en mi niñez, con una tendencia natural a la independencia, el goce y el riesgo, muy posiblemente generarán una interacción donde el (PN) asumirá posiciones altamente protectoras que el (NN) va a rechazar, desde su deseo su necesidad de autonomía, lo que a la postre se convertirá en una fuente de desencuentro.

2.2. Una persona con un padre programado (PP) exacerbado, con un claro lema de exigencia a los demás similar a la exigencias que sus referentes parentales ejercieron sobre él, tendrá una fuerte tendencia al autoritarismo, la ironía y la burla, involucrado en un proceso de negociación con una persona que tenga el niño programado rebelde (NPR) muy alto, quien estará actuando desde la convicción y la necesidad de no repetir aquello que le causó dolor, sufrimiento y desdicha en su niñez, muy probablemente va a derivar en una conversación altamente conflictiva, muy posiblemente agresiva y en algunos casos posiblemente violenta.

Desde la mirada del coaching el Egograma y el conocimiento sobre los estados del yo, puede permitirle a un coachee construir con su coach, conversaciones que le ayuden a tomar conciencia sobre la necesidad de trabajar en la búsqueda de una vida psicológica y espiritualmente sana, en equilibrio y armonía, así como en la posibilidad de desarrollar la capacidad de llevar las riendas desde el adulto (A), que le permitan tener interacciones acordes con las circunstancias, las personas, los tiempos y los lugares.

2.5.2 Leadership Circle Profile™ (LCP)

El Leadership Circle Profile (LCP) es una herramienta poderosa inspirada en las investigaciones del psicólogo Robert Kegan, profesor emérito de la Universidad de Harvard. Kegan identifica cinco etapas en el desarrollo de la conciencia, que van desde un nivel egocéntrico (etapas 1 y 2) hasta un nivel integral más avanzado. La investigación sugiere que sólo alrededor del 5% de los adultos evolucionan más allá de la orientación creativa, mientras que el 20% se identifica con un nivel creativo, y el 60% restante se sitúa en un nivel reactivo o en transición²⁸¹.

¿Qué es el LCP?

Creado por Bill Adams y Bob Anderson en el año 2000, el LCP es un modelo integral de liderazgo que evalúa una amplia gama de competencias a través de una evaluación de 360 grados. Los resultados se presentan en un gráfico circular que muestra dos círculos concéntricos. El círculo interno contiene cinco tendencias creativas (relaciones, autoconciencia, autenticidad y conciencia) en la parte superior, y tres creencias reactivas (control, protección y

²⁸¹ Kegan, Robert. *In over Our Heads: The Mental Demands of Modern Life*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1994. Print.

cumplimiento) en la parte inferior. Un círculo externo irradia 18 competencias creativas y 11 reactivas.

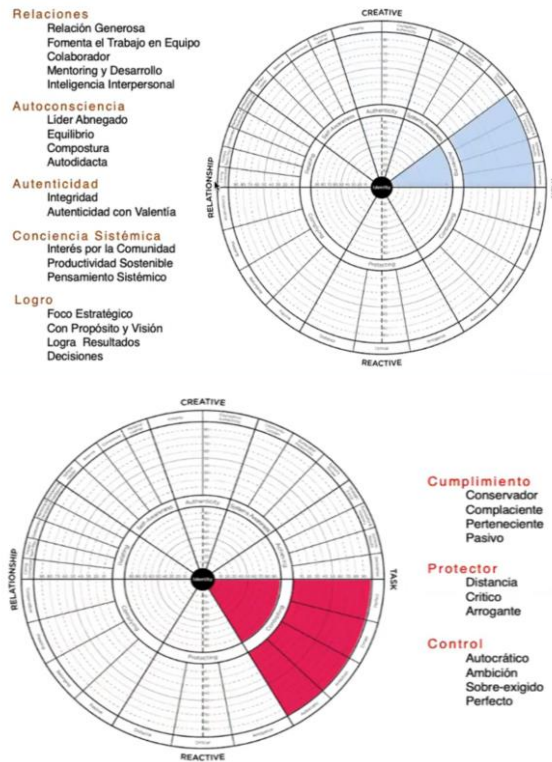


Gráfico 4. Competencias creativas y tendencias reactivas del LCP.

Resultados y Cuadrantes

Los resultados de cada competencia se expresan en porcentajes. Un resultado inferior al 33% se considera bajo, entre 33% y 66% es intermedio, y superior al 66% es alto. La interpretación de estos resultados se realiza con la ayuda de un coach certificado, utilizando tres métricas principales. Una de ellas es el Índice de Liderazgo, que mide la relación entre las tendencias creativas y las creencias reactivas. Un perfil ideal muestra tendencias creativas altas y creencias reactivas bajas, mientras que un perfil reactivo tiene lo contrario. Anderson, (2006).

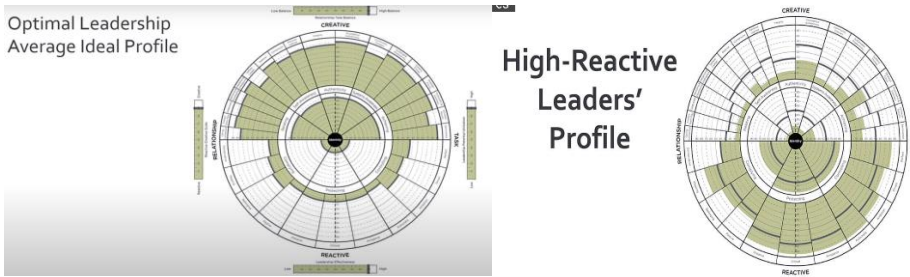


Gráfico 5. Perfil de liderazgo óptimo y perfil de liderazgo altamente reactivo.

310

Impacto en la Negociación

Las tendencias creativas son esenciales en el contexto de la negociación. Los líderes que poseen estas tendencias suelen ser mejores comunicadores y colaboradores, capaces de equilibrar el cuidado de las relaciones con el logro de resultados. Esto se traduce en negociaciones más efectivas, donde ambas partes buscan soluciones que beneficien a todos. Larry Wilson describe estas orientaciones creativas como "jugar para ganar", lo que en términos de negociación significa adoptar un enfoque de ganar/ganar.

Por otro lado, aquellos con creencias reactivas altas tienden a estar a la defensiva, priorizando la autoprotección y minimizando riesgos. Esto puede llevar a estilos de negociación que se centran en no perder, lo cual, aunque común, no es efectivo.

Tendencias Reactivas en la Negociación

Control: Negociadores que buscan resultados a toda costa, guiados por la creencia de que "si no gano, soy un perdedor". Esto puede resultar en acuerdos unilaterales que ignoran las necesidades de la otra parte.

Protección: Aquellos que evitan el conflicto para cuidar su imagen, a menudo percibidos como distantes o arrogantes. Su mantra es "si me enfrento, saldré dañado", lo que puede llevar a eludir negociaciones cruciales.

Cumplimiento: Negociadores complacientes que hacen concesiones en intereses fundamentales por miedo a dañar la relación. Esto puede resultar en compromisos insatisfactorios para ambas partes.

La Importancia del LCP en el Liderazgo y la Negociación

Las creencias reactivas, aunque limitantes, son fundamentales en el liderazgo y la negociación. Tener niveles muy bajos de estas creencias puede llevar a resultados pobres en la gestión y en la búsqueda de soluciones ganar/ganar. Sin un equilibrio adecuado, los líderes pueden asumir riesgos innecesarios y perder oportunidades valiosas.

El LCP ha desarrollado una extensa red de coaches y consultores certificados que ayudan a los líderes a diseñar planes de acción para potenciar sus competencias creativas y reducir sus creencias reactivas. Este proceso de ampliación de conciencia no solo mejora el liderazgo, sino que también potencia la capacidad de negociación.

A manera de conclusión podemos afirmar que el Leadership Circle Profile es más que una herramienta de autoconocimiento; es un recurso clave para el desarrollo de habilidades de negociación efectivas. Al entender y aplicar sus principios, los líderes pueden transformar sus enfoques en la mesa de negociación, logrando resultados más satisfactorios y colaborativos.

2.5.3 El Instrumento Thomas Kilmann de Modos de Conflicto (TKI)

Desarrollado en 1971 por Kenneth Thomas y Ralph Kilmann, profesores de la Universidad de California en Los Ángeles, el Instrumento Thomas Kilmann de Modos de Conflicto (TKI) sigue siendo uno de los métodos más reconocidos para identificar estilos de negociación. Este instrumento evalúa cómo las personas se comportan en situaciones de conflicto, donde los intereses de las dos partes parecen ser incompatibles.

El TKI se basa en dos dimensiones clave: asertividad y cooperación. La asertividad evalúa en qué medida un individuo busca satisfacer sus propios intereses, mientras que la cooperación se enfoca en la capacidad que tiene la persona de ponerse en el lugar del otro y atender sus necesidades. A partir de estas dimensiones, el TKI clasifica las respuestas en cinco estilos de solución de conflictos: competir, colaborar, comprometer, evitar y complacer.

2.5.4 Estilos de Negociación

Competir (Tiburón²⁸²): Este estilo se caracteriza por una fuerte asertividad y baja cooperación. Los negociadores que adoptan este estilo están enfocados en ganar a toda costa, a menudo ignorando los intereses de la otra parte.

Colaborar (Búho²⁸³): En el extremo opuesto, los negociadores colaborativos buscan soluciones que beneficien a ambas partes. Están altamente enfocados en sus propios intereses y, al mismo tiempo, consideran los de los demás, creando múltiples opciones y buscando criterios justos para llegar a acuerdos.

Comprometer (Zorro²⁸⁴): Estos negociadores son medianamente asertivos y cooperativos. Buscan soluciones rápidas y están dispuestos a sacrificar parcialmente sus intereses para llegar a un acuerdo, a menudo encontrando un punto medio.

Evitar (Avestruz²⁸⁵): Aquellos que evitan el conflicto tienden a no enfocarse en los intereses de nadie, prefiriendo alejarse de la confrontación. Este estilo puede surgir del miedo al conflicto o simplemente de la preferencia por no involucrarse.

Complacer (Oso de Peluche²⁸⁶): Los negociadores complacientes priorizan los intereses de los demás por encima de los suyos, creen que al hacerlo cuidan la relación. Este enfoque puede llevar a resultados insatisfactorios si se sacrifica demasiado.

²⁸² 3, 4, 5, 6, 7 Tiburón, Búho, Zorro, avestruz y Oso de peluche son asociaciones de animales a los estilos de negociación, que se utilizan para facilitar la comprensión, en espacios de cooperación con comunidades con bajos niveles académicos. En nuestro ejercicio docente y de consultoría, hemos adoptado esta práctica, logrando altos niveles de recordación de los estilos de negociación, por parte de nuestros participantes.

²⁸³ ídem

²⁸⁴ ídem

²⁸⁵ ídem

²⁸⁶ ídem



Gráfica 6. Estilos de negociación. Elaboración propia, basada en Kilmann (2011).

Los estilos de negociación identificados por Kilmann están estrechamente relacionados con las tres reacciones que William Ury describe en su libro *Supere el No*. Ury señala que, cuando una negociación se complica y los intereses parecen inalcanzables, surgen tres respuestas comunes: contraatacar significa responder al fuego con fuego, esta forma de actuar a menudo intensifica el conflicto y dificulta alcanzar los objetivos propuestos; ceder algunas veces puede parecer una solución rápida, pero generalmente se traduce en un resultado insatisfactorio; por último, romper la relación, esta forma de responder generalmente trae consecuencias desastrosas, pues no solo afecta el resultado inmediato, sino que además, cierra las posibilidades de futuras interacciones.

El TKI es una herramienta valiosa para entender cómo los diferentes estilos de negociación pueden influir en la resolución de conflictos. Al reconocer nuestro propio estilo y el de los demás, podemos mejorar nuestras habilidades de negociación y trabajar hacia soluciones más efectivas y colaborativas.

2.5.5 Conclusiones

El análisis del conflicto y su manejo desde la perspectiva del coaching y la negociación revela la importancia de transformar la percepción del conflicto de un obstáculo a una oportunidad. A lo largo del capítulo, hemos explorado cómo la reconciliación de intereses, apoyada por prácticas de coaching, puede facilitar soluciones efectivas y consensuadas. En los entornos organizacionales, el coaching no solo potencia las habilidades individuales y colectivas, sino que también fomenta una cultura de confianza y colaboración, esencial para el éxito en la resolución de las disputas y la negociación de acuerdos que generen valor para las partes.

Los sistemas de gestión de conflictos, cuando son diseñados e implementados adecuadamente, permiten a las organizaciones abordar las diferencias de manera proactiva, evitan la escalada de tensiones y promueven un clima laboral saludable. La integración de herramientas como el Leadership Circle Profile y el Instrumento Thomas Kilmann de Modos de Conflicto proporciona un marco para que los líderes adquieran conciencia sobre sus estilos de negociación y sobre la forma cómo estos afectan las dinámicas de los equipos.

314

En conclusión, adoptar un enfoque sistemático y consciente hacia la gestión de conflictos, a través de la consultoría, el coaching y la negociación, no solo mejora la capacidad de resolver las disputas y conseguir negociaciones efectivas, sino que también fortalece las relaciones interpersonales y organizacionales. Este camino hacia la transformación del conflicto es fundamental para crear entornos laborales más productivos y armoniosos, donde el consenso se convierta en la norma y no en la excepción.

TERCERA SECCIÓN. GESTIÓN DEL RIESGO EN PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA CON PARTICIPACIÓN PRIVADA: PREVENCIÓN DEL LITIGIO

Juan Carlos Quiñones Guzmán*

Aixa Sutachán Cáceres**

315

3.1 Del manejo del riesgo previsible en los proyectos de infraestructura con participación privada.

Si bien la participación del capital privado en el desarrollo de infraestructura fue reconocida en la Constitución Política y desarrollada mediante diferentes normas, tales como la Ley 1 de 1991 en materia de concesiones portuarias, las leyes 142 y 143 de 1994 respecto de los servicios públicos domiciliarios y sector energético, y el artículo 32.4 de la Ley 80 de 1993 en lo concerniente a las concesiones de obra pública, surgió la necesidad de definir reglas claras que incentiven y protejan al inversionista privado como aliado estratégico del Estado en el cumplimiento de sus fines esenciales²⁸⁷.

Es así como, mediante la expedición de la Ley 1508 de 2012, se implementó el esquema de asociación público-privada (APP), replicando los modelos de participación privada en infraestructura internacionales, tales como la experiencia exitosa de la PFI británica²⁸⁸, y los modelos chileno y peruano, que

*Vicepresidente jurídico de la Cámara Colombiana de la Infraestructura. Abogado de la universidad Santo Tomás, especialista en derecho administrativo y comercial de la universidad Javeriana y con una maestría en derecho de la construcción de la universidad de Melbourne, Australia. Docente universitario de posgrado en las universidades Externado de Colombia, Santo Tomás y Sabana en materias relacionadas con Asociaciones Público - Privadas y el contrato de concesión de obra pública. Autor y compilador de diferentes libros en derecho de la infraestructura.

** Abogada de la Universidad Javeriana, especialista en Derecho Contractual de la Universidad del Rosario y derecho de la Infraestructura de la Universidad Externado de Colombia. Actualmente se desempeña como Abogada Senior en la Cámara Colombiana de la Infraestructura.

²⁸⁷ Constitución Política de Colombia de 1991. Artículo 2.

²⁸⁸ "Parte de la premisa de que el riesgo debe asumirse por la parte que mejor pueda administrarlo, buscando que no sean los contribuyentes quienes asuman los mayores costos derivados de la materialización del riesgo".

MATTOCKS Richard. "La Experiencia Británica. Gestión y Evaluación de Costes Sanitarios. Vol. 6 - Número 4 - Octubre-diciembre 2005". [en línea]. [consultado el 4 de agosto de 2024] Disponible

contemplan un sólido marco institucional para la protección del capital privado en la provisión de infraestructura pública²⁸⁹. Así pues, este modelo introducido en Colombia por la Ley 1508 propende por la optimización del gasto público, en contraste del esquema tradicional de obra pública, gracias a la capacidad de financiación del privado y la gestión de los riesgos a su cargo.

Entre las bondades del modelo APP implementado por la Ley 1508 de 2012, se resaltan: la transferencia eficiente de riesgos; la capacidad de contar con mecanismos alternativos de financiación; su aptitud para contribuir de forma indirecta al desarrollo del mercado de capitales colombiano, y la capacidad de incentivar procesos de innovación, tanto en la construcción como en la operación y mantenimiento de la infraestructura y sus servicios relacionados²⁹⁰.

Tal y como se expondrá en el presente documento, el éxito de un proyecto concebido bajo el esquema APP depende en gran medida de una eficiente administración de riesgos, lo cual supone no solo una correcta identificación, estimación y asignación de las contingencias previsibles en la estructuración del negocio jurídico, sino también la posibilidad de que, ante la materialización de circunstancias posteriores, imprevistas o que sobrepasen el porcentaje de asignación de riesgos en el contrato, las partes puedan emplear mecanismos que propendan por una verdadera gestión de su impacto, teniendo como propósito último la culminación y puesta en servicio de las obras contratadas.

En este orden, la Ley 1508 de 2012 establece en su artículo 4 que las APP *“deberán contar con una eficiente asignación de riesgos, atribuyendo cada uno de ellos a la parte que esté en mejor capacidad de administrarlos, buscando mitigar el impacto que la ocurrencia de los mismos pueda generar sobre la disponibilidad de la infraestructura y la calidad del servicio”*. Dicha norma

en: <https://fundacionsigno.com/bazar/4/PFI.%20La%20experiencia%20britanica%202005r6%204%20p53.pdf>

²⁸⁹ CONSTANTINO Roberto y SAADE Miryam. “El Financiamiento de la Infraestructura. Propuestas para el desarrollo sostenible de una política sectorial”. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). (2012) Santiago de Chile: Naciones Unidas. [en línea]. [consultado el 4 de agosto de 2024] Disponible en: <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/56c4dce0-b116-442a-8695-8b648612aa01/content>

²⁹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-346 del 24 de mayo de 2017. Exp. D-11673 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. [en línea]. [consultado el 4 de agosto de 2024] Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-346-17.htm>

guarda concordancia con el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, partiendo de la premisa que podrán asignarse los riesgos previsibles, identificables y cuantificables en condiciones normales,²⁹¹ a las partes contractuales según su capacidad de administrarlos.

En lo concerniente a qué deberá entenderse por riesgo contractual en las APP, el documento CONPES 3714 de 2011²⁹² se refirió al carácter de previsibilidad como

“la posible ocurrencia de riesgos propios de la ejecución del objeto contractual”, estableciendo la obligación de “tipificar, estimar y asignar aquellas circunstancias, que siendo potenciales alteraciones del equilibrio económico, puedan preverse por su acaecimiento en contratos similares; por la probabilidad de su ocurrencia en relación con el objeto contractual o por otras circunstancias que permitan su previsión. Dicha previsibilidad genera la posibilidad de establecer responsabilidades y tratamientos específicos de asignación y mitigación”.

Posteriormente, el documento CONPES 4117 de 2023 se refirió al ciclo de gestión de riesgos, lo cual supone el despliegue de actividades de identificación y tipificación y asignación eficiente, acompañadas de un permanente monitoreo y gestión del riesgo durante la vida del proyecto. En este sentido, se identifica como riesgo contractual aquellos eventos que *“pueden generar potenciales desviaciones en plazos, costos e ingresos del proyecto a desarrollar con inversión privada”*, mientras que la identificación de las contingencias previsibles y su asignación eficiente corresponde al ejercicio que se plasmará en la matriz de riesgos, como se verá más adelante.

Lo anterior permite constatar que la noción del riesgo contractual en el esquema APP corresponde a la valoración cuantitativa de los efectos previsibles que, en caso de ocurrir, impacten el proyecto a ejecutar en términos de mayor costo, mayor plazo o menor ingreso.

²⁹¹ Según lo definido por el Departamento Nacional de Planeación en el documento CONPES 3714 de 2011 “del riesgo previsible en la política de contratación pública”. [en línea]. [consultado el 4 de agosto de 2024] Disponible en: <https://www.dnp.gov.co/conpes/Paginas/documentos-conpes-aprobados.aspx>

²⁹² Documento vigente de acuerdo con el CONPES 4117 del 15 de junio de 2023.

Es importante señalar que uno de los logros de la Ley 1508 de 2012, consistió en superar el criterio legal de asignación de riesgos descrito en la definición del contrato concesión, contenido en la expresión “*por cuenta y riesgo del Concesionario*”, de que trata el artículo 32.4 de la Ley 80 de 1993, y que ha sido interpretado por la jurisdicción contencioso-administrativa, como la asunción por la parte privada del éxito o fracaso del proyecto objeto de la concesión. En efecto, la más reciente sentencia del Consejo de Estado señala:

*“Numerosos elementos afloran de esta definición legal, pero para el caso que ocupa la atención de la Sala se resalta de este modelo negocial [concesión] la nota característica de que **el contratista asume por su cuenta y riesgo la realización del objeto concesionado**. La expresión indicada llena de contenido esta tipología contractual y significa, de una parte, que el contratista se encarga de la consecución de los recursos económicos según la relación equity/deuda que defina en su modelo financiero (con aporte de recursos propios / o de recursos de financiamiento, o de ambas clases) bajo análisis de predicción de rendimientos y de recuperación de su inversión. Y de otra, que **al obtener el derecho económico de explotación y definir conforme a su expertise la ruta de ejecución, asume el riesgo del éxito o fracaso de su desarrollo, como regla general.**”²⁹³.*

A partir de la experiencia de los contratos de concesión suscritos bajo el artículo 32.4 de la Ley 80 de 1993, la Ley 1508 de 2012 contempla una metodología de eficiencia en la asignación de riesgos, que no se traduce simplemente en que el privado es el responsable del éxito o fracaso del proyecto, ya que ello implica desconocer que el fin último de este es la satisfacción del interés público, y la promoción de la prosperidad general. En contraste, la Ley 1508 parte de la premisa que el sector público y el sector privado se asocian para que, a través de una eficiente distribución de contingencias entre ellos, el proyecto sea exitoso.

Así las cosas, el principio de asignación eficiente de los riesgos contractuales se predica, inicialmente, en la etapa de estructuración del proyecto APP, para lo

²⁹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Subsección A. Sentencia del 18 de marzo de 2024. C.P. José Roberto Sáchica Méndez. Exp. 62508. Disponible en: <https://servicios.consejodeestado.gov.co/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

cual se emplearán los criterios establecidos en Ley 80 de 1993, la Ley 448 de 1998, la Ley 1150 de 2007, los lineamientos de los documentos CONPES y las normas que regulen la materia²⁹⁴.

En dicho sentido, el documento CONPES 3714 del 1 de diciembre de 2011 define que la estimación del riesgo corresponde a

“una técnica que permite dar una aproximación de la magnitud del riesgo previsible de acuerdo con su probabilidad e impacto” mientras que la probabilidad hace referencia a *“una medida de la creencia o conocimiento que se tiene acerca de la ocurrencia futura (o pasada) de un evento y generalmente se puede estimar como la frecuencia con la que se obtiene un resultado en un experimento aleatorio”* y el impacto corresponde a *“la medida de la magnitud de las consecuencias monetarias de un evento generador de riesgo sobre el objeto del contrato”*.

Lo anterior supone el despliegue de las siguientes actividades: identificación de los factores que pueden frustrar los resultados previstos del negocio jurídico, identificar las variables que influyen de alguna manera en la afectación a los resultados esperados en todos sus aspectos, la utilización de la mejor información posible entorno al negocio jurídico (estadística, documentación histórica del evento en condiciones normales, antecedentes de la misma entidad contratante), manejo y evaluación de la información conocida en materia de contingencias, e identificación de las particularidades del riesgo para determinar los mecanismos que permitan mitigar su impacto.

3.2 Diferencia entre riesgo y obligación compensatoria

Con el fin de aproximarnos a la asignación de riesgos contractuales en los contratos APP, resulta necesario hacer una distinción entre el concepto de riesgo previsible y la obligación compensatoria que se deriva de la activación de dicha contingencia.

Así pues, se ha mencionado a lo largo del presente capítulo que el riesgo previsible obedece a la valoración cuantitativa de todas aquellas circunstancias que, de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato APP, lo

²⁹⁴ Decreto 1082 de 2015. Art. 2.2.2.1.5.5.

impacten en términos de mayor costo, mayor plazo o menor ingreso, siempre que dichos eventos sean identificables y cuantificables en condiciones normales. Igualmente, se ha señalado que la identificación, estimación y asignación eficiente de los riesgos se predica en la fase de estructuración del negocio jurídico de conformidad con las normas aplicables.

En lo que respecta a la obligación contractual compensatoria, resulta necesaria la remisión al documento CONPES 3714 de 2011, que se refiere a las obligaciones contingentes como

“aquellas obligaciones en virtud de las cuales una entidad, estipula contractualmente a favor de su contratista el pago de una suma de dinero, determinada o determinable a partir de factores identificados, por la ocurrencia de un evento futuro e incierto”. En este orden, el documento referido aclara que *“puede haber riesgos previsibles que correspondan a obligaciones contingentes pero no todas las obligaciones contingentes son riesgos previsibles”*.

Es por ello que, en nuestro criterio, las obligaciones contingentes pertenecen al régimen de obligaciones condicionales previstas en el Código Civil colombiano, por cuanto dependen de un acontecimiento futuro e incierto²⁹⁵, que en este caso corresponde a la activación de un riesgo previsto en la estructuración del proyecto, asignado a la entidad concedente y cuya materialización supone el acaecimiento de la condición suspensiva²⁹⁶ que origina el derecho del concesionario a ser compensado por la afectación sufrida en términos de mayor costo, mayor plazo o menor ingreso. Así pues, mientras que no se materialice el riesgo asignado al público, no se adquiere el derecho que en este caso equivale a la compensación económica correspondiente.

Es importante resaltar que tal y como lo mencionó el documento CONPES 3714 de 2011, la activación de un riesgo previsible no siempre supone el deber compensatorio de la entidad pública concedente, pues ello dependerá exclusivamente, de si en el capítulo de asignación de riesgos contractuales, se asignó esta contingencia a la entidad.

²⁹⁵ Congreso de la República. Código Civil. Artículo 1530.

²⁹⁶ Congreso de la República. Código Civil. Artículo 1536.

Sobre este punto debe mencionarse que en los proyectos APP con recursos públicos, las obligaciones contingentes son respaldadas a su vez por el Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales (FCCE) creado por la Ley 448 de 1998²⁹⁷, y mediante el desembolso de recursos públicos²⁹⁸, mientras que en los proyectos APP-IP, deberá establecerse un mecanismo líquido destinado a la compensación de los riesgos asumidos por la entidad estatal, según lo previsto en el numeral 6 artículo 2.2.2.1.5.1. del Decreto 1082 de 2015 modificado por el artículo 5 del Decreto 438 de 2021, sumado a los mecanismos de compensación adicionales consistentes en el incremento de tarifas contractuales, el recorte de alcance o la ampliación de plazo del contrato.

En conclusión, es importante resaltar que el régimen de las obligaciones contingentes depende exclusivamente de la activación de los riesgos asignados, en la estructuración del proyecto a la entidad concedente o en la revisión posterior ante el acaecimiento de contingencias imprevistas o imprevisibles como se propone en este documento.

3.3 Principio de asignación eficiente del riesgo previsible

Con el fin de abordar la noción de transferencia eficiente de riesgos, de que tratan los artículos 4 de la ley 1150 de 2007 y el artículo 4 de la Ley 1508 de 2012, es indispensable resaltar el rol de una correcta identificación, valoración y asignación del riesgo previsible en el análisis comparativo de “*valor por dinero*” (VPD)²⁹⁹, que en últimas será determinante al justificar el esquema APP, como mejor alternativa de contratación para la ejecución del proyecto, en comparación de la obra pública tradicional.

²⁹⁷ Decreto 423 de 2001

²⁹⁸ Artículo 2.2.2.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015 modificado por el Artículo 2 del Decreto 438 de 2021.

²⁹⁹ El valor por dinero (VPD) es definido por el Departamento Nacional de Planeación como: “...el resultado de la comparación del valor presente de los costos ajustados por riesgo de desarrollar un proyecto bajo el esquema de proyecto público, al que se denomina también Proyecto Público de Referencia (PPR) (incluye los costos de operación y mantenimiento en que incurre la entidad pública), con el valor presente de los costos ajustados por riesgo del mismo proyecto desarrollado bajo un esquema APP. Un PPR es una estimación del costo ajustado por riesgo, de un proyecto que es financiado, implementado operado y mantenido por el Estado”.

Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Departamento Nacional de Planeación. El concepto de Valor Por Dinero (VDP) y el Comparador Público Privado (CPP) [en línea]. [consultado el 4 de agosto de 2024] Disponible en: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/>

Lo anterior por cuanto, sin un análisis acertado de los riesgos previsibles del proyecto no será posible para el público obtener una idea del valor real de las obras a contratar, así como tampoco se tendrá certeza respecto del costo del traslado de los riesgos contractuales al operador privado.

En los eventos en los cuales el privado es quien estructura y presenta la iniciativa a la entidad concedente para su valoración correspondiente (APP-IP), el deber de planeación³⁰⁰ y el principio asignación eficiente de riesgos resulta predicable de ambas partes ya que, le corresponde a esta verificar que aquellas condiciones y términos que se sugieren en la minuta del contrato por parte del originador a partir de todas las investigaciones realizadas por el particular, que permitan acotar las estimaciones de tráfico, costos, impactos ambientales, sociales, entre otros.

También corresponde a la entidad concedente la evaluación de la información presentada, una vez cotejadas las proyecciones y variables contempladas por el privado, lo que le permite emitir un concepto de viabilidad respecto de la iniciativa propuesta. En este sentido, si bien el legislador definió que la estructuración de proyectos por agentes privados es “*por su propia cuenta y riesgo*”³⁰¹, no debe entenderse que sobre este último deba recaer exclusivamente el deber de planeación del contrato estatal, así como la identificación y valoración de los riesgos previsibles.

En esta línea, el reciente Laudo arbitral que dirimió las controversias entre la Concesión Vías del Nus S.A.S. y la Agencia Nacional de Infraestructura ANI de fecha 7 de noviembre de 2023, delimitó acertadamente el deber de planeación en tratándose de iniciativas privadas, con miras a resaltar que el rol de originador, posterior adjudicatario y concesionario del contrato de concesión, no supone una carta abierta para imponerle y exigirle a este la asunción de

³⁰⁰ Sobre el deber de planeación, la jurisdicción contencioso-administrativa se ha referido al deber de planeación en el contrato estatal, señalando que “tiene por finalidad asegurar que todo proyecto esté precedido de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar”.

Consejo de Estrado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 28 de mayo de 2012. Exp. 21489 M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Disponible en: [https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/105/S3/07001-23-31-000-1999-00546-01\(21489\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/105/S3/07001-23-31-000-1999-00546-01(21489).pdf)

³⁰¹ Congreso de la República. Ley 1508 de 2012 Art. 14

riesgos y el cumplimiento de responsabilidades de forma ilimitada, aun cuando haya sido en su momento, el estructurador de la iniciativa correspondiente³⁰². Sobre el particular manifestó:

“El Tribunal considera que en, cualquier caso, para la determinación del alcance de los deberes y riesgos impuestos por la ley o por los pactos contractuales, es menester, como en toda labor hermenéutica, obrar con razonabilidad y equilibrio. En este sentido no parece ponderado extender la responsabilidad del concesionario hasta asumir no solo los riesgos propios de las obligaciones por él contraídas, así como todas las vicisitudes en torno a la ejecución de las obras y gestión de la concesión, sino ampliarla hasta hacerle afrontar los acaecimientos desfavorables que puedan ocurrir en el ámbito obligacional de la otra. Por lo expuesto, el Tribunal no comparte la posición de la ANI en cuanto que VINUS por haber sido el Originador del proyecto, debe asumir las consecuencias de no haber previsto como riesgo la no entrega de una estación de peaje. En todo caso, el Tribunal precisa que la pretensión se dirige a que se declare que la no entrega de la estación afecta de los ingresos del concesionario sin hacer imputación de quién debe asumir sus efectos”³⁰³. (Énfasis fuera de texto)

En el mismo sentido, en el laudo arbitral que dirimió las controversias entre la Concesionaria Ruta del Cacao S.A.S. y la Agencia Nacional de Infraestructura-ANI, del 17 de junio de 2022³⁰⁴, se formuló la siguiente apreciación en materia del concepto de eficiencia en la asignación de riesgos en los contratos APP:

“...si bien el criterio de eficiencia en la asignación de riesgos en proyectos estructurados bajo esquemas de APP surge precisamente de la ley que

³⁰² Cámara de Comercio de Bogotá. Tribunal Arbitral de Concesión Vías Del Nus S.A.S. vs. Agencia Nacional De Infraestructura ANI [en línea]. [consultado el 20 de junio de 2024] Disponible en: <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/server/api/core/bitstreams/f03422d7-c8c9-4cb7-9e4f-f1abf45e4c0d/content>

³⁰³ Cámara de Comercio de Bogotá. Tribunal Arbitral de Concesión Vías Del Nus S.A.S. vs. Agencia Nacional De Infraestructura ANI [en línea]. [consultado el 20 de junio de 2024] Disponible en: <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/server/api/core/bitstreams/f03422d7-c8c9-4cb7-9e4f-f1abf45e4c0d/content>

³⁰⁴ Cámara de Comercio de Bogotá. Tribunal Arbitral de Concesionaria Ruta del Cacao S.A.S. vs. Agencia Nacional De Infraestructura ANI [en línea]. [consultado el 20 de junio de 2024] Disponible en: <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/items/f759db93-e88b-4123-b378-a68dbf27b45b>

regula estas figuras jurídicas, ello no implica la exclusión de otros parámetros o límites de estimación de riesgo. Específicamente, para este Tribunal la regulación de las APP no instituyó un régimen de riesgos único y excepcional, separado de la teoría de riesgos de los contratos; por el contrario, estableció reglas complementarias, que se integran a los preceptos existentes y decantados sobre la materia³⁰⁵.” (Negrillas fuera del texto)

324

En dicha oportunidad, el tribunal enfatizó:

“De lo dicho puede extraerse que la distribución y asignación de riesgos en contratos de concesión debe atender al criterio de previsibilidad, siendo este un mecanismo orientado a parametrizar o calificar de manera adecuada los riesgos que pueden acaecer durante la ejecución del contrato. Siendo así, no es factible la asignación de riesgos de carácter imprevisible o que no puedan ser debidamente determinados, pues con ello, se obligaría a la parte a asumir cargas en abstracto que eventualmente podrían generar impactos significativos sobre su economía”. (Énfasis fuera de texto)

Por lo anterior es importante señalar que el principio de planeación es inescindible del precepto de asignación eficiente de los riesgos previsibles del contrato APP, reconocido en el artículo 4 de la Ley 1508 de 2012, en concordancia con el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011. En este orden, una distribución contractual que contraría dichos postulados será ineficaz, por cuanto implicaría la asignación de riesgos de forma ilimitada en perjuicio del futuro contratista, contraviniendo lo preceptuado en el numeral quinto del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, que sanciona con ineficacia de pleno derecho los pliegos de condiciones y las minutas que incluyen exigencias de imposible cumplimiento, exenciones de la responsabilidad derivada de la información suministrada y ofrecimientos de extensión ilimitada³⁰⁶.

³⁰⁵ Cámara de Comercio de Bogotá. Tribunal Arbitral de Concesionaria Ruta del Cacao S.A.S. vs. Agencia Nacional De Infraestructura ANI [en línea]. [consultado el 20 de junio de 2024] Disponible en: <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/items/f759db93-e88b-4123-b378-a68dbf27b45b>

³⁰⁶ En el mismo sentido, el documento CONPES 3714 de 2011 señala explícitamente que “no se puede afectar ni renunciar al derecho económico del Concesionario de reestablecer el equilibrio económico del Contrato, de manera abstracta”.

En el mismo sentido, se ha pronunciado el Consejo de Estado al reconocer que:

“Tratándose de los riesgos contractuales, el carácter de imprevisibles cubre tanto los anormales que no fueron previstos en el contrato, como también los que habiéndolo sido, sus efectos desbordan los límites de la asunción de la parte contratante a quien dichos riesgos le fueron distribuidos.

“En ese sentido, en el contexto del principio de equivalencia económica del artículo 27 de la Ley 80 de 1993, por tratarse de riesgos imprevisibles que escapan a los supuestos del deber contenido en el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, no existen parámetros objetivos para que la entidad estatal contratante, en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, reconozca respecto de dichos riesgos, costos en los que haya de incurrir el contratista y que impacten ex ante el precio del contrato. De allí que resulte razonable respecto de estos riesgos que el impacto financiero que efectivamente acarree su realización se valore ya durante la ejecución del contrato y no antes (...)”³⁰⁷.

Dicho lo anterior, se concluye que la identificación y la asignación de los riesgos en los contratos APP, bajo los parámetros anteriormente estudiados no puede suponer una asignación superficial o absoluta a una sola de las partes, ya que ello puede acarrear sobrecostos para la entidad contratante como consecuencia de ineficiencias en la ejecución contractual, llegando a afectar inclusive el derecho del concesionario a percibir el retorno de su inversión. Todo lo anterior sin perjuicio de las sanciones jurídicas previstas el ordenamiento jurídico colombiano derivadas de los ofrecimientos de extensión limitada.

Departamento Nacional de planeación. Documento CONPES 3714 de 2011 [en línea]. [consultado el 4 de agosto de 2024] Disponible en: <https://www.dnp.gov.co/conpes/Paginas/documentos-conpes-aprobados.aspx>

³⁰⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 19 de julio de 2018. C.P. Martha Nubia Velásquez Rico. Exp. 57576. Disponible en: <https://servicios.consejodeestado.gov.co/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

3.4 Identificación, alcance y materialización de riesgos en contratos APP de cuarta y quinta generación (4G-5G)

Tal y como se ha mencionado a lo largo del presente documento, la asignación eficiente en todo proyecto APP es consecuencia de una adecuada gestión del riesgo o *risk managment*³⁰⁸, que supone el despliegue de las siguientes etapas: 1. La identificación y clasificación de los riesgos, y 2. La implementación de metodologías que permitan calcular el mayor o menor costo en la retención o transferencia de los riesgos, a la parte que cuente con las mejores capacidades financieras y técnicas para su adecuado manejo.

En nuestro criterio, este manejo eficiente del riesgo debe predicarse no solo en la fase de estructuración del negocio jurídico, sino también en la ejecución contractual, de suerte que puedan emplearse estrategias de detección temprana y revisión periódica del alcance de la asignación de los riesgos en términos de los porcentajes asumidos por ambas partes contratantes, con el fin de formular reajustes tendientes a preservar el equilibrio económico y financiero del contrato. Bajo dicha premisa, procedemos a resaltar cuatro de los riesgos principales en los proyectos de infraestructura de transporte, contratados bajo el esquema APP y algunas reflexiones de su materialización en sede de la gestión contractual:

3.4.1 Riesgo de diseño y construcción

Se encuentra definido en el CONPES 3760 de 2013 para los contratos de cuarta generación (4G) como “*la necesidad de cumplir con las especificaciones de diseño en las Intervenciones a ejecutar por el concesionario y las posibles modificaciones, dadas las características y particularidades de cada proyecto*”³⁰⁹.

Este riesgo se asignó al privado, en el entendido de que en las minutas de los contratos 4G se tiene previsto que sean los concesionarios, no los interesados en un procedimiento licitatorio, quienes se responsabilicen de elaborar los

³⁰⁸ MATTOCKS Richard. “La Experiencia Británica. Gestión y Evaluación de Costes Sanitarios. Vol. 6 - Número 4 - Octubre-diciembre 2005”. [en línea]. [consultado el 4 de agosto de 2024] Disponible en: <https://fundacionsigno.com/bazar/4/PFI.%20La%20experiencia%20britanica%202005r6%204%20p53.pdf>

³⁰⁹ Departamento Nacional de planeación. Documento CONPES 3760 de 2013 [en línea]. [consultado el 4 de agosto de 2024] Disponible en: <https://www.dnp.gov.co/conpes/Paginas/documentos-conpes-aprobados.aspx>

diseños Fase III, de modo que son estos quienes cuentan con mayor capacidad de prever las variables técnicas que permitan la efectiva construcción de lo allí plasmado.

Dicha definición fue acotada a su vez por el CONPES 4117 de 2023 señalando que corresponden a “*la variación de los costos en la elaboración y modificación de los diseños requeridos para cumplir de manera rigurosa con las especificaciones técnicas definidas en el contrato correspondiente*”. Así mismo, se incluyó dentro de este riesgo la variación de los presupuestos que se deriven de los diseños y el costo real de las obras que permitan el cumplimiento de las especificaciones técnicas contractuales, aclarando que el visto bueno de la entidad contratante respecto de los estudios y diseños no exime al privado de la responsabilidad por defectos de diseño.

Seguidamente, este documento reitera que el riesgo de diseño será asignado, por regla general, a la parte privada y se exceptúan los siguientes eventos en los cuales podrá ser retenido por la entidad contratante, a saber: (i) las modificaciones de diseño impuestas unilateralmente por la entidad contratante, por otra entidad pública o las requeridas con ocasión de cambios en el marco normativo, y (ii) cambios que surjan como consecuencia de nuevas obras solicitadas, bien sea por la autoridad ambiental, la entidad concedente o por decisiones judiciales anteriores a la expedición de la licencia ambiental y/o instrumento de manejo ambiental y/o procesos de consulta de comunidades afectadas³¹⁰.

A este respecto, resulta necesario aclarar que, cuando dichos cambios o modificaciones en los diseños correspondan a circunstancias que no pudieron ser previstas en la estructuración del proyecto, cuyo diagnóstico se encuentra fuera del control de las partes contratantes, es recomendable que las partes efectúen un diagnóstico de la materialización de este riesgo y establezcan los mecanismos que permitan la asunción de estos sobrecostos, en aras de propender por el restablecimiento del equilibrio económico y financiero del contrato.

³¹⁰ Departamento Nacional de planeación. Documento CONPES 4117 de 2023 [en línea]. [consultado el 4 de agosto de 2024] Disponible en: <https://www.dnp.gov.co/conpes/Paginas/documentos-conpes-aprobados.aspx>

En lo que respecta a los riesgos asociados a los sobrecostos en la construcción de la infraestructura, el documento CONPES 4117 de 2023 señala que deberá ser asumido por la parte privada, *“quien cuenta con mayor experiencia, conocimientos y capacidad de manejo sobre las variables que determinan el valor de inversión”*. Finalmente señala que *“no existirán cubrimientos de parte de la entidad contratante como consecuencia de la variación de cualquiera de los factores asociados al riesgo de costos de construcción frente a lo realmente ejecutado”*.

Sobre este asunto, si bien se reconoce que las variaciones en el precio de los insumos asociados al riesgo de construcción constituyen variables que pueden ser conocidas por la parte privada, se propone plantear la posibilidad de revisión del alcance del riesgo ante la presencia de cambios considerables y anormales en estos, que puedan afectar el equilibrio económico y financiero del contrato.

Un ejemplo de dichas variaciones imprevistas corresponde al incremento en el precio del acero y del asfalto presentado en el año 2021, cuyo crecimiento anual registró ser el más alto desde el año 2012, como consecuencia del fenómeno inflacionario global, causado por el desequilibrio en la oferta y la demanda generado por la pandemia, el desabastecimiento global y el conflicto entre Rusia y Ucrania³¹¹.

Finalmente, en lo que respecta al mayor plazo en la construcción y puesta en servicio, el documento CONPES 4117 de 2023 señala que su acaecimiento corresponde a un riesgo asumido por la parte privada, salvo por situaciones imputables a la parte contratante y la materialización de eventos eximentes de responsabilidad y fuerza mayor, de conformidad con lo previsto en el contrato. Esta asignación resulta acertada en nuestra consideración.

3.4.2 Riesgos financieros

El documento CONPES 3107 de 2001 se refirió al riesgo financiero como la probabilidad de obtener la financiación para la construcción de la infraestructura a partir de las diferentes fuentes disponibles en el mercado, mientras que el documento CONPES 4117 los agrupó en dos categorías a saber:

³¹¹ PARDO Juan y ORBEGOZO María. Perspectiva Sectorial: Infraestructura Costos al alza y su impacto sobre la infraestructura vial en Colombia. [en línea]. [consultado el 4 de agosto de 2024] <https://investigaciones.corfi.com/documents/38211>

(i) la disponibilidad de financiación y (ii) las condiciones financieras/tasas de interés.

En lo que respecta al primero, el cual consiste en la imposibilidad de obtención de la financiación requerida como condición precedente para el inicio de la Fase de Construcción³¹² de las APP, resulta necesario entender que su materialización puede impactar directamente los cronogramas de las obras previstas dentro del alcance del proyecto, acarrear la necesidad de adelantar recursos propios del privado para financiar las intervenciones o acudir a la financiación corporativa para poder avanzar con el respectivo proyecto, y en algunos casos, puede conllevar a la terminación anticipada del contrato, dada su inviabilidad financiera. Es importante señalar que el escenario de terminación anticipada es el más indeseable para las partes contratantes, tanto como para el público como para el privado, ya que implicará la asunción de liquidaciones cuantiosas para el Estado y reclamaciones litigiosas, sin que se cuente con la infraestructura para la cual se contrató.

Así pues, pese a que el documento señala que el riesgo de la imposibilidad de financiación debe asignarse al privado en su totalidad, consideramos que dicha asignación amerita una revisión cuando quiera que las condiciones que materializan dicha imposibilidad escapan por completo del control del contratista del estado, como por ejemplo, las decisiones en torno a la suspensión del cobro de las tarifas de peaje o imposibilidad de instalación de los mecanismos de recaudo, los cuales si bien se encuentran contemplados dentro del riesgo político social y el riesgo comercial, su notable incidencia en la garantía de ingreso del proyecto puede ser de tal magnitud que conlleve a la inviabilidad financiera de la APP, imposibilitando la obtención de la financiación en el mercado nacional e internacional.

En cuanto a la variación en las condiciones de financiación de la deuda en términos de plazos, montos e intereses, consideramos que al igual que en la imposibilidad de obtención de la financiación, resulta necesaria la revisión de esta asignación cuando quiera que sobrevengan variables exógenas que afecten las fuentes de ingresos de los proyectos, bien sea por el recaudo de las tasas y tarifas de los proyectos o por el no desembolso de recursos públicos, que pueda llegar a afectar las condiciones de la financiación de la respectiva APP.

³¹² Agencia Nacional de Infraestructura - ANI. Contrato de Concesión. Parte General. Sección 4.4

3.4.3 Riesgo comercial

El documento CONPES 3760 de 2013 definía este riesgo para el programa de Cuarta Generación de Concesiones Viales, como *“la desviación del valor presente del recaudo efectivo de peaje frente a las proyecciones de recaudo realizadas por la ANI en la estructuración y adjudicación del proyecto”*.

Se advirtió acertadamente, que en tratándose de las APP de iniciativa pública, estas estimaciones de tráfico se relacionan con las variables exógenas al desarrollo de los proyectos, por lo que este riesgo se encuentra retenido por el público, contemplando periodos de compensación en la ejecución contractual que permitan calcular si los ingresos reales del proyecto corresponden a los esperados según la estructuración financiera del negocio jurídico.

Por su parte, se estableció que el riesgo comercial en las APP-IP del programa 4G corresponde a los menores ingresos por recaudo de peaje y serán compensados mediante los diferentes mecanismos previstos para tales efectos, dentro de los cuales se encuentran (i) la ampliación del plazo inicial de conformidad con la ley; (ii) la modificación del alcance del proyecto; (iii) el incremento de peajes y tarifas; (iv) subcuentas para la atención de riesgos y excedentes del patrimonio autónomo y; v) el mecanismo líquido de que trata el artículo 2.2.2.1.5.1. del Decreto 1082 de 2015³¹³.

Por su parte, el CONPES 4117 de 2023, distingue la materialización del riesgo comercial en tres eventos, a saber; (i) cuando la demanda del proyecto es menor que la proyectada; (ii) cuando se materializa la imposibilidad de recaudo de las tarifas como consecuencia de la imposibilidad de instalación de los mecanismos de recaudo, y (iii) por el impago o evasión del pago de las tarifas.

Respecto del riesgo de demanda, dicho documento señala que existen diferentes eventos que pueden desencadenar en la activación de este riesgo, como lo son la respuesta negativa de los usuarios por el incremento de las tarifas, los ciclos económicos, cambios en los hábitos de consumo o implementación de tecnologías substitutas. Este documento señala que el riesgo debe trasladarse a la parte privada o que será compartido entre el público y el privado en los contratos APP de iniciativa pública, y reconoce que, excepcionalmente, podrá retenerse este riesgo cuando, a partir de los análisis

³¹³ Parágrafo 2. Artículo 2.2.2.1.5.5. Decreto 1082 de 2015.

técnicos correspondientes, se determine que existe incertidumbre respecto del nivel de demanda del proyecto. Finalmente, este documento concluye que en las APP-IP el riesgo de demanda será asignado a la parte privada.

Consideramos que, en efecto, el riesgo de demanda debe ser retenido en las APP de iniciativa pública ya que, tal y como lo reconoció el documento CONPES 3760 de 2013, dicha estimación corresponde a variables que no pueden ser controladas por los concesionarios³¹⁴. De igual forma, en las APP-IP, es necesaria la evaluación de dicha asignación cuando las variaciones en la demanda son consecuencia de factores imprevisibles al momento de estructurar el proyecto, o cuya variación desborda cualquier margen de previsión por el agente privado.

Por consiguiente, se sugiere incluir en los contratos la posibilidad de que, en el evento en que la demanda de tráfico caiga como consecuencia de situaciones extraordinarias e imprevistas en la estructuración del proyecto, (sea APP pública o APP-IP), se contemple la posibilidad de revisar el alcance del riesgo estimado y asignado en el contrato, con el fin de que se pueda compensar esta variación, la cual se insiste, desbordaría la asignación de riesgos contractuales.

3.4.4 Riesgo de costos de mantenimiento y operación

Los riesgos derivados de la operación y mantenimiento de los corredores viales, se definieron en el documento CONPES 3107 como el “*no cumplimiento de los parámetros de desempeño especificados; a costos de operación y mantenimiento mayores a los proyectados; a la disponibilidad y costos de los insumos y a interrupción de la operación por acto u omisión del operador, entre otros*”.

Por su parte, el documento CONPES 4117 de 2023 acotó esta definición al establecer que los riesgos asociados a la operación y mantenimiento corresponden a los efectos favorables y/o desfavorables de “*variaciones en los*

³¹⁴ Sobre el particular establece el documento que “las proyecciones de ingresos por concepto de tráfico están relacionadas con variables macroeconómicas, y de desarrollo regional, entre otras, las cuales son variables exógenas al desarrollo de los proyectos y por ende de difícil control por parte del concesionario, quien controla de manera efectiva la calidad y disponibilidad de la infraestructura a su cargo”.

Departamento Nacional de planeación. Documento CONPES 3760 de 2013 [en línea]. [consultado el 4 de agosto de 2024] Disponible en: <https://www.dnp.gov.co/conpes/Paginas/documentos-conpes-aprobados.aspx>

costos de operación y mantenimiento generados por las variaciones en: (i) cantidades requeridas; (ii) precios de los insumos; (iii) plazos; (iv) disponibilidad de insumos y suministro de equipos; (v) disponibilidad de fuentes de materiales; y (vi) licencias y permisos requeridos para llevar a cabo las actividades de mantenimiento y operación, y/o las obras de mantenimiento o reinversión durante toda la ejecución del proyecto, por cualquier motivo o causa". Dichas variaciones deberán asumirse para efectos de cumplir con las especificaciones técnicas establecidas en los respectivos contratos de concesión.

Seguidamente, este documento estableció que este riesgo será asignado al privado, en tanto es quien realiza los diseños y la construcción, por lo que conoce las condiciones necesarias para la operación de la infraestructura. Lo anterior permite que sea la parte privada quien tenga mayor conocimiento y capacidad en la realización de las actividades de operación y mantenimiento que son requeridas en el respecto corredor vial. Adicionalmente, dicho documento establece las siguientes excepciones en las cuales la materialización del riesgo deberá asumirse por el público, que corresponden al (i) impacto en costos de operación y/o mantenimiento ocasionado por ciertos cambios legales o normativos³¹⁵, (ii) los eventos catalogables como fuerza mayor no asegurable y (iii) el riesgo de cambio climático³¹⁶.

En lo que respecta a este riesgo, consideramos que al igual que las contingencias asociadas a los sobrecostos en la construcción de infraestructura, es recomendable que, ante el alza de los precios en los insumos o la disponibilidad de estos, las partes efectúen un diagnóstico de la materialización de este riesgo y establezcan los mecanismos que permitan la asunción de estos sobrecostos,

³¹⁵ Tales como la modificación de la estructura tarifaria del proyecto prevista en la resolución aplicable al respectivo corredor vial, o los cambios regulatorios solicitados por las entidades públicas que tiendan a afectar el sector transporte, y cambios introducidos por mandato de autoridad judicial por causas no imputables a la parte privada.

³¹⁶ Este documento establece que, "por regla general, los efectos desfavorables derivados de eventos de cambio climático serán un riesgo transferido, incluyendo los costos asociados a la reposición de la infraestructura en los casos aplicables. Excepcionalmente, se podrá compartir este riesgo en tratándose de casos excepcionales por la baja recurrencia, otras manifestaciones concretas del cambio climático que lleven a costos muy elevados de reconstrucción y daños por eventos de desastre de gran magnitud".

Departamento Nacional de planeación. Documento CONPES 4117 de 2023 [en línea]. [consultado el 4 de agosto de 2024] Disponible en: <https://www.dnp.gov.co/conpes/Paginas/documentos-conpes-aprobados.aspx>

en aras de propender por el restablecimiento del equilibrio económico y financiero del contrato.

En conclusión, una vez acotados los principales riesgos en los contratos APP y las propuestas para su revisión y tratamiento, concluimos el presente estudio insistiendo en la necesidad de comprender que la gestión y manejo de las contingencias contractuales no se agota en la etapa de identificación y asignación de los riesgos, sino que además resulta necesaria la revisión periódica del estado de los riesgos en la ejecución del proyecto, en atención al conocimiento de las partes del estado del riesgo y el nivel de afectación con respecto de la viabilidad técnica y financiera de los proyectos. Esta visión permitirá una mejor administración de los riesgos contractuales, evitando así la terminación anticipada de los proyectos, las obras inconclusas en desmedro del interés general, y grandes reclamaciones litigiosas.

De la misma manera cabe concluir que resulta necesaria la comprensión de que la materialización de eventos que no se encontraban previstos dentro de la etapa de identificación y asignación de riesgos amerita un análisis diferente al tratamiento previsto en nuestro ordenamiento jurídico para los riesgos previsibles. Lo anterior por cuanto al no encontrarse incorporados en la matriz de riesgos del proyecto, dada su naturaleza, no cuentan con la suficiencia de los mecanismos contractuales de compensación, los cuales se encuentran pensados para la compensación de los riesgos previsibles, retenidos por el público.

Con este aporte se cierra esta nueva obra de MASC. Este último enfoque es premonitorio del buen uso del derecho. Una gestión oportuna de los riesgos en cada modalidad de contrato es la verdadera prevención de litigios y el aseguramiento de los objetivos de un proyecto.

CONCLUSIÓN FINAL

Con la mediación, los acuerdos y en general los MASC en Colombia, se han realizado muchos esfuerzos institucionales que han permitido construir una doctrina interdisciplinaria y una cultura humanitaria de la convivencia, que la Carta de 1991 y las altas cortes reafirman para estar innovando en esta materia. Esta línea evolutiva es el gran motivo para continuar con una línea de investigación que viene actualizando estos instrumentos de justicia, para procurar más derechos y menos litigios, es una tarea indispensable que busca acompañar e incentivar la solidaridad y el desarrollo sostenible.

Ello nos compromete a profundizar aún más, con nuevas metodologías y técnicas como el legal design con inteligencia artificial. Asuntos que vamos a profundizar teniendo siempre como derrotero referentes globales de derecho comparado y los objetivos de desarrollo sostenible de la ONU como los de justicia y paz.

Este libro ante todo promueve la Constitución de 1991, toda vez que según el artículo 2 es un fin esencial del Estado facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan, enmarcado, entre otros deberes, en la solidaridad previsto en el artículo 95. Así Colombia tiene un nuevo paradigma de convivencia con unas autoridades que no podemos olvidar, están instituidas para asegurar el cumplimiento de fines sociales como impronta. Y es desde estos postulados que el país ha experimentado una transformación cultural y social hacia estos mecanismos alternativos para resolver controversias, ello ha surgido entonces como una respuesta ciudadana ante la congestión judicial y la pérdida de credibilidad. Reivindicar, promover y darle uso con seguridad jurídica y probidad ha sido el objetivo central de este libro.

La acogida que ha tenido la obra en sus pasadas ediciones ha incentivado la participación de las entidades públicas, de los jueces, de los empresarios y de los ciudadanos como actores principales en la solución de sus litigios y diferencias para cada uno de los MASC. Va más allá de empoderar a los particulares como autoridades judiciales transitorias en el arbitraje y la conciliación puesto que los MASC como práctica institucional no se pueden limitar a dos mecanismos alternativos.

Es mucho más que ello, necesitamos un cambio cultural, se deben sobrepasar las fronteras de las instituciones formales previstas en la ley. En ese sentido, la serie de disposiciones legales que se han expedido en el país, la jurisprudencia y buenas prácticas, para este tipo de instituciones de fomento de los MASC son ante todo un comienzo de empoderamiento desde la voluntad ciudadana e institucional. En esta innovación se destacaron iniciativas como la de Compromiso Colombia que lidera Carlos Hernán Rodríguez actual Contralor General de la República.

El poder al ciudadano y al funcionario público del ejecutivo o de los órganos de control, necesitan espacios como los que en este texto son estudiados para poder negociar acuerdos que defiendan el interés general. Es la gran transformación de la justicia para las personas y no para los aparatos burocráticos. Si el país se limita a lo formal y no está abierto a trascender en la cultura y el comportamiento, poco o nada incidirán las normas y las entidades, en ese cambio de dejar de exacerbar el conflicto y judicializarlo como primera ratio.

Esta transformación de la justicia en Colombia deberá ir de la mano con las tendencias globales en mecanismos alternativos de solución de conflictos. Como se desarrolló en esta obra, el uso de mecanismos y la innovación en los mismos se ha fortalecido y de hecho incentivado en la cultura jurídica de países como España, Chile, Perú, México entre otros.

CIMA se constituyó para crear un Centro Internacional de Mediación y Acuerdos, en el cual se promoverá la transformación cultural de la justicia en un sentido amplio y social. Convocará a los expertos que sean probos y amigos de la negociación y el dialogo. También promoverá un tráfico de los negocios jurídicos marcados por la celeridad, la integridad y acciones especializadas que superen la complejidad y que promuevan competencias y tecnologías para el dinamismo de las relaciones humanas e institucionales.

En ese sentido, es prioritaria la necesidad de los Estados de promover acuerdos para evitar los escenarios de polarización, el extremismo y la desigualdad que afectan nuestras democracias. Colombia avanza en consolidar los mecanismos de resolución de disputas legales, pero también en métodos propios en los acuerdos para superar conflictos sociales. Los aportes en inteligencia artificial,

en liderazgo y en gestión del riesgo para evitar litigios son primordiales y gracias a los autores invitados e investigadores ello se demostró ampliamente.

Explorar y profundizar la esfera de lo global es parte de la necesidad que tiene el país para abrirse al mundo en una perspectiva de cosmovisión multicultural para un desarrollo sostenible. Cada sección del libro y cada aporte de los autores invitados tiene ese enfoque virtuoso, buscando que el país vaya a la vanguardia en la negociación y los acuerdos públicos y privados a nivel local, nacional e internacional. Estamos abriendo esa nueva vía y queremos avanzar en ella, sumando a los actores de nuestras controversias.

Con la mediación, los acuerdos y en general los MASC en Colombia, se han realizado muchos esfuerzos institucionales que han permitido construir una doctrina interdisciplinaria y una cultura humanitaria de la convivencia, que la Carta de 1991 y las altas cortes reafirman para estar innovando en esta materia. Esta línea evolutiva es el gran motivo para continuar con una línea de investigación que viene actualizando estos instrumentos de justicia, para procurar más derechos y menos litigios, es una tarea indispensable que busca acompañar e incentivar la solidaridad y el desarrollo sostenible.

Ello nos compromete a profundizar aún más, con nuevas metodologías y técnicas como el legal design con inteligencia artificial. Asuntos que vamos a profundizar teniendo siempre como derrotero referentes globales de derecho comparado y los objetivos de desarrollo sostenible de la ONU como los de justicia y paz.

Este libro ante todo promueve la Constitución de 1991, toda vez que según el artículo 2 es un fin esencial del Estado facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan, enmarcado, entre otros deberes, el de la solidaridad previsto en el artículo 95. Así Colombia tiene un nuevo paradigma de convivencia con unas autoridades que no podemos olvidar, están instituidas para asegurar el cumplimiento de los fines sociales como impronta. Y es desde estos postulados que el país ha experimentado una transformación cultural y social hacia estos mecanismos alternativos para resolver controversias, ello ha surgido entonces como una respuesta ciudadana ante la congestión judicial y la pérdida de credibilidad. Reivindicar, promover y darle uso con seguridad jurídica y probidad ha sido el objetivo central de este libro.

La acogida que ha tenido la obra en sus pasadas ediciones ha incentivado la participación de las entidades públicas, de los jueces, de los empresarios y de los ciudadanos como actores principales en la solución de sus litigios y diferencias para cada uno de los MASC. Va más allá de empoderar a los particulares como autoridades judiciales transitorias en el arbitraje y la conciliación puesto que los MASC como práctica institucional no se pueden limitar a dos mecanismos alternativos.

Es mucho más que ello, necesitamos un cambio cultural, se deben sobrepasar las fronteras de las instituciones formales previstas en la ley. En ese sentido, la serie de disposiciones legales que se han expedido en el país, la jurisprudencia y buenas prácticas, para este tipo de instituciones de fomento de los MASC son ante todo un comienzo de empoderamiento desde la voluntad ciudadana e institucional. En esta innovación se destacaron iniciativas como la de Compromiso Colombia que lidera Carlos Hernán Rodríguez actual Contralor General de la República.

El poder al ciudadano y al funcionario público del ejecutivo o de los órganos de control, necesitan espacios como los que en este texto son estudiados para poder negociar acuerdos que defiendan el interés general. Es la gran transformación de la justicia para las personas y no para los aparatos burocráticos. Si el país se limita a lo formal y no está abierto a trascender en la cultura y el comportamiento, poco o nada incidirán las normas y las entidades, en ese cambio de dejar de exacerbar el conflicto y judicializarlo como primera ratio.

Esta transformación de la justicia en Colombia deberá ir de la mano con las tendencias globales en mecanismos alternativos de solución de conflictos. Como se desarrolló en esta obra, el uso de mecanismos y la innovación en los mismos se ha fortalecido y de hecho incentivado en la cultura jurídica de países como España, Chile, Perú, México entre otros.

CIMA se constituyó para crear un Centro Internacional de Mediación y Acuerdos, en el cual se promoverá la transformación cultural de la justicia en un sentido amplio y social. Convocará a los expertos que sean probos y amigos de la negociación y el dialogo. También promoverá un tráfico de los negocios jurídicos marcados por la celeridad, la integridad y acciones especializadas que

superen la complejidad y que promuevan competencias y tecnologías para el dinamismo de las relaciones humanas e institucionales.

En ese sentido, es prioritaria la necesidad de los Estados de promover acuerdos para evitar los escenarios de polarización, el extremismo y la desigualdad que afectan nuestras democracias. Colombia avanza en consolidar los mecanismos de resolución de disputas legales, pero también en métodos propios en los acuerdos para superar conflictos sociales. Los aportes en inteligencia artificial, en liderazgo y en gestión del riesgo para evitar litigios son primordiales y gracias a los autores invitados e investigadores ello se demostró ampliamente.

Explorar y profundizar la esfera de lo global es parte de la necesidad que tiene el país para abrirse al mundo en una perspectiva de cosmovisión multicultural para un desarrollo sostenible. Cada sección del libro y cada aporte de los autores invitados tienen ese enfoque virtuoso, buscando que el país vaya a la vanguardia en la negociación y los acuerdos públicos y privados a nivel local, nacional e internacional. Estamos abriendo esa nueva vía y queremos avanzar en ella, sumando a los actores de nuestras controversias.

