

LA AMIGABLE COMPOSICION

Su evolución normativa y su fortalecimiento institucional en el nuevo estatuto arbitral

Gonzalo Méndez Morales

Clasificación del mecanismo

1.- Los métodos alternativos de solución de conflictos se clasifican principalmente de acuerdo con dos criterios fundamentales, uno sus efectos jurídicos, otro tipificado a través de quién toma las decisiones. Justifica el primer criterio un pilar básico de la solución del conflicto, cual es el efecto jurídico de la decisión, toda vez que de acuerdo con nuestro sistema normativo unos métodos se equiparan a la decisión del juez y otros simplemente tienen efecto interpartes por ser un acuerdo contractual, ley para ellas. El segundo criterio se basa en un aspecto importante, de un carácter bien diferente, pero igualmente trascendente, toda vez que, adoptan las partes involucradas en el conflicto la decisión resolutive de su diferencia ó invisten a un tercero, singular o plural, la función de decidir con alcance vinculante para ellas, las medidas respectivas.

2.- La amigable composición ha sido desde hace varios años, un mecanismo permitido por la ley colombiana para solucionar diferencias, siempre con un efecto contractual, quiere ello decir que lo que aporta este método a las partes incursas en un conflicto, es una fórmula contractualmente obligatoria cuya finalidad es superar las diferencias creando un acuerdo vinculante que ponga fin a la mencionada diferencia.

3.- Existen tendencias de pensamiento diferentes respecto a la ubicación de la amigable composición de acuerdo con el segundo de los criterios expuestos. Por un lado, se entiende que al ser de la naturaleza de la figura la delegación en un tercero para que adopte la decisión respectiva, se trata de un método heterocompositivo; otra línea de pensamiento entiende que al actuar este tercero en nombre y representación de las partes y con facultades expresas para decidir por ellas con poder vinculante, se trata de un método autocompositivo, porque no separa las atribuciones del tercero de la intención y postura misma de las partes.

4.- Sin perjuicio de las consecuencias teóricas que una u otra postura puedan alcanzar, la verdad es que la amigable composición se caracteriza por la gestión de un tercero que habilitado por las partes en forma clara y expresa, determina la solución de un conflicto creando para las partes delegantes un vínculo contractual obligatorio, que tiene la idoneidad para superarles el conflicto o controversia que las enfrenta.

5.- La discusión sobre si es un método heterocompositivo o autocompositivo de toda formas reconoce la adopción de la decisión resolutive por un tercero, en quién los involucrados han confiado tal responsabilidad, luego partir de que este tercero asume independencia total en su labor ó simplemente ejerce un poder delegado que le permite actuar en representación de los delegantes sin independencia respecto a ellos, pasa en nuestro concepto a ser una discusión doctrinal que no afecta la estructura misma del mecanismo.

6.- Entendemos que la naturaleza jurídica de la figura puede conducir a la identificación de la amigable composición como un mecanismo heterocompositivo, porque realmente y en todo caso, se da la fundamental delegación en un tercero para que adopte la decisión contractual vinculante para las partes, cuya fuerza legal es un compromiso avalado por la ley de los contratos, para todo efecto.

7.- Tanto el Consejo de Estado en providencia del 26 de febrero de 1998, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, como la Corte Constitucional en Sentencia del 2 de febrero de 2000, Sala Plena, han identificado con mucha precisión y sencillez que *“...la amigable composición es simplemente una transacción lograda a través de terceros con facultades para comprometer contractualmente a las partes...”*, afirmación que de suyo, ratifica los conceptos básicos que ya hemos expuesto, y como una característica diferenciadora de esta institución con el arbitraje, señala de Corte que la *“...la amigable composición es un mecanismo de autocomposición, los amigables componedores son representantes de las partes contratantes;...”* afirmación que reporta un enfoque diferente al que entendemos antes referido, toda vez que asume que la expresa representación de las partes lo caracteriza como método autocompositivo.

Introducción del mecanismo en la legislación

8.- La primera inclusión de este mecanismo en nuestro sistema normativo lo registramos en el Código de Procedimiento Civil de 1970, Decretos 1400 y 2019 de 1970, cuyo artículo 677 establecía : *“Amigables componedores. En los casos previstos en el inciso primero del artículo 663, podrán los interesados someter sus diferencias a amigables componedores; la declaración de estos tiene valor contractual entre aquéllos, pero no producirá efectos de laudo arbitral.”* El mencionado inciso primero del artículo 663 se refería en lo pertinente, a *“...las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir.”*

9.- Las disposiciones mencionadas pertenecían al Título XXXIII, del Libro 3º, Proceso Arbitral. Advertimos como se incluía en esta sección del Código la única disposición referente a la amigable composición, caracterizándola ya como un mecanismo idóneo para resolver diferencias susceptibles de transacción, surgidas entre personas capaces de transigir, sometidas a la decisión de terceros denominados amigables componedores, mediante una declaración vinculante con valor contractual entre las partes interesadas, pero sin los efectos inherentes al laudo arbitral.

10.- La puntualidad de la norma transcrita si bien precisaba la esencia del mecanismo, puede claramente establecerse que nada aportaba sobre las características propias de su operación, o sea, no aportaba ninguna claridad respecto a su implementación, especialmente en lo relativo a la designación de los operadores, sus calidades, su campo de acción, o las características propias de la decisión respectiva. Entendemos que de todas formas era una institución idónea para resolver diferencias, dejando al arbitrio de las partes la determinación de todos aquellos aspectos que la harían efectiva como mecanismo legal permitido para superar diferencias en el ámbito convencional entre partes determinadas.

11.- Podría entenderse que la inclusión de esta norma en la regulación del Proceso Arbitral, habilitaría la posibilidad de darle manejo a los conflictos transigibles objeto del mismo, a través de un mecanismo alternativo soportado en la gestión de unos amigables componedores, pero advirtiendo que su declaración no constituía un laudo arbitral. Esta circunstancia llevó a que incluso algunos doctrinantes hablaran del la amigable composición como un proceso arbitral en equidad, para diferenciarlo del proceso arbitral que terminaba en un fallo de carácter judicial. Esta caracterización no dejaba de ser objetable desde el punto de vista de la técnica jurídica, toda vez que claramente la norma refería una decisión de alcance contractual, no judicial.

El mecanismo como procedimiento comercial

12.- Encontramos luego en nuestra evolución normativa la expedición del Código de Comercio, Decreto 410 de 1971, el cual en su Libro 6°, sobre Procedimientos, incluye el Título III, Del Arbitramento, haciendo una reproducción exacta del mencionado Título XXXIII, del Libro 3°, del Código de Procedimiento Civil, lo cual a primera impresión el único efecto que produce es que tanto en materias civiles como en materias comerciales, era viable el procedimiento arbitral para resolver diferencias de carácter transigible con efectos equivalentes a la sentencia judicial, y respecto al tema que nos ocupa, igualmente estatuyó la vigencia de la amigable composición para resolver a nivel contractual diferencias inter partes, dentro del mismo e idéntico esquema básico, repetimos, de que las diferencias de carácter transigible se pudieran someter a amigables componedores, y la declaración de éstos tendría valor contractual entre aquellas, pero no produciría los efectos de laudo arbitral.

13.- Convivimos dieciocho años con una regulación duplicada del proceso arbitral y de la consagración esencial del mecanismo de la amigable composición. Nunca sobra preguntarse si era estrictamente necesaria la coexistencia de las dos regulaciones, una en el código procesal civil y otra en el código de comercio, pero idénticas en su estructuración regulatoria y funcional. Rescatamos como ya se dijo, que una conclusión inherente a tal situación era la posibilidad de acceso a éstos mecanismos de solución de diferencias tanto de orden civil como de orden comercial, bajo unas mismas coordenadas jurídicas, y eso en últimas no deja de ser razonable.

Su inclusión en el primer estatuto arbitral

14.- Viene luego el Decreto 2279 de 1989, *“Por el cual se implementan sistemas de solución de conflictos entre particulares y se dictan otras disposiciones”*, cuyo artículo 55 derogó el Título XXXIII del Libro Tercero del Código de Procedimiento Civil y el Título III del Libro Sexto del Código de Comercio, disposición tajante mediante la cual puso punto final a la existencia de la doble regulación antes aludida, lo cual de suyo implicaba que en adelante, a partir de la vigencia de este Decreto, que era la fecha de su publicación, regiría en nuestra legislación tanto en materia arbitral como en materia de amigable composición lo que allí se dispusiera, y efectivamente, entre sus artículos 1 y 48 inclusive, Capítulo I del Decreto, se regló el Arbitramento; y entre sus artículos 49 y 53, Capítulo II, *“De la amigable composición y de la conciliación”*, se introdujeron la totalidad de las normas a las que se sometería la amigable composición y la conciliación, pasando por una Sección Primera de Disposiciones generales; una Sección Segunda sobre la Amigable Composición

y una Sección Tercera, donde mediante un escueto artículo regula puntualmente la conciliación, tan solo para afirmar que el documento contentivo de la transacción resultado de conciliación, debía ser reconocido notarialmente.

15.- En la parte general relativa a los mecanismos de la amigable composición y la conciliación, establece el Decreto 2279 aludido, que *“Las controversias susceptibles de transacción, que surjan entre personas capaces de transigir, podrán ser sometidas a conciliación o amigable composición.”*, definición que mantiene la opción de los particulares capaces de transigir de someter sus diferencias a cualquiera de estos mecanismos, en primer lugar a la conciliación, que la norma precedente no la mencionaba, o a la amigable composición, materia de nuestra evaluación.

16.- El artículo 50 del nuevo estatuto se refería a dos puntos importantes antes no determinados legislativamente, cuáles eran en primer lugar, la iniciativa para seleccionar uno de los mecanismos en cuestión, que al decir de la norma *“...podrá provenir de ambas partes o de una de ellas.”*, y en segundo lugar, que por acuerdo mutuo de las partes interesadas, el nombramiento de los conciliadores o de los amigables componedores podría ser deferida a un tercero, norma con la cual indiscutiblemente se abordó un tema novedoso en ese entonces, cual era la posibilidad de que los interesados, siempre y cuando estuvieren de acuerdo para ello, designaran su operador a través de un tercero que adoptara tal decisión.

17.- Resulta importante destacar que de acuerdo con esta normativa, cualquiera de las partes vinculada a una controversia o conflicto, podía tener autónomamente la iniciativa para acudir bien al mecanismo de la conciliación o de la amigable composición, lo cual no deja de significar que, si una parte decidía acudir a uno de ellos, podía encontrarse con la oposición de la otra parte, situación que lejos de ser proactiva a la solución de la diferencia, al parecer podía acentuarla por el rechazo de la segunda a acceder a uno de estos mecanismos para superar la diferencia. Sin embargo, rescatamos la intención de la norma, que al parecer era facilitar el acceso a cualquiera de las formas de solución, así fuera por la mera iniciativa de una de las partes.

18.- Dos artículos en especial regulaban a partir del momento la amigable composición, el primero, definitorio, determinaba que *“Por la amigable composición se otorga a los componedores la facultad de precisar con fuerza vinculante para las partes el estado y la forma de cumplimiento de una relación jurídica sustancial susceptible de transacción.”* Nótese la inclusión en esta norma de unos elementos importantes, a saber, (i) el otorgamiento a los operadores del mecanismo, denominados componedores, *“la facultad de precisar con fuerza vinculante para las partes”*, lo cual de suyo implica investidura para adoptar una determinación obligatoria, con la autoridad que las mismas partes le atribuyen, y (ii) unos alcances concretos y hasta limitativos consideramos, de sus atribuciones, orientada concretamente a precisar *“el estado y la forma de cumplimiento de una relación jurídica sustancial susceptible de transacción”*, lo cual necesariamente parte de la premisa de la existencia de una relación jurídica sustancial entre las partes, sobre materia transigible, en medio de la cual surge el conflicto concretado en la falta de definición de sus mutuas prerrogativas legales o de su incumplimiento por parte de alguno de los involucrados,

donde el amigable componedor dentro de ese marco preciso ha de adoptar las definiciones respectivas para solventar la aludida diferencia, con carácter obligante.

19.- La segunda de las disposiciones enmarcó la operación del mecanismo a los términos escritos consignados por las partes, toda vez que el artículo 52 del Decreto 2279 de 1989, estableció que *“La expresión de la voluntad de someterse a la amigable composición, se consignará por escrito que deberá contener : 1. El nombre, domicilio y dirección de las partes. 2. Las cuestiones objeto de la amigable composición. 3. El nombre o nombres de los amigables componedores cuando las partes no hayan deferido su designación a un tercero. 4. El término para cumplir el encargo, que no podrá exceder de treinta (30) días.”* Claramente la norma relaciona aspectos básicos que en su sentir, debían reunirse para viabilizar la operación de este mecanismo de solución de diferencias, lo cual permite pensar que la omisión de alguno o algunos de ellos viciaría o haría inoperante el mecanismo. En todo caso sonaría razonable la plena identificación de las partes involucradas en el conflicto y bajo los parámetros de la disposición anterior, también resultaría razonable la identificación del objeto de la diferencia sometida a los operadores, sin embargo, lo que en nuestro sentir podría empezar a causar problemas de ejecución, sería lo relativo a la designación de los operadores por entrar en juego el mutuo acuerdo ó la decisión unilateral de una de las partes, y ante todo, el término taxativo para resolver la diferencia, que por primera vez se delimitó a treinta (30) días, término que podría ser idóneo o no para sacar adelante la solución de la diferencia, pero en todo caso ya era un término perentorio, que en caso de no cumplirse cabalmente pondría en entredicho la validez de la decisión por extemporánea ó por la duración de las facultades otorgadas al amigable componedor, sobre todo si se tiene en cuenta un parámetro básico, cual es la naturaleza convencional de la implementación del mecanismo.

20.- Luego es expedida la Ley 23 de 1991, *“Por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los despachos judiciales, y se dictan otras disposiciones”*, constituyéndose ésta en un importante estatuto regulador de mecanismos alternativos de solución de conflictos, referido principalmente a reglar la conciliación (artículos 1 a 89) y el arbitramento (artículos 90 a 117), pero advirtiendo que respecto al tema de la amigable composición dispuso la derogación de los artículos 49 y 50 del decreto 2279 de 1989, o sea las disposiciones generales sobre amigable composición y conciliación (artículo 117), y agregó un inciso segundo al artículo 51 del mencionado Decreto 2279, donde dispuso *“Si las partes estuvieren de acuerdo, designarán los amigables componedores, o deferirán su nombramiento a un tercero.”*

21.- Con base en esta novedad legislativa, el régimen aplicable a la amigable composición quedó conformado por el artículo 51 del Decreto 2279 de 1989, complementado con el inciso segundo dispuesto por el artículo 116 de la Ley 23 de 1991 y por el artículo 52 del mencionado Decreto. Quedan así conformadas dos disposiciones sobre el mecanismo, la primera como ya se dijo, referente al otorgamiento de facultades al amigable componedor, el alcance de tales facultades alrededor de una relación jurídica sustancial susceptible de transacción, y las formas de designación de los operadores, bien en forma directa y de común acuerdo, o bien defiriendo tal actuación en un tercero; y la segunda, consignataria de los requisitos básicos que debía contener el escrito mediante el cual las partes solemnizaran su voluntad de acudir al mecanismo.

Nueva regulación del mecanismo en 1998

22.- El siguiente texto legal que regula aspectos de la amigable composición, es la Ley 446 de 1998, que derogó las disposiciones que venían enmarcando el tratamiento de la amigable composición, toda vez que su artículo 167 dispuso la derogatoria entre otras, de las normas contenidas entre los artículos 47 y 54 del Decreto 2279 de 1989 (siendo los artículos 51 y 52 los referentes a la amigable composición) y del artículo 116 de la Ley 23 de 1991 (que agregó un inciso segundo al artículo 51 del Decreto 2279 de 1989), lo que significa que la totalidad de las normas que venían vigentes en materia de amigable composición fueron derogadas. Se concluye con evidencia, que las normas que introdujera este estatuto de 1998, quedarían siendo las únicas normas existentes en materia de amigable composición.

23.- Efectivamente, los artículos 130, 131 y 132 de la Ley 446 de 1998, determinaron el nuevo régimen legal de la amigable composición. El primero contenido de su definición legal, el segundo relativo a sus efectos y el tercero estableciendo lo relativo a la designación del operador, cuyo respectivo tenor es el siguiente : *“Artículo 130.- Definición. La amigable composición es un mecanismo de solución de conflictos, por medio del cual dos o más particulares delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de precisar, con fuerza vinculante para ellas, el estado, las partes y la forma de cumplimiento de un negocio jurídico particular. El amigable componedor podrá ser singular o plural.” “Artículo 131.- Efectos. La decisión del amigable componedor producirá los efectos legales relativos a la transacción.” “Artículo 132.- Designación. Las partes podrán nombrar al amigable componedor directamente o delegar en un tercero la designación. El tercero delegado por las partes para nombrar al amigable componedor puede ser una persona natural o jurídica.”*

24.- El Artículo 166 de la Ley 446 de 1998 en comento, incluyó una facultad a favor del Gobierno Nacional para que dentro de los dos meses siguientes a la expedición de esta Ley, compilara *“...las normas aplicables a la conciliación, al arbitraje, a la amigable composición y a la conciliación en equidad, que se encuentren vigentes en esta ley, en la Ley 23 de 1991, en el Decreto 2279 de 1989 y en las demás disposiciones vigentes, sin cambiar su redacción, ni contenido, la cual será el estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos.”*, y fue así como se expidió el Decreto 1818 de 1998, *“Por medio del cual se expide el estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos”* en cuyos artículos 223, 224 y 225 se adoptan las disposiciones que venían vigentes para el mecanismo de la amigable composición, originados en la Ley 446 de 1998.

25.- Este nuevo régimen al cual se sometía el mecanismo de la amigable composición, incluía las siguientes bases importantes : Sobre su Definición (artículo 223 del Decreto 1818 de 1998) : (i) Definía la amigable composición como *“...un mecanismo de solución de conflictos...”*, lo cual institucionalizó su idoneidad como medio eficiente al que las partes en conflicto pueden acudir para solucionar sus diferencias. (ii) radica en *“...dos o más particulares...”* el poder para acudir al mecanismo, si así libremente lo decidieran. (iii) establece la acción fundamental de las partes interesadas cuando expresa que *“...delegan en un tercero...”* la solución del conflicto. (iv) ese tercero facultado por las partes se denomina *“...amigable componedor...”*. (v) el poder del que se

invierte al operador se concreta en la facultad de “...precisar, con fuerza vinculante para ellas...” lo que implica que la decisión que adopte el amigable componedor es obligatoria para ellas. (vi) el objeto de la facultad otorgada al operador se dirigía a determinar “...el estado, las partes y la forma de cumplimiento de un negocio jurídico particular.”, sobre el cual, pese a una redacción diferente que pasamos a analizar, hacemos extensivo el comentario contenido en el numeral 18 anterior, porque claramente la intención del legislador fue facultar al amigable componedor para pronunciarse concretamente sobre el estado, ahora las partes y la forma de cumplimiento de un negocio jurídico particular, lo cual de suyo, se dirige a circunscribir el campo de acción del operador a lo que de tales conceptos se deriva y en forma excluyente, así fuera difícil determinar el alcance de cada una de tales definiciones. (vii) determina que el amigable componedor podrá ser “...singular o plural...”, lo cual se refiere a la posibilidad de que de acuerdo con la decisión de las partes, el delegatario de la facultad de decidir, fuera una persona o un grupo de personas, responsables de adoptar las mencionadas decisiones.

26.- Nótese que el conflicto al que se refiere la norma como susceptible de ser sometido al amigable componedor ha de derivarse de un negocio jurídico particular, modificando su identificación contenida en el régimen anterior como una relación jurídica sustancial susceptible de transacción. Prima en la naturaleza de ambos conceptos el derecho de disposición sobre los bienes o efectos involucrados en la diferencia, donde las partes pueden decidir libremente la implementación del mecanismo.

27.- Sobre los Efectos de la amigable composición, el artículo 224 del Decreto 1818 de 1998 consagra uno de los pilares fundamentales de la figura, toda vez que establece que “La decisión del amigable componedor producirá los efectos legales relativos a la transacción”, lo cual de entrada ratifica su alcance contractual entre las partes, o sea, crea un vínculo jurídico contractual entre las partes involucradas que asume en carácter de ley para las partes de acuerdo con la definición legal contenida en el artículo 1602 del Código Civil, de acuerdo con el cual, “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”

28.- Dentro del marco contractual aludido, la ley atribuye a la amigable composición los efectos legales de un contrato específico, cual es el de transacción. Establece el artículo 2469 del mismo ordenamiento legal, que “La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual.”, y los artículos 2483 y siguientes establecen los efectos de este contrato, fundamentalmente los siguientes : (i) *La transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia; pero podrá impetrarse la declaración de nulidad o la rescisión, en conformidad con los artículos precedentes.* (ii) *La transacción no surte efecto sino entre los contratantes.* (artículo 2484 C.C.); (iii) *Si se ha estipulado una pena contra el que deja de ejecutar la transacción, habrá lugar a la pena, sin perjuicio de llevarse a efecto la transacción en todas sus partes.* (artículo 2486 C.C.)

29.- Se deduce de lo expuesto que la intención clara del legislador fue atribuir a este mecanismo de solución de conflictos denominado amigable composición, los efectos contractuales,

vinculantes entre las partes involucradas o sea, ley para las partes, cosa juzgada en última instancia, concepto fundamental que consolida su obligatoriedad y exigibilidad entre las partes involucradas, hasta el punto que en caso de no ser cumplida por una de las partes, así ésta parte incumplida pague una penalidad estipulada, queda obligada a cumplir la transacción.

30.- Desde esta perspectiva es claro el efecto de la amigable composición como mecanismo alternativo de solución de conflictos, toda vez que la delegación para que el tercero decida sobre la controversia, implica que su aludida decisión obliga a las partes delegantes, con fuerza de cosa juzgada de última instancia, o sea donde ya no procederían recursos de ley; sólo obliga a los mencionados delegantes o partes del conflicto objeto de resolución, y es obligatoria aun en el caso de que se pague una penalidad por incumplimiento, lo cual en ningún caso invalida los efectos de la decisión adoptada por el operador.

31.- Sobre la Designación del amigable componedor, prevé el artículo 225 del Decreto 1818 de 1998, diferentes posibilidades. *“Las partes podrán nombrar al amigable componedor directamente o delegar en un tercero la designación. El tercero delegado por las partes para nombrar al amigable componedor puede ser una persona natural o jurídica”* Destacamos en primer lugar, que la decisión ha de ser adoptada *“por las partes”*, lo cual de suyo implica consenso, tienen que estar de acuerdo las partes involucradas sobre la designación del operador. La primera opción que les confiere la ley para ejercer tal potestad, es hacerlo directamente, o sea, pueden ellas de común acuerdo designar a quién o quienes les resuelvan la diferencia, o también se prevé que tal acuerdo se oriente a delegar en un tercero la mencionada designación, caso en el cual la ley prevé que este delegado puede ser una persona natural o una persona jurídica.

32.- Implícitamente esta disposición legal supone que las partes siendo conscientes de las características propias de su diferencia, convengan a que perfil de personaje confíaran el conocimiento y decisión de su conflicto, toda vez que tomar la decisión de hacerlo a través del mecanismo de la amigable composición implica sometimiento absoluto al buen criterio del operador, bien por sus antecedentes, su conocimiento, su reputación, o cualesquiera calidades que brinden a las partes credibilidad sobre su labor; difícil determinación sobre la cual la ley apoya la gestión de las partes creando dos niveles de opción, la primera hacerlo en forma directa, si las partes de común acuerdo consideran poder hacer la mejor elección, o acudir a un tercero, persona natural o jurídica, para que les apoye en esta difícil decisión.

33.- Acudir las partes a un tercero, persona natural o jurídica, para que decida quién ha de ser el operador del mecanismo de la amigable composición, es una prevenda favorable que aporta la ley a las partes en conflicto, toda vez que las decisiones exigen en la generalidad de los casos, los conocimientos y la pericia necesarios para adoptar la mejor decisión, y no necesariamente las partes van a estar en capacidad de escoger las mejores opciones, razón por la cual acudir a una persona natural experta para que haga la designación, o en el mejor de los casos, a una persona jurídica, para que cumpla dicha labor, imprime a tal determinación más garantías, toda vez que son los centros de arbitraje y conciliación, o las entidades gremiales, o las asociaciones profesionales de distintas disciplinas, las personas jurídicas escogidas para designar a los

operadores del mecanismo, constituyéndose dicha actuación en un factor determinante del éxito respecto a la calidad de la decisión final.

34.- Como puede observarse, el estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, adoptado mediante Decreto 1818 de 1998, estableció un marco general bajo el cual empezaría a regirse el mecanismo de la amigable composición, reconocido debidamente como uno de los mecanismos idóneos reconocidos por la ley, éste, para crear soluciones contractuales a las partes en conflicto que de común acuerdo decidieran acogerse a sus coordenadas. Nótese que este marco general regulatorio indiscutiblemente dejaba muchos aspectos para ser desarrollados por las partes en conflicto presente o eventual, toda vez que lo único que la ley señaló fueron parámetros amplios dentro de los cuales operara el mecanismo, pero atribuyendo a las partes la responsabilidad de determinar toda la mecánica de su operación, aspecto que demanda actitud proactiva y ante todo, un ánimo contractual de buena fe, sobre el que se diseñaran bases claras aplicables e inobjetables para solucionar los conflictos.

35.- No es un secreto que los parámetros amplios fijados por la norma para reglar el mecanismo de la amigable composición, fueron en la práctica el óbice para evadir la aplicación del mecanismo, que debida y claramente estipulado en los contratos, se hacía inaplicable en caso de surgir las diferencias, y esto debido principalmente, a que los aspectos dejados para acuerdo de las partes sobre los cuales no se adoptaban decisiones oportunas en su redacción, se constituían luego en los pretextos para justificar su inoperancia. Debía haber un trabajo previo y juicioso de elaboración de las normas a que habría de someterse la aplicación de la amigable composición, para que al momento de invocarla por una de las partes interesadas, fuera efectiva en su operación, siempre sobre la base fundamental de la buena fe y del cumplimiento de lo pactado. La experiencia demostró que si estas condiciones no se daban, la estipulación del mecanismo resultaba inocua y carente de efectividad, lamentablemente.

Pronunciamientos jurisprudenciales importantes

36.- En vigencia del régimen regulatorio de la amigable composición adoptado en 1998, se produjeron trascendentales pronunciamientos jurisprudenciales sobre el tema, a los que necesariamente tenemos que referirnos. Quizás el más importante, el contenido en la Sentencia de Unificación de la Corte Constitucional, SU-091 de 2000, resultado de una acción contra la Cámara de Comercio de Medellín por haber procedido a designar un amigable componedor, acusándosele de violación al debido proceso y de desconocimiento del derecho al libre acceso a la administración de justicia.

37.- La sección 3.2. de la referida Sentencia de Unificación refiere las *“Características de la amigable composición en el derecho colombiano.”*, incluyendo importantes precisiones, empezando por una sencilla pero fundamental definición de la figura, retomando lo señalado por el Consejo de Estado en la providencia de 26 de febrero de 1.998 -Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera- donde afirma que *“la amigable composición es simplemente una transacción lograda a través de terceros con facultades para comprometer contractualmente a las partes.”*

38.- Estable esta Sentencia que *“...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.”*

39.- Puntualiza la Corte que *“...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, (iiii) el estado, las partes y la forma de cumplimiento de un negocio jurídico particular. Las partes (iiii) pueden hacer la designación del amigable componedor directamente o delegarla en un tercero, que puede ser persona natural o jurídica.”*

40.- Precisa la Corte que *“...Así mismo, es claro, en armonía con lo arriba expuesto, que la actividad de los amigables componedores no tiene el carácter de función pública; ella se enmarca dentro del ámbito contractual y exterioriza la estipulación derivada de la autonomía de la voluntad...”*

41.- Comparando el mecanismo de la amigable composición con el arbitraje, y solamente con el objetivo de clarificar y consolidar conceptos relacionados en el fallo judicial en comento, incluimos en este trabajo las siguientes precisiones realizadas por la Corte Constitucional, cuando afirma : *“...De manera sucinta se puede, entonces, precisar en torno de la amigable composición, el arbitramento y la acción que pueden desplegar los particulares para la integración de una y otro, lo siguiente : (i) La amigable composición es un procedimiento eminentemente contractual; el arbitramento es un procedimiento judicial, aunque tenga fundamento inmediato en un acuerdo de voluntades, que se comprometen a que particulares habilitados por ministerio de la ley ejerzan la función estatal de dirimir un conflicto de intereses generando derogatoria de la jurisdicción estatal, para el caso concreto. (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.”

42.- Agrega la Corte : *“...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...”*

43.- Extractamos de los apartes relacionados anteriormente, de la Sentencia de Unificación SU-091 de 2000, aspectos fundamentales de la tipificación jurídica de la figura, como su definición, su naturaleza jurídica contractual no procesal, por no ser la responsabilidad de los operadores una función pública y el mandato bajo el cual actúa el amigable componedor. Si bien el mecanismo es reconocido legalmente como idóneo para resolver conflictos, la decisión respectiva tiene, repetimos, carácter contractual no judicial.

44.- Otro pronunciamiento jurisprudencial importante registrado en vigencia del régimen adoptado en 1998, fue el contenido en la Sentencia de la Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, distinguida con el número T-017 del 20 de Enero de 2005, en la cual se tomaron las determinaciones relativas a la revisión de un fallo de tutela instaurada contra la Sociedad Colombiana de Ingenieros, Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición, por haber tramitado un procedimiento de amigable composición de una firma contratista de obra contra el Instituto Nacional de Vías, INVIAS, en la cual se argumentó violación de los derechos fundamentales al debido proceso y el derecho de defensa.

45.- Se pregunta la Corte entonces, si como lo sostiene la entidad accionante (el INVIAS), en sede de tutela, *¿los amigables componedores ejercen función jurisdiccional o, por el contrario, de trata de terceros delegados en ejercicio de una actividad netamente contractual, cuyo propósito es precisar con carácter definitivo el estado, alcance y forma de cumplimiento de una relación jurídica conflictiva de tipo sustancial previamente puesta a su conocimiento?* Y para responder este interrogante la Corte manifiesta que *“...las actuaciones realizadas por los amigables componedores no corresponden a una manifestación del ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, pues al tenor de lo expresado en el artículo 116 de la Constitución Política, dicha función se limita a las figuras procesales de la conciliación, el arbitramento y los jurados de conciencia. Son estas las instituciones que pertenecen a la esfera del derecho procesal y a las cuales les resultan exigibles todas las garantías del debido proceso (C.P. art. 29), entre ellas, los derechos de defensa, contradicción, impugnación, etc....”*

46.- Continúa la Corte afirmando que *“...Esto significa que la amigable composición corresponde a una modalidad de negocio contractual cuyo origen deviene de las instituciones de derecho*

sustancial, en especial, del derecho de los contratos. También se ha dicho que como expresión de acto jurídico se clasifica dentro de la tipología de los actos complejos, pues comprende la intervención de dos o más pronunciamientos para integrar un solo acto sustancial.” (contrato de composición y composición propiamente dicha).

47.- Puntualiza la Corte Constitucional en este fallo una serie de características típicas de la figura de la amigable composición, “...que le permiten diferenciarse de otros mecanismos de resolución de conflictos, a saber : (i) La amigable composición es una institución del derecho sustancial, y concretamente del derecho de los contratos, como también lo es la transacción (C.C. art. 2469); mientras que la conciliación y el arbitraje corresponden a instituciones procesales, aún cuando tengan su origen en un acuerdo de voluntades. (ii) Los amigables componedores no ejercen función jurisdiccional; por el contrario, los árbitros sí lo hacen, conforme lo establece directamente la Constitución Política. (iii) Tanto la amigable composición como la transacción se manifiestan a través del desarrollo de un trámite contractual, y por lo mismo, no tienen consecuencias de carácter procesal, sino que se deja al criterio de las partes la fijación de las actuaciones a seguir. Por su parte, la conciliación y el arbitramento se someten a las disposiciones del derecho procesal, pues pertenecen al ejercicio de la función jurisdiccional del Estado. (iv) La amigable composición concluye con el “convenio de composición” elaborado por el tercero; la transacción con un contrato suscrito por las partes; el arbitramento termina en un laudo arbitral que produce los efectos propios de las sentencias judiciales; y la conciliación mediante un acta suscrita por las partes. (v) Finalmente, si bien la transacción y la amigable composición comparten similitudes en cuanto a su origen contractual; su principal distinción radica en que mientras la primera supone la superación del conflicto a través de un arreglo exclusivamente negociado por las partes; en la segunda, tanto la fórmula de solución como las actuaciones para llegar a ella, se delegan en un tercero.

48.- Con base en lo expuesto, relaciona la Corte las características de la figura de la amigable composición afirmando que “...se puede concluir que la amigable composición se identifica por : (i) Encomendar a un tercero mediante un acuerdo contractual, el encargo de solucionar problemas o diferencias que enfrentan a las partes. (ii) Dicho vínculo que se establece entre el amigable componedor y las partes tiene su origen en un contrato de mandato, cuyas facultades se limitan conforme a lo establecido en el contrato de composición. Así las cosas, la amplitud de las actuaciones que adelante el amigable componedor dependerá de las restricciones o no que se le fijen por parte sus mandatarios. (iii) El documento final que suscriba el amigable componedor no contiene resoluciones ni órdenes, pues se limita a fijar los compromisos voluntarios que asumen las partes, para definir el conflicto surgido entre ellas. (iv) Según el caso, el citado documento se convierte en un contrato adicional y modificadorio al contrato que le dio origen a la discrepancia solucionada. (v) El compromiso suscrito al amparo del amigable componedor produce los efectos de la transacción, esto es, (...) el efecto de cosa juzgada en última instancia (C.C. art. 2483). (vi) El amigable componedor puede ser singular o plural. (vii) La designación pueden hacerla las partes directamente involucradas en la controversia o a través de un tercero que ellas mismas elijan. Dicho tercero puede ser una persona natural o jurídica. (viii) Como consecuencia obvia 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 éstos términos, habría que demostrar, entre otros, la falta de capacidad de las partes, la ausencia de consentimiento, le existencia viciada del mismo o la presencia de objeto o causa ilícita. (ix) Para concluir es innegable que la amigable composición no puede estar sometida a una estructura procesal propiamente dicha, en razón a su naturaleza eminentemente contractual típica de una institución del derecho sustancial...”

La Amigable Composición en el Nuevo Estatuto Arbitral Colombiano

49.- Culmina esta evolución legislativa que hemos expuesto, con la expedición de la Ley 1563 de 2012, vigente desde el 12 de octubre de 2012, tres meses luego de su promulgación, “*Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones*”, cuyo artículo 118 dispone entre otras, la derogación de los artículos 111 a 231 del Decreto 1818 de 1998, de donde se deduce con claridad que los artículos comentados, 223, 224 y 225 regulatorios hasta la fecha de la amigable composición, quedaron derogados, sin embargo, se ocupó este Estatuto del mecanismo de la amigable composición en su Sección Segunda, artículos 59, 60 y 61, fortaleciendo indiscutiblemente el régimen jurídico de la figura, como pasamos a comentarlo.

Sobre el Artículo 59.- Definición

50.- Establece el artículo 59 de la Ley 1563 de 2012 : “*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 quién 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. La amigable composición podrá acordarse mediante cláusula contractual o contrato independiente.*”

51.- La Definición de la amigable composición contenida en el artículo 59 del nuevo Estatuto, incluye unos elementos novedosos de gran trascendencia. El primero, ratifica su carácter de mecanismo *alternativo* de solución de conflictos, lo cual permite que dentro del abanico de opciones de que disponen las partes para solucionar sus diferencias, la ley coloca la posibilidad de acudir a este mecanismo entre otras alternativas, para obtener una solución jurídicamente vinculante e idónea para superar una situación de conflicto.

52.- Uno de los grandes avances logrados en esta nueva normativa, es la amplia gama de posibles partes involucradas en el conflicto objeto de la amigable composición, toda vez que se superó de raíz la confusión generada con la afirmación del régimen anterior de acuerdo con la cual “*...dos o más particulares...*” acudían a su utilización, porque esta afirmación ponía en tela de juicio la viabilidad del mecanismo para superar diferencias donde se viera involucrada una entidad estatal. Resulta evidente que de acuerdo con el régimen anterior, las entidades públicas argumentaban

que no podían acudir al mecanismo porque la norma explícita y taxativamente hablaba de conflictos “entre particulares”.

53.- Sobre el tema como resulta evidente, se produjeron posturas diferentes. Más allá del pretexto utilizado para evadir la aplicación del mecanismo en casos concretos, que en nuestro concepto no es el objeto del presente análisis, nos resulta importante desde el punto de vista normativo analizar el antecedente a la nueva legislación, respecto a este tópico trascendental. Empezamos transcribiendo un aparte pertinente del Auto proferido el 21 de octubre de 2009 del Consejo de Estado, Consejera ponente Myriam Guerrero de Escobar, que en su tenor expresa : *“Es de notar que en materia de contratación estatal el artículo 68 de la Ley 80 de 1993, previó la posibilidad de utilizar la conciliación, la amigable composición y la transacción además de los mecanismos de solución de las controversias de orden contractual previstos en el estatuto, para efectos de zanjar las diferencias que, en desarrollo de la actividad contractual, surjan entre las partes; tal disposición fue compilada, igualmente por el artículo 226 del Decreto 1818 de 1998, por ende, se debe entender que la normatividad contenida en la Ley 446 de 1998 comprende no solo a los particulares sino a las entidades del Estado.”*

54.- Este pronunciamiento claro y directo del Consejo de Estado constituía la base de interpretación para desvirtuar situaciones de choque entre el estatuto de contratación del Estado vigente, Ley 80 de 1993, que ordenaba la aplicación de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, entre otros, la amigable composición, para solucionar conflictos de orden contractual de las entidades del Estado y la norma de la Ley 446 de 1998, compilada por el Decreto 1818 de 1998, que refería este mecanismo para la solución de conflictos “entre particulares”. El análisis de la alta Corporación administrativa viabiliza la operación del mecanismo de la amigable composición tratándose de conflictos donde se encontrare vinculada una entidad estatal.

55.- Otra línea de pensamiento sobre tan sensible tópico, consideraba que la disposición posterior contenida en el estatuto de los mecanismos de solución de conflictos, Decreto 1818 de 1998, originada en la Ley 446 de 1998, había dejado sin vigencia el alcance de la norma del estatuto contractual, toda vez que el mecanismo se reglaba para conflictos entre particulares y por ende, desvirtuaba de su campo de aplicación las controversias de las entidades estatales.

56.- El Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, emitió el 13 de Agosto de 2009, un concepto a raíz de la consulta que le fuera formulada por el Ministerio de Transporte sobre la operación del mecanismo de la Amigable Composición en el Contrato de Concesión del Aeropuerto Eldorado, en vigencia de la Ley 446 de 1998, en el cual puntualmente manifiesta : *“...las normas vigentes para 1994 establecían que las partes de una relación jurídica sustancial susceptible de transacción, estaban facultadas para acudir a la amigable composición, incluidas las entidades públicas, no sólo porque el legislador no distinguía la calidad de las partes, sino porque así lo autorizaba la ley 80 de 1993. Ello fue así hasta que entró en vigencia la ley 446 de 1998, el 8 de julio de 1998, pues derogó los artículos 47 a 54 del decreto 2279 de 1989 y el artículo 116 de la ley 23 de 1991, momento a partir del cual el mecanismo alternativo de solución de conflictos denominado amigable composición está regido por la ley 446. Como se aprecia en el artículo 130*

(...) la celebración de un contrato o el pacto de una cláusula convencional que contenga la amigable composición, sólo es posible para los particulares, locución que en el derecho colombiano excluye a las entidades estatales. Esta constatación tiene como consecuencia que el artículo 68 de la ley 80 de 1993 en tanto permita que este tipo de entidades acudiera a tal institución se encuentra derogado parcialmente. La Sala considera que la facultad que tienen las entidades estatales de transigir no es suficiente para permitirles acudir a la amigable composición, no sólo porque éste es un mecanismo de solución de conflictos autónomo, sino porque las competencias en el derecho público deben ser expresas, con mayor razón cuando está de por medio la defensa del interés y del patrimonio público envuelto en los conflictos que se generan con la contratación estatal. A manera de discusión podría afirmarse que no se presenta tal derogatoria en virtud de la especialidad de la ley 80 de 1993, la cual es el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, la que primaría sobre la ley 446 de 1998. Sin embargo, ésta última es también especial en su materia, pues regula los mecanismos alternativos de solución de conflictos, y en particular el título II está dedicado a la amigable composición. Ante la especialidad de ambas normas, debe aplicarse la posterior, y por lo anterior debe entenderse derogada en cuanto a ese específico mecanismo. Podría alegarse también a favor de la vigencia de la amigable composición para entidades estatales, que el decreto 1818 de 1998 (...) incluye las prescripciones del artículo 68 de la ley 80 en su artículo 226 que hace parte del capítulo de controversias contractuales más no en el de la amigable composición. De esta manera, el acto administrativo compilatorio no consideró derogada dicha disposición y estaría produciendo efectos. Sin embargo, tal argumento carece de soporte jurídico, por dos razones : como lo dispone el artículo 14 de la ley 153 de 1887, una ley derogada no revivirá por las solas referencias que a ella se hagan y, en segundo lugar, porque un acto administrativo no puede determinar la vigencia de una ley...”

57.- Esa fue la postura asumida por el ciudadano Samuel Urueta Rojas, al entablar ante el Consejo de Estado una acción de nulidad y suspensión provisional dirigida contra el artículo 226 del Decreto 1818 de 1998 en su inciso segundo, argumentando que *“...mientras que en la primera se avala el uso de la amigable composición para dirimir las controversias de entidades estatales, en la segunda se restringe el uso de esta figura exclusivamente a los particulares.”*, acción admitida por el alto tribunal el 3 de marzo de 2010.

58.- El Consejo de Estado negó la suspensión provisional de la norma acusada, *“...por cuanto no se reúne el segundo requisito establecido por la ley (numeral segundo del art. 152 C.C.A.) para la procedencia de esta medida, esto es la manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la suspensión, por confrontación directa o mediante documentos aducidos en la solicitud”*, medida con la cual y hasta que no se dijese lo contrario mediante sentencia judicial, las entidades públicas podían continuar acudiendo a la solución de conflictos contractuales a través del mecanismo de la amigable composición. A la fecha en que se produce este estudio, los registros secretariales del Consejo de Estado dan fe de que esta acción judicial se encuentra para fallo en el Despacho del Consejero Ponente desde el 2 de mayo de 2012.

59.- Debe considerarse en nuestro sentir, que el Decreto 1818 de 1998 compiló como le correspondía, toda la legislación sobre mecanismos alternativos de solución de conflictos expedida

hasta la fecha de su expedición, y en tal labor, incluyó el artículo 68 de la Ley 80 de 1993, como norma vigente, lo cual desvirtúa de entrada la derogatoria de la mencionada disposición por la Ley 446 de 1998 y por ende con el Decreto 1818 de 1998. Esta situación sería una base para afirmar que los conflictos contractuales de las entidades del Estado podrían gestionarse a través del mecanismo de la amigable composición.

60.- Ante el escenario expuesto relacionado con la cuestionada viabilidad del mecanismo de la amigable composición para resolver controversias contractuales de las entidades del Estado, el artículo 51 de la Ley 1563 de 2012, establece con claridad y despejando todas las dudas anteriores, la procedencia del mecanismo para conflictos surgidos entre *“...dos o más particulares, un particular y una o más entidades públicas, o varias entidades públicas, o quién desempeñe funciones administrativas, ...”* desvirtuando para todo efecto y con fuerza de ley, cualquier exclusión del mecanismo en consideración a la calidad de las partes involucradas.

61.- Ratifica la disposición en comento, que en virtud de la amigable composición los interesados *“...delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de definir con fuerza vinculante para las partes...”* la solución del conflicto. Continúa vigente el acto jurídico dispositivo mediante el cual las partes involucradas en el conflicto convienen, de común acuerdo, delegar su solución en un tercero a quién invisten irrefutablemente de la potestad de impartir la decisión vinculante para las partes y éstas así lo entienden y lo aceptan para todo efecto legal. Ratificamos conceptos importantes implícitos en esta disposición : (i) las partes actúan de común acuerdo, o sea no se trata de la imposición de una parte a la otra, sino por el contrario, parte del mutuo consenso para acudir al mecanismo, como fórmula idónea para el tratamiento y solución de la controversia, si no se da esta base fundamental, el mecanismo no puede operar porque para el caso concreto sería inexistente. (ii) se produce la expresa delegación de la facultad de decidir la controversia respectiva, lo cual significa que una atribución que por derecho propio está radicada en cabeza de las partes y la cual pueden ejercer libre y espontáneamente, disponen ejercerla a través de un tercero, pero bajo el entendido claro y definitivo de que su alcance legal ha de ser equivalente a que ellas mismas adoptaran la decisión respectiva, es obligante, vinculante y no puede evadirse por una actitud unilateral de desobediencia, inconformidad o situación similar. (iii) el tercero delegado tiene una investidura legal especial, cual es la de “amigable componedor”, que lo habilita para actuar y decidir en nombre de sus delegantes y bajo los parámetros y coordenadas establecidos por ellos, en libre ejercicio de su autonomía de la voluntad. (iv) la definición legal concreta el punto central de esta acción, cual es la fuerza vinculante de la decisión, que es en esencia, la razón misma del mecanismo alternativo de solución de conflictos, es el objetivo fundamental y la finalidad principal que justifica su operación.

62.- El mecanismo de la amigable composición como se expuso al principio, es un mecanismo clasificado por la doctrina de acuerdo con sus efectos, como un mecanismo contractual, razón por la cual es preciso advertir que la obligatoriedad de la decisión no proviene de un acto jurisdiccional, sino de un acto eminente y claramente contractual. Así lo ha ratificado la Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, en fallo del 20 de enero de 2005, mediante el cual reiterando una postura jurisprudencial uniforme, manifestó : *“...la Corte debe acudir a lo previsto*

en el artículo 116 de la Constitución Política, que consagra en su inciso final la figura según la cual los particulares en determinados casos pueden ser investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia, conforme lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación (Sentencias C-226 de 1993, C-037 de 1996 y C-1038 de 2002), este ejercicio excepcional de la función jurisdiccional, se encuentra taxativamente enunciada en la norma superior, esto es, en los casos en que los particulares actúan (...) en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley. Por consiguiente, las actuaciones realizadas por los amigables componedores no corresponden a una manifestación del ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, pues al tenor de lo expuesto en el artículo 116 de la Constitución Política, dicha función se limita a las figuras procesales de la conciliación, el arbitramento y los jurados de conciencia. (...) Esto significa que la amigable composición corresponde a una modalidad de negocio contractual cuyo origen deviene de las instituciones de derecho sustancial, en especial, del derecho de los contratos. (...) Por otra parte, requiere el pacto o convenio mediante el cual las partes delegan en un tercero la solución de un conflicto (contrato de composición); y por la otra, el resultado de la gestión asignada y adelantada por el amigable componedor, por lo general a título de mandato, se plasma en un documento final equivalente a un negocio jurídico contractual mediante el cual las partes asumen compromisos voluntarios que se tornan definitivos, inmutables y vinculantes entre ellas (composición propiamente dicha)”

63.- Otro aspecto en el cual la norma contenida en el artículo 59 del Estatuto de Arbitraje aporta un elemento positivo, es el relacionado con la tipología del conflicto que puede ser sometido a amigable composición. Afirma la norma que la acción del operador versará sobre “...una controversia contractual de libre disposición.”, en reemplazo de la norma contenida en el régimen anterior que contemplaba la facultad de “...precisar el estado, las partes y la forma de cumplimiento de un negocio jurídico particular.”. El efecto de esta nueva concepción es brindar al amigable componedor una mayor opción en cuanto a las materias de las que puede conocer, porque la expresión “asuntos de libre disposición” no circunscribe el objeto posible por componer a unos aspectos específicos como daba a entender la normativa anterior. Quiere lo anterior significar que ya no procederá por vía de interpretación, excluir materias que aunque pertenecen a lo disponible por las partes, no pudiera confiarse a los amigables componedores en virtud de no estar contenidos en las expresiones anteriores de “estado, partes o forma de cumplimiento de un negocio jurídico particular”, evidentemente limitativas.

64.- Además de prever que el operador de la amigable composición pueda ser singular o plural, lo cual brinda mayores posibilidades a las partes, dispone el nuevo texto legal que “La amigable composición podrá acordarse mediante cláusula contractual o contrato independiente.” Puede pensarse que como desarrollo de la definición misma del contrato de transacción, donde procede resolver conflictos presentes o eventuales, y acogiendo quizás el mismo criterio que de muchos años acompaña al arbitraje, prevé la norma llegar a la amigable composición bien con base en una cláusula pactada en un contrato cuando se prevea éste como el mecanismo para resolver las controversias futuras que puedan surgir entre las partes en desarrollo de una relación contractual,

o bien mediante contrato independiente, donde puede acordarse el mecanismo de la amigable composición para resolver un conflicto real y concreto al que las partes involucradas resuelven dar este manejo. Nótese que coincide este esquema con el de las denominadas cláusula compromisoria y compromiso, como vehículos idóneos para acceder al arbitraje.

Sobre el Artículo 60.- Efectos.

65.- El artículo 60 de la Ley 1563 de 2012, relativo a los Efectos de la amigable composición, dispone lo siguiente : *“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.”*

66.- Empieza esta disposición por determinar la calidad bajo la cual actúa el amigable componedor, la cual en el régimen anterior se deducía en consideración a las facultades que se le otorgaban y a la obligatoriedad de su decisión, pero en el nuevo régimen se institucionaliza debidamente al afirmar que *“El amigable componedor obrará como mandatario de las partes”*. Resulta evidente que las partes involucradas en el conflicto al delegar su solución en un tercero denominado amigable componedor, están otorgando un mandato claro y expreso, conducente a investir a este operador de las atribuciones necesarias para actuar en su nombre y representación y adoptar decisiones que los comprometen jurídicamente. Esa es la tipificación de un mandato, tal como lo reglan los artículos 2142 y siguientes del Código Civil.

67.- Revisando la definición legal de Mandato, dispone la codificación civil que *“...es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera...”* No es otro el esquema que se da en una amigable composición, donde las partes de común acuerdo, confían a un operador determinado, denominado amigable componedor, la gestión de un negocio determinado, cual es la solución de la controversia, actuando éste por cuenta y riesgo de las mencionadas partes, lo cual se verifica en el hecho de que su decisión por definición legal, les obliga y vincula contractualmente. El aporte indiscutible de la nueva regulación es precisar tal calidad, lo cual como antes se dijo, en el régimen anterior era producto de la deducción, no del texto legal.

68.- Debe anotarse una característica especial de este mandato, base para su formalización, como lo es el acto subsiguiente a la designación del amigable componedor, necesario para crear el vínculo jurídico que lo obliga a cumplir con su cometido, cual es su aceptación del mandato. Resulta evidente que lo que obliga al operador designado a surtir la actuación inherente a la gestión que se le encomienda, es su aceptación del encargo y así lo prevé expresamente el artículo 2150 del Código Civil, cuando afirma que *“El contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario. La aceptación puede ser expresa o tácita. Aceptación tácita es todo*

acto en ejecución del mandato. Aceptado el mandato no podrá disolverse el contrato sino por mutua voluntad de las partes.”

69.- Analizando las relaciones jurídicas que surgen con motivo de la operación del mecanismo de la amigable composición, encontramos (i) en primer lugar, el compromiso contractual concretado en la decisión mutua de las partes involucradas en el conflicto para acudir al citado mecanismo, obligándose entre sí a acatar la decisión que les sea impuesta; (ii) luego encontramos el vínculo que se crea entre las partes involucradas y el amigable componedor por el hecho de su designación como operador del mecanismo y su aceptación tácita o expresa de tal calidad para actuar en nombre y representación de las partes y (iii) la obligación de resultado asumida por el componedor, en virtud de la cual se obliga a producir una decisión obligante para los interesados, lo cual se verifica en obligaciones mutuas entre ellos, que son exigibles y oponibles jurídicamente.

70.- Viene entonces el punto importante de determinar el campo de acción del amigable componedor, previsto en forma generosa en la norma, cuando afirma sobre las potestades del operador que *“...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.”* Es una norma de amplio espectro, indiscutiblemente, porque coloca en cabeza del operador designado la atribución de establecer condiciones de cumplimiento, declarar incumplimientos de obligaciones contractuales entre las partes, establecer responsabilidades suscitadas y dice la norma con un carácter amplio e incluyente *“entre otras determinaciones”*, lo cual nos habilita para afirmar que mientras el asunto sea de libre disposición, el operador puede adoptar cualquier clase de determinación resolutoria. No cabe duda de que esta disposición puede ser calificada como la más ambiciosa de la nueva normativa.

71.- Sobre los efectos legales de la amigable composición equivalentes a los del contrato de transacción por definición legal, ya nos hemos referido, y nos lo ratifica la norma en comento, basada obviamente en la naturaleza contractual del mecanismo. Reiteramos como, es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, reconocido como tal en la legislación, pero claramente ajeno a la función pública de administración de justicia ejercida por los jueces y por algunos particulares investidos de tal función pública bajo condiciones y calidades especiales, en las que claramente no está enmarcada la amigable composición.

72.- Finaliza este artículo 60 de la Ley 1563 de 2012 con la siguiente expresión : *“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.”* Esta norma tiene varios alcances. El primero, prevé que las partes involucradas en el conflicto, tienen la máxima potestad para resolver el tipo de composición que requieren, o sea, si la decisión ha de ser en derecho, en equidad ó técnica, que son las variables tradicionalmente aceptadas que pueden orientar la solución acogida por el operador. Claro está que esta fundamentación ha de depender en todo caso del tipo de controversia por resolver, pero sobre la base firme de la voluntad de las partes como primera instancia de definición.

73.- En subsidio de lo anterior, o sea si las partes no determinan el tipo de fallo que demandan, el criterio dispuesto por la norma para determinar la orientación de la decisión, será la equidad, criterio que conduce al concepto de lo justo, de lo que al amigable componedor le parezca acorde a las circunstancias del caso desde su perspectiva de lo equitativo. Estamos en un entorno en el cual el mecanismo es seleccionado por sus bondades, por su connotación jurídica, por su naturaleza contractual, por tanto, ha de entenderse que si optan por él, es porque apoyándose en el buen criterio del componedor, mutuamente aceptado, esperan una determinación justa en la que las partes interesadas queden satisfechas de acuerdo con sus expectativas enfrentadas, y esa situación no necesariamente se produce con la estricta aplicación de la ley vigente, luego el compromiso del amigable componedor es más exigente, la regla general es que su buen criterio ha de ser el principal parámetro para resolver el conflicto, aún distanciándose de la misma ley o de otros cualesquiera criterios de referencia.

74.- La lógica que pudiera utilizarse para justificar el criterio de “la equidad” como regla general orientadora de una decisión en amigable composición, podría ser el alcance contractual de la decisión, donde el operador actúa en nombre y representación de cada una de las partes, toda vez que quien actúa en una relación contractual evidentemente está buscando su beneficio, su utilidad, su satisfacción, etc., luego ha de presumirse que quien lo represente en esta clase de actuación debe estar orientado por la misma finalidad y su responsabilidad será llegar a ese punto preciso en el cual los intereses contrapuestos de las partes encuentren su aceptación y beneficio. Este criterio obviamente resulta más difícil de aplicar, porque como dijimos, hay necesariamente intereses contrapuestos y partiendo de ellos, llegar a un punto donde ambas partes se sientan satisfechas de suyo es más complejo.

75.- Claro está, que el objetivo del mecanismo de la amigable composición no es en esencia la mutua satisfacción, sino la solución del conflicto, y en este orden de ideas, la decisión que adopte el amigable componedor eventualmente puede no ser del agrado de una o de ambas o de todas las partes involucradas, caso en el cual igualmente, la citada decisión es igualmente obligante para ellas y la lectura que ha de darse es que el operador, aplicando los criterios de lo justo ha decidido optar por decisiones que resultan en contravía con el querer de los involucrados, pero la habilitación que se le ha dado, soporta jurídicamente la obligatoriedad de la decisión.

76.- Es prudente advertir que mientras no haya una decisión conjunta de las partes involucradas en contrario, la decisión del amigable componedor es obligatoria para ellos, por lo tanto, en caso de que la decisión adoptada no sea del agrado de los involucrados por cualquier razón, procedería como en cualquier clase de contrato, que las partes convinieran su no aplicación, pero reiteramos, esa decisión solo y exclusivamente, podría ser adoptada por todos los involucrados, porque de lo contrario, mantendrá intacta su vigencia, su exigibilidad contractual, y su obligatoriedad. Los contratos son el resultado de la libre negociación entre las partes contratantes y durante la ejecución del contrato es viable jurídicamente introducir modificaciones a los compromisos contractuales, siempre y cuando se dé el común acuerdo de los obligados; esta regla es aplicable al resultado de la amigable composición, cuyo efecto repetimos, es esencialmente contractual, y por lo tanto susceptible de manejo por el común acuerdo de las partes involucradas.

77.- Es importante anotar además, que la decisión de alcance contractual adoptada por el amigable componedor, puede obviamente ser invalidada por el juez, en caso de que se den las causales legales que ameriten una acción de nulidad, ineficacia o inexistencia, toda vez que las reglas de la amigable composición son las mismas reglas del derecho de los contratos y por ende, ante la ocurrencia de causales legales, procederían las acciones para su invalidación y consecuencias respectivas, como sucede con cualquier relación contractual. Esta es una anotación evidente, pero solo pretendemos subrayar las implicaciones contractuales de la decisión del operador.

78.- Existe un interrogante importante que aún no ha sido suficientemente despejado, respecto a la operación de la amigable composición donde está involucrada una entidad estatal, cuya viabilidad ya hemos subrayado como plena y jurídicamente establecida, frente al criterio general adoptado por la nueva legislación, en el sentido de que las decisiones del amigable componedor se basaran en “la equidad”. Las razones de este interrogante son los criterios establecidos en materia arbitral, donde como regla obligatoria, los laudos que se emitan en procesos donde interviene una entidad estatal han de ser proferidos solamente “en derecho”. Surge la duda porque por vía de analogía se interpreta que las decisiones del operador tratándose de conflictos con el Estado no podrían orientarse por la equidad, sino solamente por el derecho.

79.- Dice un principio general de derecho lo siguiente “Donde la ley no distingue, no le es dable distinguir al intérprete”, lo cual sería una base elemental para deducir que al no determinar la norma en comento, que las decisiones en amigable composición tratándose del Estado como parte, debieran ser en derecho, puede concluirse que al igual que cualesquiera otras, pueden ser emitidas en equidad. No existe una norma legal que obligue a que las decisiones del amigable componedor en asuntos en los que el Estado a través de alguna de sus entidades sea parte, deban basarse en el derecho vigente y por otro lado, el alcance contractual de la decisión que fuere emitida, hace que los criterios de equidad pueden contestar mejor los eventuales desequilibrios prestacionales que pudieren ser la causa y objeto de la controversia a resolver.

80.- Deducimos en este orden de ideas, que de acuerdo con nuestro marco legal vigente, si la decisión de los operadores tiene carácter jurisdiccional, como es el caso del Arbitraje, y alguna o algunas de las partes vinculadas son entidades del Estado, el Laudo debe ser proferido en derecho; si en este tipo de conflicto el mecanismo escogido por las partes es la amigable composición, opera la regla general de que la decisión ha de basarse en la equidad, salvo decisión en contrario de las partes, y con el apoyo indiscutible que la misma norma legal establece cuando afirma “...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.”

81.- Recapitulamos entonces que tratándose de las decisiones del amigable componedor, y para todo tipo de usuarios del mecanismo, incluidas las entidades del Estado, la clase de decisión será determinada en primera instancia por la voluntad de las partes, en su defecto, por la equidad, y bajo éste importante criterio, y si así lo considera necesario el operador amigable componedor, con referencia a normas jurídicas, a su libre criterio y determinación.

Sobre el Artículo 61.- Designación y Procedimiento.

82.- El nuevo Estatuto, además de acoger lo que se había dispuesto en el derogado artículo 225 del Decreto 1818 de 1998, *“Las partes podrán nombrar al amigable componedor directamente o delegar en un tercero la designación. El tercero delegado por las partes para nombrar al amigable componedor puede ser una persona natural o jurídica”*, el Artículo 61 de la Ley 1563 de 2012 introduce unas disposiciones muy importantes que pasamos a analizar, que por un lado ratifican la vigencia de nuestros comentarios contenidos en el numeral 31.- y siguientes de este escrito, relacionados con el texto reproducido antes transcrito y por otro lado determinan las soluciones aplicables a diferentes eventualidades relativas a la designación de los operadores.

83.- El Artículo 61 de la Ley 1563 de 2012 dispone que : *“Salvo convención en contrario, el amigable componedor no tendrá que ser abogado. Las partes 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.”*

84.- Sea lo primero advertir que la Ley atribuye a las partes la facultad de escoger al amigable componedor, efecto para el cual obviamente, les da la libertad de escoger de acuerdo con las características propias de la tipología del conflicto, al operador idóneo para su resolución, con base en su espontáneo e independiente criterio de escogencia. La primera salvedad que hace la norma es que este operador *“no tendrá que ser abogado”*, luego la primera alternativa que se abre para las partes es decidir si el conflicto amerita la intervención de un abogado, que de plano significa acudir a una decisión jurídica de la diferencia, o si de lo contrario, no es requisito básico el sometimiento de la resolución a lo que las normas jurídicas prevean, caso en el cual tienen libertad para acudir a otra clase de operador, conocedor de otras materias, cualesquiera que sean, para que con base en su conocimiento de las mismas, solucione el conflicto.

85.- Otra facultad concedida a las partes por la Ley relacionada con la escogencia de los operadores del mecanismo, es la relativa al número de componedores, toda vez que al determinarse que sean un número singular o plural, como lo estableció la norma anterior comentada, se admite la posibilidad de que el conflicto sea resuelto con el concurso de uno o más personajes escogidos por las partes, en el primer evento la responsabilidad estará a cargo de una persona natural o jurídica; en el otro caso, corresponderá tomar la decisión a un grupo de intervinientes conformado libremente por las partes, cuyo trabajo coordinado producirá la solución de la controversia. Nótese que en esta segunda alternativa, cada uno de los integrantes del equipo componedor podría tener una profesión, disciplina o conocimiento diferente al de los

demás y el aporte de cada uno de ellos combinado debidamente ser la base para llegar a una determinación, o también puede darse el caso de que tales personajes tengan similar formación por tratarse de una controversia que se mueva solamente dentro de un campo específico.

86.- La norma contempla una regla general de gran trascendencia, cual es *“A falta de tal acuerdo, el amigable componedor será único.”*, lo cual significa que cuando las partes hayan convenido el mecanismo de la amigable composición, pero no hayan determinado el número de componedores, se entenderá que es un único operador, y será a este componedor a quién le corresponda adoptar la decisión correspondiente. En caso de que se acuda a una persona natural o jurídica para que realice la designación del amigable componedor, como lo prevé la Ley, ha de regir el mismo principio, o sea, si el nombrado para cumplir esta función es una persona natural y no hay ninguna estipulación particular al respecto, se deducirá que el operador elegible ha de ser un operador único; si se acude a una persona jurídica para que cumpla con tal misión, en principio se aplicará tal regla general y le corresponderá designar un operador único, a no ser que sea un Centro de Arbitraje y Conciliación determinado cuyo reglamento disponga algo diferente, caso en el cual primará la aplicación de dicho reglamento.

87.- Las Asociaciones Profesionales debidamente constituidas, sea cual sea su naturaleza, pueden ser esas personas jurídicas a quienes se encomiende la designación del amigable componedor, caso en el cual, podemos entender que el nombramiento como amigable componedor se someterá a sus propias reglas internas, resultado de lo cual podrá ser o bien un operador único, o un equipo de operadores, dependiendo también de cómo opere la respectiva entidad ante una responsabilidad de esta categoría. Acudir a una Asociación profesional normalmente demanda el trabajo en equipo de un grupo o comité de miembros adscritos a la misma, que han de producir como dictamen institucional, la respectiva Composición. Esta es una de las posibilidades más acertadas que permite la aplicación de la norma en comento y además de suyo implica calidad y especialización en la designación de los operadores y luego, en la definición del conflicto.

88.- Continúa la norma definiendo los procedimientos a seguir, en los diferentes casos, cuando no existe acuerdo de las partes sobre el tema de la definición del operador o del procedimiento a seguir para surtir la operación del mecanismo. Sea lo primero advertir que esta norma provee respuestas claras y concisas para aquellas eventualidades en las cuales las estipulaciones de las partes no hubieran definido las actuaciones propias para la operación del mecanismo. Se registran muchos casos presentados antes de la expedición de la Ley, en los cuales por no haber sido claras las partes sobre la mecánica de operación de la amigable composición, resultaba ser la operación del mecanismo un motivo de nuevo conflicto entre las partes y en el peor de los casos, una flagrante violación de las estipulaciones contractuales que lo preveían o un desconocimiento de la decisión adoptada por el amigable componedor.

89.- La Ley 1563 de 2012 en la norma que comentamos, establece una escala de soluciones para los diferentes eventos en los cuales los vacíos contractuales pudieran hacer inoperante la amigable composición, bien por no haberse definido la forma de designación del operador, o bien por no haberse determinado el procedimiento a seguir, ante lo cual, sobre el primer tema, dispone la norma que a falta de estipulación de las partes sobre la designación del operador del mecanismo, tal designación será efectuada por el Centro de Arbitraje del domicilio de la parte convocada, que haya sido escogido a prevención por la parte convocante, al cual la ley considera se ha “delegado” tal atribución.

90.- La designación del amigable componedor necesariamente se refiere no solo al perfil del operador que ha de resolver el conflicto, sino también a la persona misma, natural o jurídica, que ha de asumir tal compromiso. Si en el texto contractual las partes hubieren acordado acudir al mecanismo para solventar sus diferencias, pero no acuerdan nada respecto al operador en estos puntos, es de esperar que en el momento en que se invoque la amigable composición para superar un conflicto específico, surjan nuevas diferencias entre las partes por el operador no convenido previamente, lo cual puede desembocar en la inoperancia del mecanismo.

91.- Ante la ocurrencia de casos específicos en los cuales se desatendió la aplicación de la amigable composición, o se llegó a desconocer la legalidad del mecanismo o incluso a no aceptar la vigencia contractual de la Composición final, por no haber tenido claridad desde el primer momento, sobre la forma de escoger y designar al operador, generando conflictos adicionales entre las partes y colocando la efectividad del mecanismo en entredicho, la nueva Ley 1563 de 2012 adoptó disposiciones claras, con la intención deliberada de superar esas confusas diferencias, estableciendo reglas supletivas de la voluntad de las partes cuyo objetivo final es que en ningún caso la estipulación del mecanismo se convierta en cláusula inocua.

92.- Queda entonces legalmente establecido que si lo pactado por las partes no brinda claridad sobre la designación del operador, la parte contractual interesada en acudir al mecanismo pactado de la amigable composición, escogerá libremente, un Centro de Arbitraje establecido en el domicilio del convocado, y sometiéndose a su Reglamento, solicitará poner en curso el procedimiento respectivo. Agrega la norma en el inciso final, que si no existe un Centro de esta naturaleza en el domicilio del convocado, podrá surtir idéntica actuación en cualquier Centro de Arbitraje del país, viabilizando con reglas precisas la operación de la amigable composición respectiva. Así se superó en forma radical la inconsistencia anotada, que generó en el pasado casos hasta insólitos, de inaplicación del mecanismo por falta de precisión sobre esta elección y designación del operador.

93.- Ante la segunda temática, o sea ante la carencia de determinaciones relativas al procedimiento de la amigable composición, existe un antecedente jurisprudencial que ha de considerarse, para entender el alcance de las nuevas disposiciones. La Corte Constitucional mediante Sentencia T-017 del 20 de Enero de 2005, a la cual ya hemos hecho algunas referencias, estableció sobre esta tema lo siguiente : *“...a juicio de esta Corporación, es indispensable que los centros especializados en el manejo de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, sometan el adelantamiento de los trámites de la amigable composición como mínimo a tres etapas. En primer lugar, a una audiencia de apertura, en donde se proclame la autoridad del amigable componedor, se fije el alcance y naturaleza de la disputa, se determine el tiempo de su duración y el de cada una de sus etapas y, además, se inste a las partes para presentar los elementos de juicio que pretendan hacer valer. En segundo término, una etapa de investigación, para identificar y estudiar el problema, examinar documentos, realizar entrevistas con terceros y las partes, y en general, todas las gestiones esenciales para que el amigable componedor se forme su propio juicio. Finalmente, la etapa de decisión, audiencia en la cual se presenta la solución a las partes debidamente firmada por el amigable componedor, y se explica su alcance jurídico. Por consiguiente, no cabe duda de que solamente a través del debido acatamiento de las citadas etapas para resolver un conflicto sometido a amigables componedores, puede asegurarse la vigencia de los principios constitucionales de buena fe e igualdad previstos en el texto superior, y además, preservar los derechos contractuales de las partes sometidas a dicho mecanismo alternativo de resolución de conflictos.”*

94.- Advertimos que la obligación de establecer mediante reglamento idóneo estas etapas forzosas a las que debe someterse el mecanismo de la amigable composición, incumbe a los “centros especializados en el manejo de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos”, específicamente, a los Centros de Arbitraje reconocidos como tales por el Estado Colombiano, lo cual permite deducir que si las estipulaciones de las partes al pactar el mecanismo, no son claras respecto al procedimiento a seguir para surtir debidamente la amigable composición, la parte interesada debe acudir a un Centro de Arbitraje, el cual le debe brindar un procedimiento reglado, que desarrolle las tres etapas exigidas por la Corte Constitucional, todo lo cual garantiza la efectividad del mecanismo y evita de raíz su inoperancia bajo el argumento de que el procedimiento a seguir no está establecido con claridad.

95.- En este orden de ideas, la Ley 1563 de 2012, en el artículo que venimos comentando, establece respecto al procedimiento de la amigable composición unos niveles graduales para establecer dicho procedimiento, así : (i) primera instancia, las partes fijan su propio procedimiento en forma directa y en ejercicio de su libre poder de disposición. (ii) segunda instancia, las partes no diseñan su propio procedimiento como en el caso anterior, sino que se avienen a acoger expresamente y de común acuerdo, el reglamento de amigable composición de un Centro de Arbitraje, cualquiera, pero escogido por las partes involucradas. (iii) tercera instancia, surge ante la falta de acuerdo de las partes sobre el particular, caso en el cual la Ley entiende *“acordadas las reglas de procedimiento del Centro de Arbitraje del domicilio de la parte convocada, escogido a prevención por la parte convocante.”* (iv) cuarta instancia, ante el evento de no existir un Centro de Arbitraje en el domicilio de la parte convocada, establece la norma que *“...la parte convocante podrá escoger cualquier Centro de Arbitraje del país...”*, a cuyo reglamento se podrá someter tanto la designación del operador como antes anotamos, como el procedimiento a seguir.

96.- Concluimos de lo expuesto, que el espíritu de la norma no es otro que superar las falencias que eventualmente presenten las estipulaciones de las partes sobre el tema del procedimiento aplicable, para que en todo caso, el mecanismo de la amigable composición tenga operación eficaz, bajo unas reglas claras que en el mejor de los casos han de ser mutuamente acordadas por las partes convencionalmente, pero que de no ser así, se ajusten a un reglamento formal de un Centro de Arbitraje, que como entidad autorizada por el Estado para prestar este servicio, brinde el soporte procedimental necesario para viabilizar la solución de conflictos por esta vía.

97.- Para todos los eventos anotados, impone la norma el respeto *“...de los derechos de las partes a la igualdad y a la contradicción de argumentos y pruebas”*, lo cual resulta evidente, toda vez que si es la amigable composición un mecanismo autorizado para resolver conflictos, debe por principio, brindar a las partes involucradas las garantías esenciales de transparencia e igualdad de posibilidades para los involucrados, siempre y cuando se tenga como premisa fundamental, su carácter contractual, objeto por ende, de la libre convención de las partes.

Bogotá D.C., Colombia
Abril 28 de 2014

