

Tabla de contenido

1. ANALISIS DEL DERECHO COMPARADO: ARGENTINA Y CHILE.	7
1.1 Argentina.....	7
1.2 Chile	17
1.3 Resultados del Análisis Comparativo:	27
2. OBSTÁCULOS POR LOS CUALES SON INOPERANTES LOS COMITÉS DE CONCILIACIÓN.	29
A. Obstáculos endógenos al Comité de Conciliación	30
2.1) Temor de los funcionarios en incurrir en faltas disciplinarias, fiscales o penales por desconocimiento de la figura de la conciliación.	30
2.2) Politización del Comité de Conciliación.....	31
2.3) Ausencia de protocolos	32
2.4) Falta de permanencia de los integrantes del comité.....	32
2.5) Falta de una cultura Conciliatoria	33
B). Obstáculos exógenos al Comité de Conciliación.	33
2.6) Solicitud de conciliación presentada sin el lleno de los requisitos legales.	33
2.7) Solicitud de conciliación cuando ha operado la caducidad de la acción.	36
2.8) Ausencia de comunicación entre los funcionarios y el comité de Conciliación.	37
2.9) Falta de diligencia de los supervisores o interventores del contrato.....	37
3.0) Se presentan solicitudes de conciliación con peticiones que implican juicios de legalidad del contrato (existencia, validez, nulidad) o actos que expide la administración en ejercicio de las potestades exorbitantes frente a los cuales no tiene competencia el Comité de Conciliación.	40
3. PROPUESTAS PARA QUE EL COMITÉ DE CONCILIACIÓN CUMPLA CON EL PAPEL PARA EL QUE FUÉ CREADO.	43
3.1 Implementar una cultura de la conciliación:	43

3.2 Construir Protocolos al Interior del Comité de Conciliación.....	45
3.3 Modificar la integración del Comité de Conciliación:	45
3.4 Empoderar a los funcionarios encargados de dirigir y seguir el proceso contractual.	47
3.5) Acudir a la jurisprudencia de las altas cortes en casos similares	48
3.6) Que se aclare y reforme el agotamiento de la conciliación como requisito de procedibilidad cuando se trate de juicios de validez del contrato, o cuando se trate de actos expedidos en ejercicio de las potestades excepcionales.	49
4. CONCLUSIONES	53
BIBLIOGRAFIA.....	56

SEGUNDO ARTÍCULO

LA CONCILIACIÓN Y LOS COMITÉS DE CONCILIACIÓN, SU PERSPECTIVA EN EL AMBITO COLOMBIANO Y EN EL DERECHO COMPARADO (ARGENTINA Y CHILE)

RESUMEN

Para establecer si en Colombia la figura del comité de conciliación y la aplicación de los mecanismos alternativos de solución de conflictos han cumplido con el fin que pretendió el legislador, se realizó un análisis de derecho Comparado con Argentina y Chile, a efectos de establecer el avance de la figura de la conciliación y los comités de conciliación en estos dos países Latinoamericanos, debido a que la globalización trae consigo nuevas tendencias, y gracias al derecho comparado tenemos conocimientos jurídicos extensos y en varios aspectos; Así mismo se analizó la práctica jurídica colombiana, esto con el fin de generar recomendaciones que puedan mejorar y enriquecer la normatividad que rige el tema de la conciliación en nuestro país. De otro lado se establecieron los obstáculos que impiden que la figura del comité de conciliación logre eficacia en la descongestión judicial, la prevención del daño antijurídico y la protección del patrimonio público, para finalmente elevar unas propuestas que puedeterminar estas dificultades.

PALABRAS CLAVES

Mediación, comité de conciliación, constitución, conflicto, descongestión, extrajudicial, derecho, judicial, audiencia, defensa, entidades estatales, obstáculo, responsabilidad, legalidad.

ABSTRACT

In order to establish whether the Conciliation Committee and the alternative conflict resolution mechanisms have achieved what the legislator pretended in Colombia, a comparative law analysis was conducted with Argentina and Chile, looking forward to making progress by the conciliation committees in both Latin-American countries. Due to globalization brings new tendencies and the comparative law analysis, we have acquired an extensive legal expertise and knowledge in various fields; Likewise, the legal practice in Colombia was analyzed with the purpose of generating recommendations that might improve and fortify the current normatively that governs the conciliation matter in our country; On the other side, obstacles were established to prevent the conciliation committee from achieving efficiency at relieving judicial congestion, preventing damage attributable and protecting public heritage, and lastly present proposals that can help to eliminate these difficulties.

KEY WORDS

Mediation, conciliation committee, constitution, conflict, decongesting, conciliator, extrajudicial, right, judicial, audience, defense, state entities, obstacle, responsibility, legality

INTRODUCCION.

El análisis de Derecho comparado es fundamental a efectos de establecer el avance legislativo en Colombia sobre el tema de la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos así como también el papel que cumplen los comités de conciliación; este ejercicio comparativo nos lleva a evaluar el progreso que ha tenido nuestra legislación en este tema, cuyo uso se ha extendido no solamente en el derecho privado sino también en el derecho público, permitiéndonos buscar el mejoramiento y la modernización en el uso de estos mecanismos por parte de las entidades públicas a través de los Comités de Conciliación encargados del estudio y análisis de las solicitudes de conciliación extrajudicial a efectos de propender por la defensa efectiva de las entidades y del patrimonio público.

Colombia tiene un amplio desarrollo comparado con países como Argentina y Chile, pues ha permitido que la figura de la conciliación sea extendida y aplicada a los conflictos que se presenten entre el Estado y los particulares, no ocurriendo lo mismo en los dos países estudiados.

Realizada la investigación doctrinal, legal y jurisprudencial, se detectaron unas dificultades en la funcionalidad de los Comités de Conciliación en el marco de la contratación estatal, estos obstáculos aunque hacen perder la figura del Comité de Conciliación, son superables por parte de los funcionarios de las entidades estatales, siempre que se efectúen unos cambios importantes al interior del Comité de Conciliación y en la legislación.

La metodología utilizada se basa en un método cualitativo en mayor medida, con base en la recolección y análisis de las normas jurídicas, la doctrina, revistas de derecho, jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, y para determinar los obstáculos, se analizaron

las falencias que se muestran en la práctica jurídica, razones por las cuales los comités no producen los efectos deseados, extrayendo consecuencias y soluciones propias.

1. ANALISIS DEL DERECHO COMPARADO: ARGENTINA Y CHILE.

1.1 ARGENTINA

La Nación Argentina, adopta para su gobierno la forma republicana, representativa y federal, (artículo 1 C.N),¹ cada provincia dictará su propia constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, que asegure su administración de justicia la cual es del resorte exclusivo de las provincias, al igual que la facultad de organizar sus poderes judiciales y dictar la leyes de procedimiento. Como consecuencia de lo anterior, aunque en la Argentina existe una ley nacional de mediación², las provincias deben legislar sobre el tema de manera particular.

En la Argentina, dentro de las formas alternativas para la resolución de conflictos está la mediación³

la cual, aparece como una técnica especializada realizada por un tercero denominado “mediador”, tendiente a colaborar en el hallazgo de una solución “a medida”. A tal efecto el mediador tratará de que las partes encausen sus discusiones y que los miedos, emociones y posiciones no desvíen el objetivo del debate. Así, la mediación comprende un conjunto de prácticas encaminadas al auxilio de las partes con el fin de lograr una adecuada comunicación para el avenimiento. Por ello

¹Constitución Nacional **Art. 1º.-** La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución.

² La ley vigente en el tema de mediación, es la ley 26.589 de Mediación y conciliación.

³ Algunos doctrinantes la definen como “un procedimiento no adversarial, pacífico y cooperativo de resolución de conflictos, su propósito es lograr un acuerdo rápido y sin los costos en tiempo, dinero y esfuerzo que llevaría un proceso judicial (...). El objetivo es impulsar un acercamiento entre las personas envueltas en un conflicto, ayudarlas a clarificar e identificar los intereses, y a que desemboquen en un acuerdo satisfactorio sin necesidad de recurrir a los tribunales de Justicia”. (Algara, 2004, p.85).

sus caracteres son: flexibilidad, informalidad, confidencialidad y agilidad (Rúa & Rodríguez Juárez, 2009,p.36).

En Argentina, la mediación está dirigida hacia la resolución del conflicto logrando un acercamiento de las partes para que encuentren un punto medio en sus diferencias y poder resolverlas con ayuda de un mediador que dirige la mediación sin imponer fórmulas de arreglo sino sugiriendo a las partes las posibles soluciones a la controversia planteada a efectos de superar la crisis presentada entre los particulares.⁴

En cuanto al aspecto normativo de la institución de la mediación, su incorporación en la Constitución Nacional de la Argentina se halla en el inciso 3 del artículo 42,⁵ cuando tratando acerca de los derechos de los consumidores, preceptúa que la ley se encargará de establecer los procedimientos eficaces para la prevención y solución de los conflictos.

Como consecuencia de lo anterior, por medio de la ley 24.573 del 25 de octubre de 1995, se introduce la institución de la mediación obligatoria previa a todo juicio y además se modifica algunas normas del código procesal civil y comercial.

⁴ “Se persigue incorporar la denominada justicia coexistencial, donde el órgano actuante acompañe a las partes en su conflicto, orientándolas con su consejo en la búsqueda racional de respuestas superadoras de la crisis” (Gozaini, s.f. p.6).

⁵ Constitución Nacional art. 42 **Art. 42.-** Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

Dicha ley se denomina de Mediación y Conciliación e incorpora la mediación prejudicial obligatoria para un importante grupo de conflictos jurídicos en jurisdicción nacional y en los juzgados federales en lo civil y comercial de todo el país.⁶

Posteriormente, el 03 de mayo de 2010, se promulga la ley 26.589,⁷ vigente en el tema de la mediación, donde se reitera la mediación previa obligatoria a todo juicio, exceptuando de dicho trámite, los casos contemplados en el artículo 5⁸ de la ley 26.589, el cual fue sustituido por el artículo 73 de la ley 26.993 de 2014⁹.

El literal C del artículo 5 de la ley 26.589,¹⁰ modificado por el art 73 de la ley 26.993, establece que el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria no será aplicable en las causas en que el Estado nacional, las provincias, los municipios o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o sus entidades descentralizadas sean parte, salvo en el caso que medie autorización

⁶No obstante lo anterior, según lo establece Falcón, 2012 La mediación obligatoria no es tal, sino que solo es obligatorio cumplir con la etapa mediadora, pero cualquiera de las partes puede desistir o no participar de ella por los principios de libertad y voluntariedad (...) y en cualquier momento entrar en la etapa judicial(p.161).

⁷Ley 25.589 de 2010 art. 1: Objeto. Se establece con carácter obligatorio la mediación previa a todo proceso judicial, la que se regirá por las disposiciones de la presente ley. Este procedimiento promoverá la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia.

⁸El numeral 5 de la ley 26.589 fue sustituido por el artículo 73 de la ley 26.993

⁹Artículo 73 ley 26.993 el numeral 5 quedara así: Controversias excluidas del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria. El procedimiento de mediación prejudicial obligatoria no será aplicable en los siguientes casos:

a.) Acciones penales; b) Acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación, patria potestad y adopción, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstas. El juez deberá dividir los procesos, derivando la parte patrimonial al mediador; c) Causas en que el Estado nacional, las provincias, los municipios o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o sus entidades descentralizadas sean parte, salvo en el caso que medie autorización expresa y no se trate de ninguno de los supuestos a que se refiere el artículo 841 del Código Civil; d).Procesos de inhabilitación, de declaración de incapacidad y de rehabilitación; e)Amparos, hábeas corpus, hábeas data e interdictos; f.)Medidas cautelares; g) Diligencias preliminares y prueba anticipada; h) Juicios sucesorios; i) Concursos preventivos y quiebras; j) Convocatoria a asamblea de copropietarios prevista por el artículo 10 de la ley 13.512; k) Conflictos de competencia de la Justicia del Trabajo; l) Procesos voluntarios; m) Controversias que versen sobre conflictos en las relaciones de consumo, que queden alcanzadas por el Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo.

¹⁰ Ley 26.589 art.5 lit. c) Causas en que el Estado nacional, las provincias, los municipios o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o sus entidades descentralizadas sean parte, salvo en el caso que medie autorización expresa y no se trate de ninguno de los supuestos a que se refiere el artículo 841 del Código Civil;

expresa y no se trate de ninguno de los supuestos a que se refiere el artículo 841 del Código Civil Argentino,¹¹ el cual corresponde al artículo 1646 de la ley 26.994, nuevo código civil y comercial Argentino.¹²

De conformidad con el decreto 1467 de 2011, artículo 5 del anexo 1¹³ si el mediador advierte que el reclamo versa sobre una de las controversias excluidas de conformidad al artículo 5 de la ley 26.589¹⁴, deberá dar por terminado el trámite con relación a la misma y notificar de tal circunstancia a las partes. Los casos previstos en el artículo 5, inciso c), de la ley 26.589¹⁵, se regirán de acuerdo con las facultades que pudieran emanar de normas específicas de carácter nacional, provincial, municipal o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Por lo tanto, contrario a la normatividad de Colombia, donde sí se puede resolver conflictos con el Estado utilizando los mecanismos alternativos para solucionar los conflictos, en la Argentina, tal posibilidad está limitada por la ley, pues como lo prescribe el literal c del artículo 73 de la ley

¹¹ Este artículo 841 corresponde al artículo 1646, por cuanto la nación Argentina expidió y aprobó mediante la ley 26.994 su nuevo código civil y comercial de la nación el cual entro en vigencia en agosto de 2015.

¹² Artículo 1646 de la ley 26.994 establece: No pueden hacer transacciones: a). las personas que no puedan enajenar el derecho respectivo; b.) los padres, tutores, o curadores respecto de las cuentas de su gestión, ni siquiera con autorización judicial; c.) los albaceas, en cuanto a los derechos y obligaciones que confiere el testamento, sin la autorización del juez de la sucesión.

¹³ El cual reglamenta la ley de mediación, decreto 1467 numeral 5 Controversias excluidas: Si el mediador advirtiera que el reclamo versa sobre alguna de las controversias excluidas por el artículo 5º de la Ley N° 26.589 deberá dar por terminado el trámite con relación a las mismas y notificar de tal circunstancia a las partes. Los casos previstos en el artículo 5º, inciso c), de la Ley N° 26.589, se regirán de acuerdo con las facultades que pudieran emanar de normas específicas de carácter nacional, provincial, municipal o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

¹⁴ el cual fue sustituido por el artículo 73 de la ley 26.993 de 2014

¹⁵ Ahora art. 73 de la ley 26.993 controversias excluidas de la mediación previa obligatoria: literal c) Causas en que el Estado nacional, las provincias, los municipios o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o sus entidades descentralizadas sean parte, salvo en el caso que medie autorización expresa y no se trate de ninguno de los supuestos a que se refiere el artículo 841 del Código Civil.

26.993¹⁶, solo puede haber mediación con el Estado o sus provincias cuando hay autorización para ello, siempre que no se trate de los casos previstos en el art 841 del código civil argentino¹⁷.

La aplicación del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria será optativa para el reclamante en los casos de ejecución y desalojos, sin que el requerido pueda cuestionar la vía.¹⁸

Ahora bien, el procedimiento de la mediación prejudicial obligatoria, se efectúa bajo unos principios, los cuales son puestos en conocimiento a las partes por el mediador en la primera audiencia, dichos principios son los de imparcialidad del mediador, libertad y voluntariedad de las partes para realizar el procedimiento, igualdad de las partes durante el mismo, consideración especial de los intereses de los menores, discapacitados y personas mayores, confidencialidad de la información¹⁹ divulgada por las partes durante el trámite, promoción de la comunicación directa entre las partes para la búsqueda creativa y cooperativa de la solución al conflicto, celeridad del procedimiento, conformidad de las partes para que personas ajenas presencien el trámite.

.

¹⁶ La ley 26.993 sustituye el artículo 5 de la ley 26.589. sin embargo en su literal c sigue conservando como Controversias excluidas del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria, las causas donde el Estado sea parte.

¹⁷ Con la expedición del nuevo código civil argentino ley mediante ley 26.994 dicho artículo 841 está contenido en el artículo 1646 del nuevo código así: No pueden hacer transacciones: a) las personas que no puedan enajenar el derecho respectivo; b) los padres, tutores, o curadores respecto de las cuentas de su gestión, ni siquiera con autorización judicial; c) los albaceas, en cuanto a los derechos y obligaciones que confiere el testamento, sin la autorización del juez de la sucesión.

¹⁸ Es decir, la mediación prejudicial es optativa en estos asuntos (ejecución y desalojo), pudiendo el interesado utilizarla en el evento que lo considere, sin que la contraparte pueda oponerse a la utilización de dicha mediación

¹⁹ El trámite de la Mediación previa obligatoria está amparado bajo la confidencialidad según lo establece el artículo 8 de la ley 26.589¹⁹, dicha reserva opera sin necesidad de que las partes lo convengan previamente y aplica respecto del contenido de los papeles y/o cualquier otro material de trabajo que las partes hayan confeccionado o evalúen a los fines de la mediación. De igual manera dicha confidencialidad puede cesar por disposición expresa de las partes o para evitar la comisión de un delito o que se siga cometiendo.

Durante el trámite de la mediación, los mediadores podrán actuar, previo consentimiento de la totalidad de las partes, en colaboración con profesionales formados en disciplinas afines con el conflicto que sea materia de la mediación²⁰.

El mediador deberá ser abogado inscrito en el Registro Nacional de Mediación y contar con más de tres (3) años de antigüedad en la expedición de su matrícula, acreditar la capacitación requerida para el efecto y haber aprobado el examen de idoneidad, además de cumplir con los demás requisitos que le pueda exigir la reglamentación.²¹

El mediador tiene una prohibición y es la de asesorar o patrocinar a alguna de la partes que intervinieron en el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria, tal restricción se mantiene hasta que se cumpla un año desde que el mediador se hubiera excluido del registro nacional de mediación, tal prohibición es absoluta en relación al conflicto en el que actuó como mediador²².

En cuanto al nombramiento del mediador, éste se designa por: 1. acuerdo entre las partes cuando lo designan por convenio escrito; 2. por sorteo; 3. Por propuesta del requirente al

²⁰ Ley 26.589 art. 10 .Los mediadores podrán actuar, previo consentimiento de la totalidad de las partes, en colaboración con profesionales formados en disciplinas afines con el conflicto que sea materia de la mediación, y cuyas especialidades se establecerán por vía reglamentaria. Estos profesionales actuarán en calidad de asistentes, bajo la dirección y responsabilidad del mediador interviniente, y estarán sujetos a las disposiciones de la presente ley y su reglamentación.

²¹ Ley 26.589. Artículo 11 requisitos para ser mediador: Los mediadores deberán reunir los siguientes requisitos: a. Título de abogado con tres (3) años de antigüedad en la matrícula; b. Acreditar la capacitación que exija la reglamentación; c. Aprobar un examen de idoneidad; d. Contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Mediación; e. Cumplir con las demás exigencias que se establezcan reglamentariamente.

²² Ley 26.589 artículo 15: prohibición para el mediador el mediador no podrá asesorar ni patrocinar a ninguna de las partes intervinientes en los procedimientos de mediación prejudicial obligatoria en los que hubiera intervenido, hasta pasado un (1) año de su baja formal del registro nacional de mediación. La prohibición es absoluta en relación al conflicto en que intervino como mediador.

requerido y durante la tramitación del proceso, por única vez, el juez podrá derivar el expediente al procedimiento de mediación²³.

El procedimiento de la mediación previa obligatoria suspende los términos de caducidad y prescripción los cuales se reanudan pasados los veinte (20) días contados desde el momento que el acta de cierre del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria se encuentre a disposición de las partes.²⁴

²³ Ley 26.589 artículo 16: designación del mediador la designación del mediador podrá efectuarse: a.) Por acuerdo de partes, cuando las partes eligen al mediador por convenio escrito; b.) Por sorteo, cuando el reclamante formalice el requerimiento ante la mesa de entradas del fuero ante el cual correspondería promover la demanda y con los requisitos que establezca la autoridad judicial. La mesa de entradas sorteará al mediador que intervendrá en el reclamo y asignará el juzgado que eventualmente entenderá en la causa. El presentante entregará al mediador sorteado el formulario debidamente intervenido por la mesa de entradas del fuero en el término de cinco (5) días hábiles; c.) Por propuesta del requirente al requerido, a los efectos de que éste seleccione un mediador de un listado cuyo contenido y demás recaudos deberán ser establecidos por vía reglamentaria; d.) Durante la tramitación del proceso, por única vez, el juez actuante podrá en un proceso judicial derivar el expediente al procedimiento de mediación. Esta mediación se cumplirá ante mediadores inscriptos en el Registro Nacional de Mediación, y su designación se efectuará por sorteo, salvo acuerdo de partes respecto a la persona del mediador.

²⁴ Ley 27.222 art. 1 Prescripción y caducidad. La mediación suspende el plazo de prescripción y de la caducidad en los siguientes casos:

- a. En la mediación por acuerdo de partes, desde la fecha de imposición del medio fehaciente de notificación de la primera audiencia al requerido, o desde la celebración de la misma, lo que ocurra primero;
- b. En la mediación por sorteo, desde la fecha de adjudicación del mediador por la autoridad judicial;
- c. En la mediación a propuesta del requirente, desde la fecha de imposición del medio fehaciente de notificación de la primera audiencia al requerido, o desde la celebración de la misma, lo que ocurra primero.

En los dos primeros supuestos, la suspensión opera contra todas las partes. En el caso del inciso c), únicamente contra aquel a quien se dirige la notificación.

En todos los casos, el plazo de prescripción y de caducidad se reanudará a partir de los veinte (20) días contados desde el momento que el acta de cierre del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria se encuentre a disposición de las partes.

En cuanto al plazo para efectuar la mediación, este será de hasta sesenta (60) días corridos a partir de la última notificación al requerido o al tercero. Y treinta (30) días corridos en los casos de ejecución y desalojo, ambos términos son prorrogables por las partes.²⁵

El mediador podrá convocar a las partes a todas las audiencias que considere necesarias para el cumplimiento de los fines previstos en la ley.²⁶

En lo atinente a las sanciones por la falta de asistencia de las partes a la primera audiencia, la ley 26.589 en su artículo 25²⁷, prevé que si cualquiera de las partes no asisten y justifican la incomparecencia, se fija nueva fecha para la audiencia, si no comparece la parte requerida y no justifica la incomparecencia, el requirente puede optar por concluir el procedimiento de la mediación, o fijar nueva fecha; pero si quien no asiste injustificadamente es el requirente tiene que volver a iniciar el trámite de la mediación prejudicial obligatoria.

Establece el artículo 26 de la ley 26.589,²⁸ que una vez se logre acuerdo entre las partes, el acta que contenga sus términos deberá ser firmada por el mediador, las partes, los terceros si los

²⁵ Ley 26.589 Artículo 20 plazo para realizar la mediación: el plazo para realizar la mediación será de hasta sesenta (60) días corridos a partir de la última notificación al requerido o al tercero. En el caso previsto en el artículo 6º, el plazo será de treinta (30) días corridos. En ambos supuestos el término podrá prorrogarse por acuerdo de partes.

²⁶ Ley 26.589 artículo 23 inc. 2 Dentro del plazo establecido para la mediación, el mediador podrá convocar a las partes a todas las audiencias que considere necesarias para el cumplimiento de los fines previstos en la presente ley.

²⁷ Ley 26.589 art. 25 incomparecencia de las partes: Si una de las partes no asistiese a la primera audiencia con causa justificada, el mediador fijará una nueva audiencia. Si la incomparecencia de la parte requerida fuera injustificada, la parte requirente podrá optar por concluir el procedimiento de la mediación o convocar a nueva audiencia. Si la requirente incompareciera en forma injustificada, deberá reiniciar el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria.

²⁸ Cuando durante el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria se arribara al acuerdo de las partes, se labrará acta en la que constarán sus términos. El acta deberá ser firmada por el mediador, las partes, los terceros si los hubiere, los letrados intervinientes, y los profesionales asistentes si hubieran intervenido.

hubiere, los letrados Intervinientes, y los profesionales asistentes si hubieran intervenido, y no requerirá de más requisitos u homologaciones posteriores, excepto si en el trámite de la mediación hay involucrados intereses de incapaces y se arribare a un acuerdo, evento en el cual este deberá ser sometido a homologación judicial.

De igual manera, en el caso que se llegue a la ejecución, es posible a petición de parte que el juez imponga multas de las previstas en el artículo 45 del código de procedimiento civil y comercial de la nación.²⁹

Si el procedimiento de mediación, concluye sin acuerdo de las partes, se suscribe un acta donde se consigna el resultado y el requirente queda habilitado para iniciar el proceso judicial, de igual forma la falta de acuerdo habilita al requerido para que interponga la reconvencción cuando hubiera manifestado la pretensión y así constara en el acta.³⁰

Ahora bien, cuando el procedimiento de la mediación, concluye por la incomparecencia de una de las partes, se suscribe el acta y se firma por los que asistieron, quedando el reclamante

Cuando en el procedimiento de mediación estuvieren involucrados intereses de incapaces y se arribare a un acuerdo, éste deberá ser posteriormente sometido a la homologación judicial.

En el supuesto de llegar a la instancia de ejecución, el juez podrá aplicar, a pedido de parte, la multa establecida en el artículo 45 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

²⁹ Código procesal civil y comercial de la nación art. 45 Temeridad o malicia: cuando se declarase maliciosa o temeraria la conducta asumida en el pleito por alguna de las partes, el juez le impondrá a ella o a su letrado o a ambos conjuntamente, una multa valuada entre el diez y el cincuenta por ciento del monto del objeto de la sentencia.

³⁰ Ley 26.589 artículo 27 conclusión sin acuerdo: si el proceso de mediación concluye sin acuerdo de las partes, se labrará acta suscripta por todos los comparecientes donde se hará constar el resultado del procedimiento. El requirente queda habilitado para iniciar el proceso judicial acompañando su ejemplar del acta con los recaudos establecidos en la presente ley. La falta de acuerdo también habilita la vía judicial para la reconvencción que pudiere interponer el requerido, cuando hubiese expresado su pretensión durante el procedimiento de mediación y se lo hiciere constar en el acta.

habilitado para iniciar la vía judicial; La parte que no asistió injustificadamente debe pagar una multa³¹.

Cuando concluya todo proceso de mediación, debe informarse al Ministerio de Justicia Seguridad y Derechos Humanos a efectos de su registro y la expedición de los certificados respectivos.³²

El acta suscrita por el mediador será ejecutable por el procedimiento de ejecución de sentencia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 500 inciso 4 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.³³

Frente a la conciliación, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, contempla esta figura en los artículos 36 inc 2 y 360 inc 1º, e instituye una audiencia, que debe tomar personalmente el juez y en la cual obligatoriamente invitará a las partes a una conciliación.³⁴

³¹Ley 26.589 art.28 Si el proceso de mediación concluye por incomparecencia injustificada de alguna de las partes o por imposibilidad de notificación, se labrará acta suscripta por todos los comparecientes donde se hará constar el resultado del procedimiento.El reclamante queda habilitado para iniciar el proceso judicial, a cuyo fin acompañará su ejemplar del acta con los recaudos establecidos en la presente ley. La parte incompareciente deberá abonar una multa cuyo monto será equivalente a un cinco por ciento (5%) del sueldo básico de un juez nacional de primera instancia y cuya modalidad de percepción se establecerá por vía reglamentaria.

³² Ley 26.589 artículo 29: todos los procedimientos mediatorios, al concluir, deberán ser informados al ministerio de justicia, seguridad y derechos humanos, a los fines de su registración y certificación de los instrumentos pertinentes

³³Código Procesal Civil y Comercial Art 500: otros títulos ejecutables a los cuales se les aplica las normas de resoluciones ejecutables así :

4. Al acuerdo instrumentado en acta suscrita por el mediador, con la certificación de su firma, salvo en el supuesto en que se hayan controvertido derechos de menores e incapaces. En estos casos, el representante legal con intervención del ministerio pupilar, deberá requerir previamente, la homologación del acuerdo al juez anteriormente sorteado o al que sea competente de acuerdo a la materia. Tales actuaciones estarán exentas del pago de la tasa de justicia

³⁴A tal efecto, el juez y las partes podrán proponer fórmulas conciliatorias. Ello sin perjuicio de la facultad genérica que tiene el juez de hacer comparecer personalmente a las partes en cualquier estado de la causa, a los fines de intentar una conciliación. (Consultado en <http://www.fundacionlibra.org.ar/revista/art1-6.htm>).

En el caso de la Jurisdicción Nacional y Federal el sistema de mediación es conectado con el tribunal³⁵.

1.2 CHILE

En Chile la implementación de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos se ha dado de manera progresiva desde 1990 aplicándose inicialmente en materia procesal civil cuando se estableció la conciliación obligatoria en los juicios civiles en los asuntos susceptibles de transacción.³⁶

La resolución alternativa de conflictos ha surgido en Chile como un movimiento que propende por “el acceso a la justicia, la modernización del Estado, la promoción de una cultura de diálogo y de paz, la descentralización de la justicia y la reducción de sobrecarga de los tribunales”. (Díaz, 2010,p.30)

Doctrinariamente la mediación es entendida como un método alternativo de resolución de conflictos donde “interviene un tercero ajeno al conflicto, asume la función de reunir a las partes y ayudar a resolver sus desacuerdos (...) el mediador desempeña la función de acercar posiciones incluso con propuesta de acuerdos solo cuando las partes lo piden” (Vilar, 2011,p.202).

³⁵ Por mediación “conectada con los tribunales” se entiende el sistema en el que el Poder Judicial participa pero no administra. Esto lo hace otro organismo, en el caso de la Justicia Nacional, Civil y Comercial y Federal en lo Civil y Comercial dicha tarea la desarrolla el Ministerio de Justicia y derechos Humanos de la Nación, que es responsable de la capacitación de los mediadores, de las instituciones habilitadas para formarlos. Consultado en: (<http://www.maparegional.gob.ar/accesoJusticia/public/verDetallePais.html?codigoPais=ar>)

³⁶ Como lo afirma (Zieballo, 2012) En Chile, el movimiento en torno a los llamados mecanismos alternativos de resolución de conflictos y mediación en particular comienza a desarrollarse en forma muy paulatina en los últimos quince años, fundamentalmente en materia procesal civil con la incorporación obligatoria como parte de los juicios civiles en que sea admisible la transacción.

En el ámbito familiar, la mediación se empezó a aplicar con la expedición de la ley 19.947 de matrimonio civil “que incorpora la mediación en materia de familia, cuya finalidad es recomponer el vínculo matrimonial”. (Zieballo, 2012,p. 199)

En el caso de Chile aunque se ha utilizado más que todo el arbitraje a la hora de resolver una controversia, otros métodos como la mediación y la conciliación se han venido abriendo camino en esta legislación.³⁷

Con el aumento de las relaciones comerciales internacionales, Chile vió la necesidad de implementar otras figuras como la mediación y la conciliación para dirimir sus conflictos.

El desarrollo normativo de la mediación y la conciliación, se ha dado a través de la legislación, debido a que la Constitución Política no menciona ninguna forma de resolución de controversias.

En Chile, la mediación Familiar cuenta con regulación propia, expresada en la ley 19.698, que estableció su marco legal, creó los tribunales de familia e instituyó en el artículo 5 literal C el consejo técnico, quien evalúa a petición del juez la pertinencia de derivar en mediación o aconsejar la conciliación entre las partes y sugerir los términos en que ésta puede llevarse a cabo.

La ley 19.968 Contempla en el artículo 61 numeral 4,³⁸ la posibilidad de suspenderse el proceso judicial en el evento en que se promueva por el Tribunal o las partes, la sujeción del

³⁷ Gracias al fenómeno de la globalización, Chile asimila la experiencia de países desarrollados con los que entra cada vez más en contacto, fundamentalmente a través de transacciones de comercio exterior, por lo cual advierte la necesidad de desarrollar otras figuras para resolver conflictos, tales como la mediación. (Casanova & Tamburrino Cruz, p.p 115-116).

³⁸ Ley 19.968 Art. 61 en la audiencia preparatoria se procederá a : numeral 4: 4) Promover, a iniciativa del tribunal o a petición de parte, la sujeción del conflicto a la mediación familiar que se refiere el Título V, suspendiéndose el procedimiento judicial en caso de que se dé lugar a ésta.

conflicto a la mediación familiar prevista en el título V de la ley³⁹, dándole prelación a esta herramienta para dirimir el conflicto.

El artículo 103 de la ley 19.968, define la mediación como un sistema de resolución de conflictos en el que un tercero imparcial sin poder decisorio llamado mediador ayuda a las partes a buscar por sí mismas una solución al conflicto y sus efectos mediante acuerdo.

De igual forma para efectos de la mediación familiar, la ley 19.968 de 2004, establece 3 tipos de mediación así: 1. previa, cuando es obligatorio agotarla antes de demandar en el caso del cuidado del menor y los derechos entre padres e hijos, 2. voluntaria en los demás conflictos de familia, y 3. prohibido cuando la controversia trata de asuntos relacionados con el estado civil y otros.

No obstante lo anterior, hay que aclarar que en la legislación Chilena la obligatoriedad de la mediación en el ámbito familiar fue establecida por la ley 20.286 de 2008⁴⁰ y la misma “no se plantea en términos de resultado, sino que como una etapa a la que las partes son convocadas a concurrir antes de poder comenzar el proceso judicial, como un requisito de procedibilidad de la acción” (Camus, 2014.p.113).⁴¹

³⁹ Título V de la ley 19.968 hace referencia al procedimiento de mediación familiar y comprende los artículos 103 a 114

⁴⁰ La ley 20286 modifica aspectos orgánicos y procedimentales de la ley 19.968 entre ellas el carácter voluntario de la mediación familiar, transformando este mecanismo en una exigencia previa antes de iniciar un proceso judicial respecto de las tres materias establecidas en el ámbito familiar: alimentos, cuidado personal y relación directa y regular.

⁴¹ Como lo afirma Aravena, 2013 Solo si la mediación se frustra, podrán iniciar un proceso judicial, acompañando el certificado de mediación frustrada (...). Se entiende frustrada la mediación por el solo hecho de que alguno de los participantes al ser citado por dos veces, no concurriera a la sesión inicial, ni justificare causa. El artículo 109 inc 2º LTF (República de Chile, 2004B) limita una citación la frustración por ausencia injustificada en causas de alimentos.(p.129).

Así mismo, algunos autores afirman que la utilización de la herramienta de la mediación obligatoria en la legislación chilena, obedece a la necesidad de descongestionar los despachos judiciales siendo éste el único argumento para su implementación⁴².

En cuanto al tiempo de duración del trámite de mediación en el ámbito del derecho familiar, conforme al artículo 110 de la ley 19.968⁴³, el proceso de mediación no podrá durar más de sesenta días, contados desde que se comunica al mediador su designación por parte del juzgado de familia. Con todo, los participantes, de común acuerdo, podrán solicitar la ampliación de este plazo hasta por sesenta días más. Pudiendo celebrar dentro de ese plazo, todas las sesiones que el mediador y las partes estimen necesarias, en las fechas que de común acuerdo se determinen.

Prescribe el artículo 111, que en el caso de llegar a algún acuerdo, se elabora un acta que luego de ser leída por los participantes, será firmada por ellos y por el mediador. El acta deberá ser remitida por el mediador al tribunal para su aprobación, en todo aquello que no fuere contrario a derecho, pudiendo el juez en todo caso, subsanar los defectos formales que

⁴²Como lo afirma Camus, 2014 Si bien la obligatoriedad tiende a incentivar el uso de la mediación, es claro que la definición de esta opción presenta reparos importantes, toda vez que se ha enfocado en paliar los defectos del sistema de justicia, concretamente en aquellos problemas de congestión de los tribunales en los que se ha visto la obligatoriedad de la mediación como una solución concreta. Sin embargo, la obligatoriedad de la mediación en algunas materias como la familiar, no garantiza la descongestión judicial, pues ante el incumplimiento del acuerdo, el asunto tiene que resolverse por vía judicial lo que puede ocasionar sobrecarga de trabajo para los despachos judiciales, pues muchos casos resueltos en un primer momento por acuerdo de las partes, llegan al Tribunal al momento de hacerlos efectivos.

⁴³Artículo 110: Duración de la mediación: El proceso de mediación no podrá durar más de sesenta días, contados desde que se comunica al mediador su designación por parte del juzgado de familia. Con todo, los participantes, de común acuerdo, podrán solicitar la ampliación de este plazo hasta por sesenta días más. Durante ese plazo, podrán celebrarse todas las sesiones que el mediador y las partes estimen necesarias, en las fechas que de común acuerdo se determinen. Podrá citarse a los participantes por separado.

tuviera, respetando en todo momento la voluntad de las partes expresada en dicha acta. Aprobada por el juez, la misma tendrá valor de sentencia ejecutoriada.

La ley también habla acerca de los requisitos para ser mediador, disponiendo que la mediación familiar sólo podrá ser conducida por las personas inscritas en el Registro de Mediadores que mantendrá permanentemente actualizado, el Ministerio de Justicia a través de las Secretarías Regionales Ministeriales, con las formalidades establecidas en el reglamento, de igual manera para inscribirse en el Registro de Mediadores se requiere poseer título profesional de una carrera que tenga al menos ocho semestres de duración, otorgado por una institución de educación superior del Estado o reconocida por éste; acreditar formación especializada en mediación y en materias de familia o infancia. Al mediador además se le exige que deberá disponer de un lugar adecuado para desarrollar la mediación en cualquier comuna donde tenga jurisdicción el juzgado ante el cual se acuerde la respectiva mediación.⁴⁴

Para algunos autores⁴⁵ la formación de los mediadores es un aspecto que influye directamente en el éxito que pueda tener la mediación como mecanismo de resolución de conflictos, por ello aunque la norma reglamenta el tema en cuanto a la exigencia de cumplimiento de los requisitos para ser mediador, las exigencias en cuanto a la preparación académica y nivel de experiencia se consideran muy generales lo que daría pie a que personas sin la debida preparación lleguen a

⁴⁴ Ley 19.698 art. 112.

⁴⁵ En ese sentido (Camus, 2014) afirma que existe un amplio consenso que la formación del mediador es uno de los elementos centrales para el desarrollo adecuado de proceso de mediación. En el caso chileno, este aspecto se encuentra regulado por Reglamento de la ley 19.968, el cual solo establece el número de horas de formación que deben cumplir los profesionales (...), nada se dice sobre la modalidad de los cursos (por ejemplo si deben ser presenciales o no ni sobre los contenidos mínimos del plan de estudios.(...) algunos estudios han arrojado datos preocupantes sobre el desempeño de los mediadores en aspectos que aparecen estrechamente relacionados con la calidad de su formación.

cumplir el rol de mediador obteniendo un bajo desempeño, lo cual puede ser un obstáculo a la hora de que la mediación cumpla con su objetivo.

Otro campo en que se aplica la mediación es en el sector salud; Mediante la ley 19.966, reglamenta el Régimen de Garantías en Salud, cuyo artículo 43⁴⁶, establece la mediación previa obligatoria, al ejercicio de las acciones jurisdiccionales contra los prestadores institucionales públicos que forman las redes asistenciales para obtener la reparación de los daños ocasionados en el cumplimiento de sus funciones.

La mediación ha empezado a ejercerse en la legislación penal chilena desde el año 2000 con características particulares y una finalidad eminentemente restaurativa. Se han incorporado figuras como el principio de oportunidad y las Salidas Alternativas al proceso penal, éste último comprende dos procedimientos bien diferenciados por sus efectos y por su trámite y consisten en los Acuerdos Reparatorios y la Suspensión Condicional del Procedimiento.

Los acuerdos reparatorios consisten en un acuerdo entre víctima e imputado, prestado en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos, mediante el cual el imputado se compromete a reparar a la víctima de una forma que resulte satisfactoria para ésta, y que es aprobado por el juez de garantía, produciendo la extinción de la responsabilidad penal una vez que el acuerdo se encuentra cumplido. (Díaz, 2010, p.7).

⁴⁶ Ley 19.966 Artículo 43. El ejercicio de las acciones jurisdiccionales contra los prestadores institucionales públicos que forman las redes asistenciales definidas por el artículo 16 bis del decreto ley N°2.763, de 1979, o sus funcionarios, para obtener la reparación de los daños ocasionados en el cumplimiento de sus funciones de otorgamiento de prestaciones de carácter asistencial, requiere que el interesado, previamente, haya sometido su reclamo a un procedimiento de mediación ante el Consejo de Defensa del Estado, el que podrá designar como mediador a uno de sus funcionarios, a otro en comisión de servicio o a un profesional que reúna los requisitos del artículo 54.

Hay que aclarar que aunque el juez tiene que aprobar el Acuerdo Reparatorio, el tiene la facultad de NO impartirle aprobación al mismo en el evento de que no se cumplan los requisitos exigidos para celebrarse tal acuerdo, así como tampoco esta obligado a aprobarlo cuando existe un interés público prevalente en la persecución penal por ejemplo cuando el imputado es reincidente en la comisión de las conductas que son objeto de investigación, esto es, que el imputado anteriormente haya sido condenado por delitos de la misma especie que el hecho punible objeto de Acuerdo Reparatorio, entendiendo que los delitos son de la misma especie cuando afectan el mismo bien jurídico.

La ley 19.696 o código procesal penal en su artículo 241⁴⁷ no menciona expresamente que los acuerdos reparatorios se puedan llevar a cabo por medio de la mediación penal, sin embargo como lo afirma Díaz, 2010

Dada la naturaleza autocompositiva de los acuerdos reparatorios, nada impide que éstos se lleven a cabo a través de la mediación penal o de alguna de las diversas formas de resolución alternativa de conflictos existente.(p.10).⁴⁸

⁴⁷ Artículo 241 Procedencia de los acuerdos reparatorios: El imputado y la víctima podrán convenir acuerdos reparatorios, los que el juez de garantía aprobará, en audiencia a la que citará a los intervinientes para escuchar sus planteamientos, si verificare que los concurrentes al acuerdo hubieren prestado su consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos. Los acuerdos reparatorios sólo podrán referirse a hechos investigados que afectaren bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, consistieren en lesiones menos graves o constituyeren delitos culposos. En consecuencia, de oficio o a petición del ministerio público, el juez negará aprobación a los acuerdos reparatorios convenidos en procedimientos que versaren sobre hechos diversos de los previstos en el inciso que antecede, o si el consentimiento de los que lo hubieren celebrado no apareciere libremente prestado, o si existiere un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal. Se entenderá especialmente que concurre este interés si el imputado hubiere incurrido reiteradamente en hechos como los que se investigaren en el caso particular.

⁴⁸ Sin embargo, González & Fuentealba Martínez, 2013 afirma que la ausencia de norma legal expresa que regule dichos mecanismos colaborativos, ha impedido que sean un recurso conocido y utilizado por la víctima, el imputado y los operadores jurídicos para alcanzar soluciones reparadoras.(p.181).

Otro mecanismo a través del cual se puede aplicar la mediación penal en la legislación chilena es la suspensión provisional del procedimiento que como lo afirma Díaz, 2010 consiste

En un acuerdo entre el Fiscal e imputado asesorado éste último por su defensor por el cual se suspende la investigación y el procedimiento por un tiempo determinado, que puede ser entre 1 y 3 años según los arts. 237 y 238 CPP, a cambio de que el imputado acepte cumplir ciertas obligaciones o condiciones que son aprobadas en audiencia por el juez de garantía. (p.12).

Tanto en los Acuerdos Reparatorios como en la Suspensión Provisional del Procedimiento una vez se cumplan los acuerdos o las obligaciones a cargo del imputado, se produce la extinción de la acción penal, es decir no se generan antecedentes penales para el imputado.

En cuanto al principio de oportunidad éste se entiende como la “facultad entregada al órgano persecutor de no iniciar, suspender, interrumpir o hacer cesar el curso de la persecución penal, cuando así lo aconsejan motivos de utilidad social o razones político-criminales”.(González & Fuentealba Martínez, 2013, pág. 181).

Este principio de oportunidad, se aplica a delitos que no comprometan gravemente el interés público, o que no exceda una pena de prisión de 540 días o que no haya sido cometido por funcionario público.

Y en todo caso dada la naturaleza de los delitos en los que procede también pueden resolverse usando las salidas alternativas al juicio oral como la mediación.

En cuanto al tema de la conciliación, en Chile, este mecanismo está contemplado únicamente cuando el conflicto ya está en sede judicial, es así que, éste solo puede ser llevado a cabo ante el juez de conocimiento del proceso.

La conciliación en el tema del derecho civil se encuentra previsto en el artículo 262⁴⁹ de la ley 1552, Código de Procedimiento Civil Chileno, disposición que establece como obligatoria la conciliación en todo juicio civil en que sea legalmente admisible la transacción, para lo cual el juez llamará a las partes a conciliación y les propondrá personalmente bases de arreglo, siempre que no se trate de los casos mencionados en el artículo 313⁵⁰ del código de procedimiento civil.

La transacción está prevista en el artículo 2446 del Código Civil⁵¹, como un contrato en el que las partes terminan extrajudicialmente un litigio eventual. Solo puede transigir la persona que pueda disponer de los objetos comprendidos en la transacción⁵²

⁴⁹ Código de Procedimiento Civil art 262 En todo juicio civil, en que legalmente sea admisible la transacción, con excepción de los juicios o procedimientos especiales de que tratan los Títulos I, II, III, V y XVI del Libro III, una vez agotados los trámites de discusión y siempre que no se trate de los casos mencionados en el artículo 313, el juez llamará a las partes a conciliación y les propondrá personalmente bases de arreglo. Para tales efectos, las citará a una audiencia para un día no anterior al quinto ni posterior al decimoquinto contado desde la fecha de notificación de la resolución. Con todo, en los procedimientos que contemplan una audiencia para recibir la contestación de la demanda, se efectuará también en ella la diligencia de conciliación, evacuado que sea dicho trámite. El precedente llamado a conciliación no obsta a que el juez pueda, en cualquier estado de la causa, efectuar la misma convocatoria, una vez evacuado el trámite de contestación de la demanda

⁵⁰ Artículo 313 Código de Procedimiento Civil: Si el demandado acepta llanamente las peticiones del demandante, o si en sus escritos no contradice en materia substancial y pertinente los hechos sobre que versa el juicio, el tribunal mandará citar a las partes para oír sentencia definitiva, una vez evacuado el traslado de la réplica. Igual citación se dispondrá cuando las partes pidan que se falle el pleito sin más trámite

⁵¹ Artículo 2446 La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa.

El contrato de transacción además de los requisitos comunes a todo contrato, debe reunir los dos siguientes elementos que le son propios: 1º existencia o perspectiva de un litigio, y 2º que las partes se hagan concesiones recíprocas.

Es importante resaltar que el acuerdo a que pueden llegar las partes como consecuencia de un proceso de mediación, puede tomar la forma de un contrato de transacción, el cual se rige por las normas que al respecto consagra el código civil en su artículo 2446, y que reducido a escritura pública adquiere carácter obligatorio y ejecutable. (Casanova & Tamburrino Cruz, p.117.).

⁵². En cuanto a qué puede ser objeto de transacción Barrios, 2010 expresa: El objeto de la transacción debe ser comerciable. Cuando el art. 2447 dispone que para transigir se requiere ser capaz de disponer, implícitamente establece que los objetos comprendidos en la transacción deben ser susceptibles de disposición. Por consiguiente, no son susceptibles de transacción las cosas que no están en el comercio. Tal es la regla general; la ley hace de ella diversas aplicaciones.

Transacción sobre acciones que nacen de un delito. El art. 2449 dispone: “La transacción puede recaer sobre la acción civil que nace de un delito; pero sin perjuicio de la acción criminal”. La disposición claramente significa que no se puede transigir sobre la acción penal derivada del delito.

Transacción sobre el estado civil. Otra consecuencia del principio general se consigna en el art. 2450: “No se puede transigir sobre el estado civil de las personas”. De este modo, no puede transigirse sobre el estado de matrimonio o sobre la calidad de hijo (lo que no obsta a que el demandado se allane a la demanda). No puede haber transacción porque no es posible que las partes se hagan concesiones recíprocas en materias de estado civil.

Transacción sobre el derecho de alimentos. El derecho de alimentos es intransferible. No puede transmitirse, cederse o renunciarse (art. 334) y la obligación de darlos no es compensable con los créditos que el alimentante tenga contra el alimentario (art. 335).

Concordante con estas normas, el art. 2451 dispone: “La transacción sobre alimentos futuros de las personas a quienes se deban por ley, no valdrá sin aprobación judicial; ni podrá el juez aprobarla, si en ella se contraviene a lo dispuesto en los arts. 334 y 335⁵²” (...) pero debe ser autorizada judicialmente. El juez prestará su autorización a condición de que no encubra una cesión, renuncia o compensación. La disposición es aplicable sólo a los alimentos futuros y forzosos.

Transacción sobre derechos ajenos o inexistentes. El art. 2452 establece que “no vale la transacción sobre derechos ajenos o sobre derechos que no existen”. (p.176)

1.3 RESULTADOS DEL ANÁLISIS COMPARATIVO:

La Argentina solo tiene previsto el tema de la mediación como método alternativo de solución de conflictos de manera previa obligatoria frente al campo del derecho civil, laboral, comercial y de familia. Tiene prohibida esta herramienta frente a conflictos que se presenten entre los particulares y el Estado, salvo autorización en algunos casos muy excepcionales.

Nuestra normatividad contempla el uso de la conciliación Administrativa para los conflictos suscitados con el estado, y es tramitada ante los Procuradores Judiciales Administrativos, mientras que en Argentina hace las veces de mediador, cualquier abogado que esté inscrito en el registro de mediadores, además de lo anterior, en Colombia, el acuerdo a que se llegue siempre tendrá control judicial posterior para que tenga plena validez; En Argentina solo existe de manera excepcional cuando frente a la mediación hay intereses de menores e incapaces, único evento en el que la ley exige homologación judicial.

Ahora bien, el plazo para efectuar la mediación Argentina lo realiza en 60 días corridos, pudiéndose cumplir tantas audiencias como se requieran para llegar a un arreglo dentro del término mencionado, En Colombia se surte en una sola audiencia, en un término máximo de 3 meses, sin embargo, si llegare a haber ausencia justificada de alguna parte que no asiste a la misma, se aplazará y se fijará nueva fecha para continuar con la audiencia dentro del plazo para realizar la conciliación.

En suma, la institución de la conciliación en el Derecho Administrativo Colombiano se encuentra más desarrollada, organizada y reglamentada, siendo exigida como requisito de procedibilidad en el evento que se ejerciten los medios de control de nulidad y restablecimiento, reparación directa y controversias contractuales, como método alternativo de solución de

conflictos. De otro lado también se encuentra prevista en el campo del derecho civil, comercial y familia.

La Nación Chilena cuenta con una normatividad muy extensa frente a la Mediación en el ámbito del derecho de familia; Desde el año 1990 ha ido avanzando poco a poco en el tema de los modos alternativos para solucionar conflictos, extendiéndolo frente a otras materias como en el sector salud, civil, laboral y comunitario, no sucediendo lo mismo en las controversias que tengan como parte el estado. En el campo del derecho Penal, se ha venido aplicando la mediación desde el año 2000 y pese a no tener regulación expresa como mecanismo alternativo de solución en los conflictos de naturaleza punitiva, se han venido implementando con relativo éxito programas pilotos experimentales (como los acuerdos reparatorios, la suspensión provisional de procedimiento y el principio de oportunidad) que han propiciado escenarios viables para lograr acuerdos negociados que reparen los daños que el infractor produjo a la víctima.

No obstante, la mediación penal en Chile es incipiente pues no ha implementado una política nacional para hacerla efectiva como si lo ha hecho con la mediación familiar.

En consecuencia a lo anterior, se observa que Chile al igual que lo que sucede en Colombia en el campo administrativo, también hace control judicial posterior en derecho civil al acuerdo a que llegan las partes, el cual una vez homologado es de obligatorio cumplimiento.

La figura del mediador, no exige alguna profesión en particular, aunque excepcionalmente en el caso de la mediación familiar, se requiere estudios en el tema de familia y menores, además el mediador debe estar inscrito en el Registro de Mediadores, contar con un espacio donde pueda llevar a cabo la mediación y que pertenezca a la jurisdicción del tribunal que conocería del conflicto.

Los términos conciliación y mediación son usados para referirse a dos modos diferentes de dirimir conflictos, en Chile se habla de la mediación, cuando las partes intentan la solución de la controversia de manera previa al proceso judicial ante un tercero neutral llamado mediador; Y el termino Conciliación es utilizado como un mecanismo para solucionar una controversia, en sede judicial cuando el juez estima que puede llamar a las partes a conciliar sus diferencias en una primera etapa dentro del proceso. La ley Colombiana utiliza la conciliación como un mecanismo alternativo para solucionar conflictos, y se denomina conciliación tanto si se intenta de manera prejudicial, o judicial pudiéndose acudir a este mecanismo en cualquier estado del proceso.

La legislación Argentina tiene la figura del profesional asistente del mediador⁵³. Dicha figura sería útil aplicarla en la legislación colombiana no solo como apoyo a los conciliadores de los centros de conciliación sino también a los funcionarios públicos que cumplen las funciones de conciliadores. De esta manera se estaría velando por la protección de los derechos de las partes de una manera mas eficiente lográndose acuerdos mas ajustados a la norma y a la realidad de las partes intervinientes.

2. OBSTÁCULOS POR LOS CUALES SON INOPERANTES LOS COMITÉS DE CONCILIACIÓN.

Al verificar el papel de los Comités de Conciliación, en la práctica se ha podido comprobar unos obstáculos, los cuales se desarrollan a continuación.

⁵³ Artículo 10 de la ley 26.589 *Actuación del mediador con profesionales asistentes*. Los mediadores podrán actuar, previo consentimiento de la totalidad de las partes, en colaboración con profesionales formados en disciplinas afines con el conflicto que sea materia de la mediación, y cuyas especialidades se establecerán por vía reglamentaria. Estos profesionales actuarán en calidad de asistentes, bajo la dirección y responsabilidad del mediador interviniente, y estarán sujetos a las disposiciones de la presente ley y su reglamentación

A. Obstáculos endógenos al Comité de Conciliación.

2.1) Temor de los funcionarios en incurrir en faltas disciplinarias, fiscales o penales por desconocimiento de la figura de la conciliación.

Los funcionarios públicos son renuentes a utilizarla conciliación extrajudicial, ésta abstención obedece a múltiples factores, siendo el más común el temor que sienten los funcionarios de los Comités de Conciliación, frente a la acción de repetición, las sanciones disciplinarias, penales y fiscales que puedan seguirse contra uno o varios funcionarios responsables de darle procedencia a una solicitud de conciliación extrajudicial. Este obstáculo está generalizado por el desconocimiento acerca del mecanismo de la Conciliación y la incompetencia de los funcionarios que tienen a cargo la dirección de los comités de conciliación.⁵⁴

La doctrina también ha percibido este problema⁵⁵, y el común denominador se exterioriza por el desconocimiento de la herramienta que ha sido mal utilizada e interpretada, De igual forma la existencia de casos pretéritos que ocasionaron condena de funcionarios; Como ejemplo DRAGACOL.⁵⁶

⁵⁴ Esta situación está dada principalmente por que los funcionarios no tienen un conocimiento amplio de lo que implica la conciliación, sus efectos, sus requisitos, pero sobre todo de los beneficios que ella comporta como un mecanismo que no solo soluciona conflictos, sino que además previene el daño antijurídico en que pueda incurrir el Estado y sus agentes, amén de la descongestión judicial y la prevención de futuros conflictos jurídicos.

⁵⁵ En el mismo sentido (Rey, 2010) indica : aún subsiste en nuestro medio, el mito según el cual, lo mejor para los miembros del comité es no conciliar, porque así no comprometen su responsabilidad personal, disciplinaria, fiscal, e incluso se suele temer a una eventual acción de repetición en su contra. (p.71)

⁵⁶ En el mismo sentido Gutierrez, 2010 indica: Los miembros de los Comités de Defensa Judicial y de Conciliación de las entidades públicas, como consecuencia de conciliaciones nefastas en los casos de Dragacol y COMMSA prefirieron adoptar una política de no conciliación para evitar, a futuro, ver comprometida su responsabilidad. La decisión de no conciliar se convirtió en una simple política ya trazada por los miembros de los respectivos comités.

Este temor es de los más difíciles de superar por parte de los miembros de los comités de conciliación, quienes la mayoría de las veces no están preparados en el temario conocen las verdaderas implicaciones de la conciliación, convirtiéndose en un obstáculo para el desarrollo de la esta figura jurídica, como mecanismo alternativo para solucionar conflictos.

2.2) Politización del Comité de Conciliación.

De conformidad con el artículo 17 del decreto 1716 de 2009⁵⁷, en concordancia con lo previsto en el DUR 1069 de 2015 parágrafo 2° del artículo 2.2.4.3.1.2.3⁵⁸. El Comité de Conciliación, estará integrado además del Director, Gerente o Representante Legal de la entidad o su delegado, por Funcionarios del nivel directivo....

En la práctica es poco funcional que los Comités de Conciliación estén integrados por funcionarios que ostenten el cargo de Director, Gerente o Jefe y además sean los únicos con voz y voto, pues en las entidades Públicas los funcionarios del orden directivo, son de libre nombramiento y remoción, y su vinculación con la entidad en la mayoría de los casos obedece a razones políticas, esto afecta la imparcialidad de criterio frente a la toma de decisiones al interior del Comité en aspectos tales como conciliar o no un determinado asunto, o iniciar o no una acción de repetición, etc. desvirtuando el fin para el cual fue creada esta instancia administrativa.

⁵⁷ Decreto 1716 de 2009 art. 17 **Integración.** El Comité de Conciliación estará conformado por los siguientes funcionarios, quienes concurrirán con voz y voto y serán miembros permanentes: 1. El jefe, director, gerente, presidente o representante legal del ente respectivo o su delegado. 2. El ordenador del gasto o quien haga sus veces. 3. El Jefe de la Oficina Jurídica o de la dependencia que tenga a su cargo la defensa de los intereses litigiosos de la entidad. En el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, concurrirá el Secretario Jurídico o su delegado. 4. Dos (2) funcionarios de dirección o de confianza que se designen conforme a la estructura orgánica de cada ente.

⁵⁸ DUR 1069 de 2015 Parágrafo 2. El comité podrá invitar a sus sesiones a un funcionario de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, quien tendrá la facultad de asistir a sus sesiones con derecho a voz.

Resultado de esto, es que no se concilia cuando el interesado es un contradictor político del Representante Legal de la entidad o cuando simplemente no está dentro de sus allegados, contrario sensu, si el interesado en la conciliación es un “amigo” o un allegado a la Administración entonces si será procedente la conciliación.

Esta mala práctica se utiliza para beneficiar a unos pocos, atendiendo criterios subjetivos basados en la amistad o cercanía con la Administración de turno, dejando de cumplir con la labor que imprimió el legislador, esto es, la prevención del daño antijurídico y la defensa de los intereses de la entidad.

2.3) Ausencia de protocolos:

Los Comités de Conciliación como instancia administrativa creados para estudiar la viabilidad o no de una solicitud de conciliación, no disponen al interior de su organización de un protocolo que permita a los integrantes de una forma rápida y eficiente saber qué decisión tomar frente a determinados casos similares estudiados con anterioridad, teniendo como referencia la jurisprudencia y doctrina.

2.4) Falta de permanencia de los integrantes del comité.

Este obstáculo va de la mano con la politización del comité de conciliación y la razón obedece a que la norma establece que la integración del mismo estará dada por el Representante Legal de la Entidad llámese Director, Gerente, Jefe, Gobernador o Alcalde, y además el Jefe de la Oficina Jurídica, el funcionario encargado de la ordenación del gasto, y dos funcionarios más de

dirección y confianza dentro de la entidad, todos los cuales tienen una vinculación laboral de libre nombramiento y remoción, designados por el representante legal de la entidad, situación que afecta la imparcialidad y la permanencia de los integrantes, perturbando la continuidad de los procesos que se llevan al interior del comité; así como desconocimiento de las políticas del mismo, perdiéndose de esta manera el hilo conductor de las solicitudes de conciliación.

2.5) Falta de una cultura Conciliatoria

No existe dentro de las entidades públicas una cultura conciliatoria, prueba de ello es que los organismos públicos por regla general no concilian o esperan que los demanden por cuanto los funcionarios públicos no quieren comprometerse, prefieren esperar una sentencia que condene la entidad y les ordenen reconocer una situación jurídica, una suma de dinero o una indemnización.⁵⁹

Aun así después del amplio desarrollo legal y jurisprudencial acerca de la conciliación como mecanismo para solucionar conflictos y prevenir el daño antijurídico, se sigue imponiendo la cultura de la litigiosidad, lo que resulta lesivo para las entidades, pues el pago de una sentencia después de un largo proceso judicial es mucho más oneroso que un acuerdo conciliatorio.

B). Obstáculos exógenos al Comité de Conciliación.

2.6) Solicitud de conciliación presentada sin el lleno de los requisitos legales.

⁵⁹En el mismo sentido lo establece Gutierrez, 2010 cuando afirma: Además para el éxito de la conciliación se requiere dejar de lado la preponderancia de la administración, dejar de lado el supuesto según el cual, el Estado tenía la virtud de imponerse a los particulares sin contraprestación alguna con exceso de poderes exorbitantes. Esta concepción no permite un buen desarrollo de la conciliación, porque no es posible partir de la superioridad de una de las partes al momento de utilizarla. (...) los representantes de las entidades públicas, deben dejar de creer que es mejor esperar una sentencia judicial que comprometer el patrimonio público y disponer de éste utilizando la conciliación (p.p.504-505).

Esto sucede cuando las solicitudes de Conciliación son presentadas con falencias tales como indebida representación de una de las partes configurándose una falta de legitimación en la causa por activa o por pasiva.

En cuanto a representación de la entidad como persona jurídica de derecho público está legitimado para ello su representante legal, esto es el alcalde, gobernador, director, gerente etc. el cual puede actuar por ministerio de la ley ya que no requiere autorización expresa para ello, no sucede lo mismo con las personas jurídicas de derecho privado, quienes deberán adjuntar los documentos que demuestran la calidad de representante legal de la persona jurídica de derecho privado, en todo caso, ambas partes deben estar representadas por abogado expresamente facultado para conciliar.⁶⁰

En lo concerniente a los municipios y distritos, el representante legal será el Alcalde por mandato expreso del artículo 84 de la ley 136 de 1994. En cuanto a los Departamentos, su representante legal será el Gobernador por mandato constitucional, establecido el artículo 303 de la carta política de 1991.

De igual manera se configura este obstáculo cuando el peticionario no cumple con los demás requisitos establecidos en el artículo 6 del decreto 1716 de 2009⁶¹, evento en el cual, el

⁶⁰ Al respecto Robles, 2012 afirma: La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 29 de mayo de 1999 estableció que las funciones de ejecución administrativa y representación judicial no están sometidas a la circunstancia que el ente respectivo goce o no de personería jurídica. Por otra parte, teniendo en cuenta que la personería jurídica y la representación no tienen rango constitucional sino legal, corresponde a la ley regularla. En tal sentido, el artículo 159⁶⁰ del código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo regula la representación de las personas jurídicas de derecho público para fines judiciales (p.145).

⁶¹ Artículo 6°. *Petición de conciliación extrajudicial*. La petición de conciliación o extrajudicial podrá presentarse en forma individual o conjunta por los interesados, ante el agente del Ministerio Público (reparto) correspondiente, y deberá contener los siguientes requisitos: a) La designación del funcionario a quien se dirige; b) La individualización de las partes y de sus representantes si fuere el caso; c) Los aspectos que se quieren conciliar y los hechos en que se

Ministerio Público otorgará un plazo para subsanar, de no corregirse, se entenderá que no existe ánimo conciliatorio de su parte, se declarará fallida la conciliación y se expedirá la respectiva constancia. Parágrafo 1º del artículo 6 del decreto 1716 de 2009⁶².

De igual manera, cuando se presentan las solicitudes de conciliación extrajudicial, y no se aportan pruebas suficientes que permitan comprobar los supuestos de hecho que fundamentan la solicitud de conciliación.

Es fundamental este requisito pues el Juez que haya de aprobar la conciliación, solo puede hacerlo si aparecen debidamente acreditados en el expediente de conciliación los hechos que sirven de soporte a las pretensiones conciliadas. (Hincapié, 2013, p.913).

La ley no establece un límite en cuanto a la cantidad de medios probatorios que se pueden aportar para demostrar la existencia de los supuestos de hecho que fundamentan la conciliación,

fundamentan; d) Las pretensiones que formula el convocante; e) La indicación de la acción contencioso administrativa que se ejercería; f) La relación de las pruebas que se acompañan y de las que se harían valer en el proceso; g) La demostración del agotamiento de la vía gubernativa, cuando ello fuere necesario; h) La estimación razonada de la cuantía de las aspiraciones; i) La manifestación, bajo la gravedad del juramento, de no haber presentado demandas o solicitudes de conciliación con base en los mismos hechos; j) La indicación del lugar para que se surtan las notificaciones, el número o números telefónicos, número de fax y correo electrónico de las partes. k) La copia de la petición de conciliación previamente enviada al convocado, en la que conste que ha sido efectivamente recibida por el representante legal por quien haga sus veces, en el evento de que sea persona jurídica, y en el caso de que se trate de persona natural, por ella misma o por quien esté facultado para representarla; l) La firma del apoderado del solicitante o solicitantes

⁶² Decreto 1716 de 2009. Art 6. Parágrafo 1º. En ningún caso se podrá rechazar de plano la solicitud por ausencia de cualquiera de los requisitos anteriores. En este evento, el agente del Ministerio Público informará al interesado sobre los requisitos faltantes para que subsane la omisión, si no lo hiciere se entenderá que no existe ánimo conciliatorio de su parte, se declarará fallida la conciliación y se expedirá la respectiva constancia

siempre que los medios probatorios allegados sean necesarios, pertinentes y conducentes a demostrar los hechos materia de conciliación.⁶³

2.7) Solicitud de conciliación cuando ha operado la caducidad de la acción.

Otro obstáculo a la hora de efectuar la solicitud de conciliación extrajudicial, es el hecho de que quien la solicita no tiene en cuenta la caducidad de las acciones contencioso administrativas, por lo tanto, no es posible solicitar una conciliación extrajudicial, cuando la correspondiente acción ha caducado.

Para entender el fenómeno de la caducidad, es necesario definir primero el alcance de la acción o el derecho de accionar desde el punto de vista procesal.⁶⁴

Ahora bien, ese derecho de acción no es indefinido en el tiempo, por lo tanto la pasividad del interesado en hacer valer su derecho trae consecuencias que atañen al campo de la efectividad del derecho sustancial, es ahí cuando hablamos de la caducidad de la acción.⁶⁵

⁶³En el mismo sentido lo establece García, s.f. Una de las mayores diferencias que se pueden hallar entre la conciliación extrajudicial en derecho para lo contencioso administrativo e idéntico acto para todas las demás áreas, se da por el lado probatorio. En efecto, mientras que frente a todas las demás el tema de pruebas queda un poco bajo querer del conciliador, aquí, en lo contencioso administrativo éstas resultan ser un asunto necesario e indispensable. (p.250).

⁶⁴Blanco, 2002 establece al respecto: Por ella (acción), entendemos el *derecho público subjetivo que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión mediante un proceso.*(p.278).

⁶⁵En palabras de Blanco, 2002: la caducidad la consagra la ley en forma objetiva para la realización de un acto jurídico o un hecho, de suerte que el plazo prefijado solo indica el límite de tiempo dentro del cual puede válidamente expresarse la voluntad inclinada a producir el efecto de derecho previsto.

Corolario de lo anterior, al solicitar la conciliación extrajudicial, es necesario que la acción de cara a la interposición del medio de control (controversias contractuales) no haya caducado so pena de que se genere el rechazo de la misma, habida cuenta que no se podría exigir la efectividad del derecho mediante pronunciamiento judicial. Además, cuando estamos frente a un plazo de caducidad, el mismo no es susceptible de modificarse por las partes, pues se trata de normas de orden público.

2.8) Ausencia de comunicación entre los funcionarios y el comité de Conciliación.

Así mismo, existen otros obstáculos que provienen de los funcionarios de la entidad, como la falta de compromiso, comunicación y empoderamiento del jefe de la oficina de Contratación con el Comité de Conciliación, pues nunca acuden a éste, a efectos de que mediante el mecanismo de la conciliación se logre evitar un proceso judicial futuro en lo que atañe a situaciones que se presentan durante la ejecución de los contratos.

2.9) Falta de diligencia de los supervisores o interventores del contrato.

El seguimiento y vigilancia de la ejecución del contrato, la ley 80 establece esta obligación de una manera muy genérica, el numeral 1 del artículo 14⁶⁶ del estatuto, en concordancia con lo

⁶⁶Artículo 14. de los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato: 1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato.

previsto en el numeral 1 del artículo 26 ⁶⁷, no establecieron la manera o las herramientas para cumplir con el seguimiento y vigilancia de la ejecución del contrato, sin embargo, el artículo 83 del estatuto anticorrupción ley 1474 de 2011 ⁶⁸, alude a la obligación de supervisión y vigilancia en la ejecución de los contratos por parte de las entidades con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción, tutelar la transparencia de la actividad contractual y establecer la interventoría y la supervisión para llevar a cabo esta obligación de vigilancia por parte de la entidad ⁶⁹.

Los incisos 2 y 3 del artículo 83 de la ley 1474, definen el alcance y la aplicación de la figura de la supervisión y la interventoría, estableciendo que la supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados.

La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la

⁶⁷ artículo 26. del principio de responsabilidad. en virtud de este principio: 1o. los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad

⁶⁸ artículo 83. supervisión e interventoría contractual. con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda.

⁶⁹ Como lo establece Beltrán, 2015: De manera muy dicente, el Estatuto Anticorrupción enmarca el tema del seguimiento contractual dentro del principio de “moralidad administrativa” como desarrollo conceptual de lo previsto en el artículo 209 de la Constitución Política (...) la norma referida (artículo 83 del estatuto anticorrupción) establece que el seguimiento contractual como género que es, puede concretarse a través de las especies de la supervisión y de la interventoría. (p.256).

complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. No obstante lo anterior, cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, y jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría.

El artículo 84 de la ley 1474 de 2011,⁷⁰ establece que la supervisión y la interventoría implican el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista.

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, mediante circular externa No. 009 del 11 de marzo de 2015, establece:

Se entiende que los representantes legales de las entidades del Estado ejercen el control integral de la actividad contractual soportada en los conceptos y dictámenes periódicos o extraordinarios que deben rendirles los funcionarios y/o contratistas a quienes corresponde intervenir en cada una de las etapas del contrato. Así, pues, quienes tienen inmediatez con el proceso de contratación y con el contrato mismo están obligados a rendir informe de sus actividades, del estado de los asuntos a su cargo y a reportar sus hallazgos de orden técnico,

⁷⁰ **artículo 84. facultades y deberes de los supervisores y los interventores.** la supervisión e interventoría contractual implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista.

Los interventores y supervisores están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, y serán responsables por mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente.

jurídico, administrativo u operativo al jefe de la entidad o a su delegado y son responsables por la veracidad y consistencia de la información que reporten, en tanto que quienes ejerzan el control de los procesos contractuales son los llamados a adoptar, oportunamente y con base en los avisos que les comuniquen los primeros, las medidas y correctivos pertinentes para garantizar la cumplida ejecución de la actividad contractual.

Cuando hay falta de diligencia de los supervisores e interventores de los contratos, esto es, cuando no informan a la entidad sobre la omisión o incumplimiento en la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista que ponga en riesgo la correcta ejecución del contrato, constituye falta gravísima al tenor de lo dispuesto en el párrafo del artículo 84 de la ley 1474 de 2011.⁷¹

3.0) Se presentan solicitudes de conciliación con peticiones que implican juicios de legalidad del contrato (existencia, validez, nulidad) o actos que expide la administración en ejercicio de las potestades exorbitantes frente a los cuales no tiene competencia el Comité de Conciliación.

Las solicitudes de conciliación sobre asuntos en que se debate la validez, existencia, y nulidad del contrato, así como los actos administrativos que comportan el uso de facultades excepcionales del Estado, y que en cumplimiento del requisito de procedibilidad, tenga que intentarse la conciliación extrajudicial ocasionan un desgaste administrativo, pues el comité de

⁷¹Ley 1474 de 2011, Artículo 84 párrafo 1: (...) También será falta gravísima omitir el deber de informar a la entidad contratante los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando se presente el incumplimiento.

conciliación no es competente para definir si se concilia o no sobre esos temas, ya que se trata de un juicio de validez del cual es competente el juez administrativo; además de lo anterior, las solicitudes frente a esos asuntos crean una traba para acudir ante la jurisdicción contenciosa, pues en últimas, es ésta la llamada a definir la controversia. En consecuencia la pretensión que busca la declaración de nulidad del contrato no es susceptible de conciliación porque lo que allí se discute es la legalidad, y sobre la legalidad no es posible disponer (Gutierrez, 2010).⁷²

En el régimen de los contratos estatales, las causales de nulidad absoluta se encuentran establecidas en el artículo 44 de la ley 80 de 1993, así como las dispuestas en el derecho común. Torrado, 1997 : expresa

El acto nulo es el que tiene existencia jurídica, y concurren todos los requisitos necesarios para su formación, pero no todos los requisitos necesarios para su validez .(...)

Arturo Alessandri Rodriguez manifiesta las “condiciones de validez son aquellas que son necesarias para la existencia del acto jurídico, y producen efectos civiles”; (...) voluntad sin vicios, capacidad, causa lícita, objeto lícito, y por último la ausencia de condiciones de validez acarrea la nulidad del acto. (p.p.27-28).⁷³

⁷² Así mismo lo expresa Montes, 1992: Es imposible la transacción por lo que respecta a la validez o invalidez de un acto administrativo, por que solo le compete o a la administración misma a través de los recursos de la vía gubernativa o a la Jurisdicción Contencioso Administrativa por medio del control de legalidad de los actos administrativos, su revisión, autoridades que no pueden hacer “concesiones” por no ser negociable ni disponible la aplicación de la legalidad misma (p.152).

⁷³ En decir “los requisitos de validez del contrato son los mismos de la existencia pero cualificados”. (Upegui, 1992, p.38).

Es necesario tener en cuenta que el contrato estatal es solemne, según lo establecido por el artículo 39 de la ley 80 de 1994⁷⁴, debe constar por escrito, artículo 41⁷⁵, para que se entienda perfeccionado.⁷⁶

Ahora bien, en cuanto a las facultades excepcionales del estado, son definidos por la doctrina como “ las potestades creadas por el legislador para que la administración pueda cumplir los fines de interes general y de servicio público”. (Jaramillo, 2015, p.629), dichos poderes son desarrollados en los numerales 1° y 2° del artículo 14 de la ley 80,⁷⁷ y el fundamento para su estipulación en materia contractual obedece a la necesidad de cumplir los fines de la contratacion.⁷⁸

⁷⁴ Ley 80 de 1993 artículo 39. de la forma del contrato estatal. los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad. las entidades estatales establecerán las medidas que demande la preservación, inmutabilidad y seguridad de los originales de los contratos estatales.

⁷⁵ Ley 80 de 1993 artículo 41. del perfeccionamiento del contrato. los contratos del estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

⁷⁶ como lo manifiesta Garcia, 2013 Para que el contrato exista y se perfeccione solo se requiere el acuerdo de voluntades sobre el objeto y la respectiva contraprestación y que la misma se eleve a escrito, en tanto para su ejecución, por regla general se requiere de la presentación, aprobación de las pólizas, garantías y de la existencia de las disponibilidades Presupuestales⁷⁶. (p.166). En el mismo sentido lo establece Expósito, 2003 cuando afirma que: En el artículo 41, ECE también fija la exigencia de reducir a escrito el acuerdo logrado entre las partes en torno al objeto del contrato y la contraprestación que recibirá el contratista. Estos imperativos podrían otorgarle en principio el carácter de formal o solemne al contrato de la Administración, toda vez que se impone el cumplimiento efectivo de los preceptos legales referidos a esta cuestión, condicionando su validez e incluso su existencia (p.239)

⁷⁷ Ley 80 artículo 14. De los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual: 1°: Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. 2°: Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad.

⁷⁸ tal como lo ratifica Matallana, 2009: Se le otorgarán a las entidades estatales herramientas que les permitan garantizar la adecuada prestación del servicio público (...) en consecuencia con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado. (p.814). En el mismo sentido establece

Estas facultades excepcionales son verdaderas prerrogativas de la administración y como tal no pueden ser disponibles por las partes, así las cosas, no es procedente que se agote la conciliación como requisito de procedibilidad ni como mecanismo alternativo de solución de conflictos cuando el conflicto se trate sobre el ejercicio de dichas facultades excepcionales por parte del Estado.

3. PROPUESTAS PARA QUE EL COMITÉ DE CONCILIACIÓN CUMPLA CON EL PAPEL PARA EL QUE FUÉ CREADO.

3.1 Implementar una cultura de la conciliación:

Es necesario fomentar una cultura de la conciliación en nuestro país, para lo cual es imperioso capacite a los funcionarios de todos los niveles en las entidades del Estado, sobre los beneficios y alcances de la figura de la conciliación como mecanismo ya no alternativo sino necesario para solucionar conflictos. A este respecto no solo basta con volverla requisito de procedibilidad, sino que es forzoso que se amplíe la visión a los funcionarios públicos sobre lo que comprende la conciliación, pues muchas veces su efectos y alcances no están claros, volviéndose inútil y quedando corta su aplicación, por cuanto emplean el requisito de procedibilidad en la conciliación como un exigencia más, sin atender el verdadero espíritu de las normas que

Moreno, 2013 que Las cláusulas excepcionales al Derecho común son prerrogativas que ostenta la administración pública, dentro de la relación jurídica contractual, y que conllevan a privilegiar a uno de los sujetos de la relación negocial, bajo criterios de interés público o por decisión del legislador. Han sido concebidas como poderes derivados de la exorbitancia reconocida a la administración pública, en el ejercicio de su función administrativa, con el fin de salvaguardar el interés público o garantizar el cumplimiento de las finalidades del Estado (p.p.101, 102).

reglamentan esta importante figura, como es la de proteger el patrimonio público, prevenir el daño antijurídico y lograr la descongestión judicial.⁷⁹

Es importante que las entidades del Estado capaciten a sus funcionarios, especialmente a los que integran el Comité de Conciliación por cuanto se está perdiendo la posibilidad de ser la Conciliación un mecanismo que descongestione los despachos judiciales y proteja el patrimonio público, pues sin duda, presenta más beneficios que inconvenientes. La Corte Constitucional expresa lo que significa conciliar:

(i). contribuye a la descongestión de los despachos judiciales; (ii) favorece la efectiva protección de los derechos humanos; (iii) facilita la participación de las partes en la solución de sus disputas ante el ejercicio de una figura auto compositiva y estimula la convivencia pacífica; (iv) permite la fijación del litigio; (v) genera un ahorro patrimonial para las entidades públicas, ahorro que se manifiesta en tres aspectos; pues no solo con el acuerdo conciliatorio se desembolsa una menor cantidad de dinero respecto de aquella que iba a ser determinada en la sentencia, sino que se ahorra el costo de atención al proceso judicial y quizás lo más significativo, se evita la condena en costas, pues de conciliarse la controversia, el juez la aprueba mediante auto interlocutorio y no mediante sentencia. (Serrato, Puyo Luz Aurelia, Gomez , Losada, & Salazar, 2015, p.590).

Es importante que los comités de conciliación procuren dirimir las diferencias surgidas con ocasión de la actividad contractual utilizando el mecanismo de la conciliación buscando proteger así la ejecución del contrato, cumpliendo los fines que con él se buscan, que son la satisfacción

⁷⁹ Eso significa, la aceptación de una nueva cultura en la cual se desplaza todo ánimo litigioso (...) Acá lo que se exige será pasar del genérico concepto de confrontación al concreto de justicia por consenso donde, además de posibilitarse la descongestión de los despachos judiciales, será el propio Estado quien así envíe un claro mensaje de tolerancia, respeto por la diferencia y dialogo como herramienta eficaz para superar contradicciones. (García, s.f. P.237).

del interés general, la continua prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados. Así mismo descongestionar los despachos judiciales con la resolución del conflicto entre las partes mediante la conciliación.

3.2).Construir protocolos al interior del Comité de Conciliación.

Es necesario y obligatorio que se cree al interior del comité unos parámetros o protocolos, que permitan plantear una posible solución frente a cada uno de los asuntos que conoce el Comité de Conciliación, de cara a las solicitudes de conciliación judicial y extrajudicial que se le puedan presentar;lo anterior atendiendo la normatividad vigente sobre el tema, las sentencias de unificación del Consejo de Estado, los pronunciamientos de la Corte Constitucional, así como también las directrices impartidas en las circulares, resoluciones, directivas emanadas de la Procuraduría, la Presidencia y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica, teniendo las reglas claras y precisas sobre las posibles soluciones al tema, se plantea un escenario más seguro para que los integrantes del Comité de Conciliación puedan tomar la decisión de conciliar frente a un caso en particular y se promueva así la conciliación prejudicial como primer paso para buscar un menor impacto fiscal para la entidad, siempre que la solicitud de conciliación tenga un respaldo probatorio suficiente y que se vislumbre sin duda una condena futura para la entidad, y no solo se mire la conciliación como un simple requisito previo antes de acudir a la jurisdicción Administrativa.

3.3Modificar la integración del Comité de Conciliación:

Es importante modificar la integración del Comité de Conciliación, lo anterior obedece a que en la realidad no es práctico que sean los directores o jefes de las oficinas quienes lo compongan, pues en las entidades públicas los funcionarios del orden directivo, su vinculación laboral es

delibre nombramiento y remoción, lo cual hace que no haya una continuidad en los cargos y permanencia de los integrantes que toman decisiones dentro del Comité, así mismo en muchas ocasiones su vinculación es basada en razones políticas, lo cual riñe con un criterio sano e independiente frente a la toma de decisiones al interior del Comité en aspectos tales como conciliar o no un determinado asunto, o iniciar o no una acción de repetición, desvirtuando el fin para el cual fue creada esta instancia administrativa.

Se propone que los integrantes del Comité sean funcionarios permanentes, es decir de Carrera Administrativa en la Entidad, para ello es necesario que el Departamento Administrativo de la Función Pública cree los cargos dentro de la planta de personal, que asuman las funciones del Comité de Conciliación, incluyendo dentro de ellos el de Director de dicho Comité, cuyo nivel sea profesionales especializados conocedores del tema, y jerárquicamente tengan un nivel importante dentro de la Entidad.

Es importante que los integrantes del Comité de Conciliación tengan conocimientos y experiencia en el manejo de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, especialmente en la conciliación por cuanto las funciones que debe cumplir el comité están dirigidas al estudio y análisis de las políticas de prevención del daño antijurídico así como decidir la procedencia de la conciliación u otro mecanismo alternativo de solución de conflictos, lo cual requiere conocimientos específicos sobre estos temas para que la conciliación sea eficaz en la descongestión judicial así como la prevención del daño antijurídico y no sea simplemente una etapa procesal que toca agotar para poder acceder a la vía judicial.

El parágrafo 2 del artículo 17 del decreto 1716 de 2009, establecía que el Comité de conciliación podrá invitar a sus sesiones a un funcionario de la Dirección de Defensa Jurídica del Estado del

Ministerio del Interior y de Justicia, quien tendrá la facultad de asistir a sus sesiones con derecho a voz, disposición que se reiteró en el artículo 2.2.4.3.1.2.3 del decreto 1069 de 2015.

Posteriormente el párrafo 2° del artículo 2 del decreto 1167 del 19 de julio de 2016⁸⁰ establece que los comités de conciliación de entidades y organismos del orden nacional podrá invitar a sus sesiones a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado quien podrá participar cuando lo estime conveniente con derecho a voz y voto situación que permite una mayor participación de la Agencia en los asuntos objeto de estudio por los comités de conciliación de las entidades del orden nacional.⁸¹

En cuanto a los comités de conciliación de los municipios de 4ª, 5ª y 6ª el comité de conciliación estará conformado solo por el Alcalde, el Jefe de la Oficina Jurídica a quien se le asigne la función de la defensa judicial del Municipio y el encargado del manejo de presupuesto.⁸² La Agencia Nacional de Defensa Jurídica presta asesoría en cuanto a la defensa judicial en estos Municipios.

3.4 Empoderar a los funcionarios encargados de dirigir y seguir el proceso contractual.

Es necesario empoderar en el tema de la conciliación prejudicial y de los Comités de Conciliación a los jefes de la oficina de contratación y a los supervisores de los contratos, con el fin de darles a conocer esta instancia administrativa, competente para conocer de los asuntos que

⁸⁰ Mediante el cual se modifica el artículo 2.2.4.3.1.2.3 del decreto 1069 de 2015 que trata de la integración del Comité de Conciliación.

⁸¹ Al respecto ver decreto 4085 de 2011 art. 6 que además le asigna a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica en su numeral (viii) la función de actuar como mediador en los conflictos que se originen entre entidades y organismos del orden nacional. Y hacer seguimiento al debido ejercicio de la acción de repetición por las entidades del orden nacional y dar instrucciones a las entidades para que de conformidad con la ley instauren acciones de repetición por el pago de sentencias y conciliaciones causadas por dolo o culpa grave de los agentes del Estado.

⁸² El párrafo 3 del artículo 2° del decreto 1167 de 2016 establece: En lo que se refiere a la integración de los comités de conciliación de los municipios de 4ª, 5ª y 6ª categoría se deberá aplicar lo dispuesto en el Párrafo 2° del artículo 47 de la Ley 1551 de 2012, para los efectos de que tratan los artículo 46 y 48 ibídem.

en desarrollo de la actividad contractual, puedan generar una demanda contra la entidad en ejercicio del medio de control de controversias contractuales. Por lo anterior, es imperioso que acudan al Comité de Conciliación ante cualquier evento que amenace la ejecución de los contratos ya sea por incumplimiento, falta de liquidación o si es necesaria la revisión del mismo.

Para lograr una comunicación acertada entre estos funcionarios y los integrantes del Comité de Conciliación es preciso que se implemente dentro de las funciones del jefe de contratación, de los supervisores e interventores, reuniones periódicas a efectos de comunicar y socializar con el Comité de conciliación los problemas que han observado en la ejecución de los contratos que puedan ocasionar un posible incumplimiento en la ejecución del mismo, de igual manera, en el evento que no haya podido liquidarse un contrato bilateral o unilateralmente, dicha situación se ponga en conocimiento del Comité, para que pueda obtenerse mediante el trámite de la conciliación, previniendo de esta manera futuros litigios en lo que atañe a la ejecución del contrato.

3.5) Acudir a la jurisprudencia de las altas cortes en casos similares

Es obligatorio acudir a la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional frente a casos con igualdad de supuestos fácticos cuando los funcionarios de los comités de conciliación decidan la procedencia o no de una solicitud de conciliación extrajudicial, lo anterior atendiendo lo previsto en el artículo 10 de la ley 1437 de 2011⁸³, el cual

⁸³ Artículo 10. Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. <artículo condicionalmente exequible> al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del consejo de estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

establece que las autoridades aplicaran las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias, de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos, y además deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten, y apliquen esas normas, de manera preferente las decisiones de la Corte Constitucional, sentencia C-634 de 2011, declaró exequible el artículo 10 mencionado. Así las cosas, la jurisprudencia se convierte en una herramienta útil y necesaria a la hora de tomar una decisión frente a un caso concreto dando una pauta fundamental al resolver las controversias.

3.6) Que se aclare y reforme el agotamiento de la conciliación como requisito de procedibilidad cuando se trate de juicios de validez del contrato, o cuando se trate de actos expedidos en ejercicio de las potestades excepcionales.

Habida cuenta de que los asuntos en que se debate la validez, existencia, y nulidad del contrato, así como los actos administrativos que comportan el uso de facultades excepcionales del Estado son de conocimiento del juez administrativo, no debe ser obligatorio agotar la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad cuando la controversia contractual se basa en este tipo de actos, en su lugar debe preverse que por la naturaleza de los mismos, el particular interesado puede ejercer su derecho sin dilaciones acudiendo de una vez en ejercicio de la acción contractual ante el juez de conocimiento.

En ese sentido debe reformarse y aclararse la legislación que actualmente exige el agotamiento del requisito de procedibilidad en toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a controversias contractuales, cuando se debate sobre la validez, existencia y nulidad de

los contratos, por cuanto es competencia única y exclusiva del juez del contrato quien puede anularlo por razones de ilegalidad.⁸⁴

La declaratoria de nulidad del contrato y la terminación del mismo, es un asunto de competencia exclusiva de los jueces, por lo tanto al presentarse una causal de nulidad, la única actuación procedente por parte de la entidad es terminar el contrato en el estado en que se encuentre.⁸⁵

Lo anterior hace referencia a que la facultad de terminación unilateral por nulidad, procede únicamente en los tres casos establecidos en el inciso 2° del artículo 45 de la ley 80 de 1993.⁸⁶ Cuando el contratista incurra en violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, celebración del contrato contra expresa prohibición constitucional o legal, o cuando se declaran nulos los actos en los cuales se fundamentó.

Dicha facultad de terminación unilateral no subsiste en el evento que se configure otra causal de nulidad, así sea de las generales para todo acto administrativo, como por ejemplo cuando exista objeto ó causa ilícita, Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo sección tercera sentencia 02 de mayo de 2013, expediente 21024, M.P. Mauricio Fajardo:

“Como ha quedado ampliamente señalado, la terminación unilateral de que trata el artículo 45 de la Ley 80, únicamente podría abrirse camino en cuanto se hubiere configurado una cualquiera de las causales de nulidad absoluta consagradas en los numerales 1, 2 y 4 del citado artículo 44 de la

⁸⁴En el mismo sentido Berrocal, 2003 afirma: En Colombia, la nulidad de los actos administrativos no existe en sí misma (per se), o sea que no opera de jure, sino como resultado de la declaración del Juez en tal sentido, la cual requiere solicitud de parte a través de acción contencioso administrativa. (p.319).

⁸⁵Al respecto afirma Robles, 2012: La declaratoria de nulidad de los contratos corresponde exclusivamente a los jueces (...) declarada la nulidad del contrato y ejecutoriada la providencia judicial que la ordena, la entidad estatal debiera suspender su ejecución, y proceder a su liquidación inmediata, (...) la entidad estatal no está facultada para declarar la nulidad del contrato, sino para proceder a su terminación cuando concurren algunas de las causales indicadas. (p.p. 717-718).

⁸⁶El inciso 2° del artículo 45 prescribe que 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 contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.

misma Ley 80⁸⁷, al paso que la declaratoria judicial de nulidad absoluta de un contrato estatal, podría encontrar fundamento en cualquiera de las causales de nulidad absoluta consagradas en el derecho común (artículo 1742 C.C.)⁸⁸, o en cualquiera de las causales de nulidad absoluta consagradas en los numerales 1, 2, 3, 4 y 5 del aludido artículo 44 del estatuto de contratación estatal”.

Como se concluye, lo maximo que puede hacer la Entidad en el evento de configurarse una causal de nulidad de las previstas en los numerales 1,2 y 4 del articulo 44 de la ley 80 es terminar unilateralmente el contrato sin entrar a pronunciarse acerca de la nulidad del mismo, por cuanto el juicio de validez del contrato es competencia única y exclusivamente del juez de conocimiento al cual se acude mediante el ejercicio de la accion contractual.⁸⁹

⁸⁷ Ley 80 de 1993 Artículo 44º.- *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 incurras 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.

⁸⁸ Las causales de nulidad en el código civil se encuentran establecidas en el artículo 1741 así: 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

⁸⁹ Sobre este tema, el Consejo de Estado ha establecido : La administración no concilia sobre la legalidad o ilegalidad del acto administrativo, sólo respecto a sus efectos económicos cuando advierte la ilegalidad manifiesta del mismo, determinación que debe ser avalada por el Juez de lo Contencioso Administrativo al revisar el acuerdo conciliatorio, por ser el llamado a establecer de forma definitiva la conformidad de la decisión administrativa con el ordenamiento jurídico.(C.E sentencia 20 de enero de 2011 exp.1823-09 sección segunda subsección B.

En lo que atañe a los poderes exorbitantes, cuando el Estado los aplica produce una decisión que se materializa en un acto administrativo, que solamente puede ser impugnado ante la jurisdicción contencioso administrativa, no puede ser disponible por las partes, por la regla de competencia establecida en la Constitución y la ley para dilucidar su legalidad, siendo de orden público y por ende intransigible.

“La doctrina igualmente ha manifestado que no todas las controversias que se susciten entre la administración y los particulares pueden ser objeto de conciliación o de transacción, puesto que de ello deben excluirse aquellas controversias o discrepancias que tengan relación directa con los poderes y prerrogativas propias del poder público, de las cuales no puede válidamente la administración desprenderse o renunciar, en la medida en que tales poderes y facultades le son otorgadas por la Constitución y la Ley como uno de los medios para atender y satisfacer las necesidades de los administrados y, en general, para proveer a la realización de los fines esenciales del Estado, de donde surge de modo necesario e indiscutible la imposibilidad de disposición y negociación de tales materias. (Sentencia de febrero 23 del 2000, Exp. 16394, Ponente: Dr. German Rodríguez Villamizar).

Como consecuencia de lo anterior, se debe perfeccionar la reglamentación existente, en el sentido de no exigirse agotar la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad para este tipo de controversias (sobre la legalidad o no del acto o contrato, y sobre los actos producto de las potestades excepcionales), por razones de economía y celeridad; Se debe permitir que el particular interesado acuda a ejercer su derecho sin dilaciones concurriendo de una vez en ejercicio de la acción contractual ante el juez de conocimiento.

4.CONCLUSIONES

El ejercicio comparativo realizado frente a la legislación Argentina y Chilena, nos ha permitido evaluar el desarrollo que ha tenido la normatividad Colombiana y las diferencias presentadas; Así mismo analizada la práctica jurídica, aspectos legales, doctrinales y jurisprudenciales, ha concebido dar respuesta frente al tema de investigación hallando los obstáculos que impiden al Comité de Conciliación cumplir con su papel como coadyuvante para la descongestión judicial, la prevención del daño antijurídico y la protección del patrimonio público.

Nuestra legislación utiliza el término conciliación para referirse a los conflictos entre las partes antes de un proceso o dentro del mismo, en Argentina y Chile los términos conciliación y mediación son bien diferenciados de acuerdo a la oportunidad en que se intenten, siendo la mediación el mecanismo que se utiliza para solucionar los conflictos antes de iniciar un proceso, mientras que la conciliación se realiza dentro del trámite judicial. La legislación colombiana contempla la posibilidad de dirimir los conflictos entre los particulares y el Estado haciendo uso de la conciliación, en Argentina está expresamente prohibida, y en Chile aunque no la prohíbe tampoco la contempla; Esto evidencia que nuestra legislación ha tenido una evolución importante en el ámbito de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, pues a través de ellos no solo se pueden solucionar las controversias entre los particulares sino también las que se presenten entre éstos y el Estado.

Aunque la legislación colombiana ha logrado un avance significativo en este tema, vale la pena resaltar que la legislación Argentina en los conflictos entre particulares existe la figura del asistente profesional el cual apoya al mediador por sus conocimientos en disciplinas afines con el conflicto materia de mediación, por lo cual, constituye un referente valioso para el mediador en

los asuntos que debe resolver y que requieran conocimiento específicos, dicha figura podría aplicarse en Colombia como un apoyo no solamente a quienes ejercen como conciliadores de los centros de conciliación sino también a los funcionarios públicos que cumplen las funciones de conciliadores.

Para dar respuesta al planteamiento del problema de investigación logramos llegar a evidenciarlo de acuerdo al estudio íntegro, riguroso, y juicioso, a todos los aspectos que atañen a los Comités de conciliación, mediante la recolección y análisis de las normas jurídicas, la doctrina, revistas de derecho, jurisprudencia del Consejo de Estado, de la Corte Constitucional y la práctica jurídica, llegando a la conclusión que para superar los obstáculos evidenciados, es necesario realizar unos cambios sustanciales al interior de las entidades públicas y a los comités de conciliación, promoviendo una cultura conciliatoria mediante capacitaciones en los mecanismos alternativos de solución de conflictos especialmente a los empleados que desempeñan funciones conciliatorias, así como a los funcionarios de la dependencia encargada de la contratación, supervisores e interventores de los contratos. Igualmente es preciso construir al interior del comité de conciliación protocolos o directrices a seguir frente a los asuntos de su conocimiento, dichos protocolos deben elaborarse teniendo en cuenta la normatividad sobre el tema, las sentencias de unificación del Consejo de Estado, los pronunciamientos de la Corte Constitucional, y demás resoluciones y directivas de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica, la Procuraduría General de la Nación, y la Presidencia de la República.

De igual forma se hace imperioso modificar la integración del comité de conciliación para lo cual se propone que en su composición al menos 3 funcionarios tengan permanencia laboral en los cargos, es decir que estén inscritos en Carrera Administrativa, para ello el Departamento

Administrativo de la Función Pública debe crear los cargos dentro de la planta de personal que asuman las funciones del comité de conciliación dada la importancia que tiene esta instancia administrativa, haciéndose así mismo ineludible que el Director sea un funcionario del nivel profesional especializado en conciliación y jerárquicamente en un nivel importante dentro de la entidad.

Otro aspecto importante a resaltar es la comunicación entre el área de contratación de la entidad y el comité de conciliación, por cuanto los asuntos demandables en ejercicio del medio de control de controversias contractuales son los actos que se derivan de la actividad contractual, cuyas dificultades e inconvenientes en la celebración, ejecución y liquidación pueden llegar en momento dado a ser de conocimiento del comité de conciliación.

Es ineludible reformar la legislación en el sentido de exonerarse de la obligación de agotar la conciliación como requisito de procedibilidad para el ejercicio del medio de control de controversias contractuales cuando se trata de pretensiones que comprendan juicios de validez, existencia o nulidad de los actos contractuales, así como de los actos que comportan el uso de facultades excepcionales pues por su naturaleza son de conocimiento única y exclusivamente del Juez Administrativo, mantener tal exigencia ocasiona un desgaste administrativo por cuanto el Comité no es competente para decidir sobre la legalidad, validez o existencia de los actos contractuales, ni puede tampoco conciliar sobre los actos que dicte la entidad en ejercicio de las facultades excepcionales, pues se profieren como consecuencia de prerrogativas del poder público siendo de obligatorio cumplimiento, de igual forma la exigencia del agotamiento del requisito de procedibilidad ocasiona una traba al contratista o interesado en el acceso a la jurisdicción contenciosa para pedir el amparo del derecho que le ha sido trasgredido.

De lo anteriormente expuesto se infiere que el Comité de Conciliación es una instancia que cuenta con un amplio y disperso desarrollo legal, reglamentario y jurisprudencial, cuyo papel en el tema de las controversias contractuales es fundamental, en aras de prevenir el daño antijurídico salvaguardar el patrimonio público, para ello se debe acudir a una integración de las leyes, decretos, reglamentos que lleven a dar seguridad en la interpretación a los integrantes del comité a la hora de darle procedencia a una solicitud de conciliación, así como sus funciones deben estar delimitadas sin lugar a vacilaciones.

Las falencias que se han vislumbrado a lo largo de esta investigación, se pueden resumir en la falta de conocimiento y de empoderamiento de los integrantes del comité en el tema de los mecanismos de resolución de conflictos, la falta de claridad en la legislación en los temas de pretensiones que comprendan juicios de validez, existencia o nulidad de los actos contractuales, como en los que dicte la entidad en ejercicio de las facultades excepcionales, así como en la insuficiente estructuración de políticas de defensa de la entidad; Superado esto, el Comité de conciliación será eficiente y efectivo a la hora de coadyuvar a la descongestión judicial cumpliendo con el papel para el que fue creado.

BIBLIOGRAFÍA

- Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado Circular 09 del 11 de marzo . (2015). *Lineamientos sobre prevención del daño antijurídico en materia de contratación estatal y estrategias generales de defensa jurídica*. Bogotá: consultado el 10 de junio de 2016 en <http://www.defensajuridica.gov.co>.
- Algara, M. G. (2004). *Mediacion y administracion de justicia: hacia la consolidacion de una justicia participativa*. Aguas Calientes: Universidad autonoma de aguas calientes mexico.
- Aravena, C. T. (2013). El principio de voluntariedad en la legislación de mediación familiar en Chile. *Opinión Jurídica* , 115-132.
- Barrios, R. M. (2010). *Manual de Derecho Civil.De las fuentes de las obligaciones.tomo I*. Santiago: Editorial Juiridica de Chile .
- Beltrán, G. S. (2015). *Estudios de Derecho Contractual Público*. Bogotá: Legis.
- Berrocal, L. E. (2003). *Manual del Acto Administrativo*. Bogota: Libreria Ediciones del Profesional Ltda.
- Blanco, H. F. (2002). *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano parte general tomo I*. Bogotá: Dupré Editores Ltda.
- Camus, P. C. (2014). La experiencia de la mediación familiar en Chile. Elementos para una política futura. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política.*, 111-138.
- Casanova, K. H., & Tamburrino Cruz , J. (s.f.). Evolución de la resolución alternativa de controversias civiles y comerciales en Chile. En V. Autores, *Arbitraje y mediación en las Americas* (págs. 115-125). mexico: Universidad Autonoma de Nuevo León .
- Diaz, A. (2010). La Experiencia de la Mediación Penal en Chile. *Política Criminal*, 1-67.
- Expósito, J. C. (2003). *La configuración del contrato de la administración pública en Derecho Colombiano y Español. Analisis de la selección de contratistas*. Bogotá: Universidad Externado.
- Fajardo, M. (2002). *La seleccion del contratista por parte de las entidades estatales. Principios que deben orientarla.T.I BIRF.DNP*. Bogota: Giro Editores LTDA.
- Falcón, E. (2012). *Sistemas Alternativos de resolver conflictos juridicos, negociación, mediación, conciliación*. Buenos Aires: Rubinzal-culzoni Editores.
- Garcia, F. A. (2013). *Estudios de Derecho Procesal Administrativo* . Bogota: Grupo Editorial Ibañez .

- González, I. X., & Fuentealba Martinez, M. S. (2013). Mediación Penal como mecanismo de justicia restaurativa en Chile. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política* Vol. 4 No.3, 175-210.
- Gozaini, O. A. (s.f). *Mediacion y reforma procesal. la ley 24.573* .
- Gutierrez, V. P. (2010). La Conciliacion como requisito de procedibilidad en materia administrativa y aspectos puntuales en materia contractual. *X Jornadas de Derecho Administrativo. Incertidumbre en la contratacion estatal* (págs. 493-525). Bogota: Universidad Externado de Colombia.
- Hincapié, J. A. (2013). *Derecho Procesal Administrativo*. Medellin: Libreria Juridica Sanchez LTDA.
- Jaramillo, C. B. (2015). *Derecho Procesal Administrativo*. Medellin: Señal Editora LTDA.
- Matallana, E. (2009). *Manual de Contratacion de la Administracion Publica*. Bogota: Universidad Externado de Colombia.
- Montes, S. (1992). Transaccion y Conciliacion en el derecho administrativo. *Derecho Publico*, 141-157.
- Moreno, N. D. (2013). Las clausulas excepcionales en la actividad contractual de la administracion publica: ¿autonomia de la voluntad o imposicion del legislador? *Revista digital de derecho administrativo* No.10, 95-108.
- Rey, S. G. (2010). Conciliacion Extrajudicial en asuntos contencioso administrativos :hacia un nuevo paradigma. *Revista Digital de Derecho Administrativo* No. 4 universidad externado , 64.
- Robles, A. H. (2012). *Aspectos Generales de Derecho Administrativo Colombiano*. Bogotá : Grupo Editorial Ibañez .
- Rúa, A. F., & Rodriguez Juarez, M. (2009). Modos no comunes de terminacion del proceso. En *Derecho Procesal Civil II* (pág. 36). Cordoba: Alveroni Ediciones .
- Secretaria General de la Presidencia . (s.f.). *Constitución Política de la República de Chile* . <http://vlex.com/vid/decreto-100-fija-texto-refundido-chile: VLEX-238926458> .
- Serrato, R., Puyo Luz Aurelia, Gomez , L. F., Losada, N., & Salazar, Y. (2015). *Conciliacion Extrajudicial en asuntos de lo contencioso Administrativo*. Legis.
- Torrado, F. C. (1997). *Las Nulidades en el Derecho Civil .Teoria General de la nulidad del acto y del negocio juridico*. Bogota: Doctrina y Ley .

- Upegui, M. B. (1992). *Curso de las Obligaciones* . Bogota : Ediciones Libreria del Profesional .
- Vilar, S. B. (2011). Las ADR en la justicia del siglo XXI en especial la mediación. *Revista de Derecho Universidad Catolica del Norte* , 185-211.
- Vlex. (s.f.). *LEY 19.334 de 1994*.
http://app.vlex.com.bdatos.usantotomas.edu.co:2048/#WW/search/*/ley+19334+de+1994/vid/470684322.
- Zieballe, A. P. (2012). La mediación Familiar Obligatoria : una crítica a la regulación y funcionamiento en Chile. . *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política* , 189-224.