



Revista de
Derecho
privado

ARTÍCULOS GANADORES
CONCURSO DERECHO PRIVADO
2006



Revista de
Derecho
privado

**AMIGABLE COMPOSICIÓN:
CONTRATO PARA SOLUCIONAR CONFLICTOS**

FRANCISCO TERNERA BARRIOS

CONTENIDO

RESUMEN	3
ABSTRACT	3
I. CONTRATO DE MANDATO SUI GENERIS.....	5
A. CALIFICACIÓN COMO MANDATO	6
1. Obligaciones y elementos esenciales del mandato de amigable composición.....	7
2. Elementos y obligaciones de la naturaleza del contrato de amigable composición.....	7
B. FORMACIÓN DEL MANDATO DE AMIGABLE COMPOSICIÓN	8
C. LOS EFECTOS DEL CONTRATO DE MANDATO DE AMIGABLE COMPOSICIÓN	9
1. Obligaciones del amigable componedor respecto de los mandantes.....	9
a. Una obligación de hacer de resultado: ejecución fiel y eficaz de la misión	10
b. Una obligación de no hacer: abstenerse de ejecutar un contrato pernicioso para los mandantes.....	10
2. Obligaciones de los mandantes respecto del amigable componedor.....	10
a. Una obligación de dar: pagar una remuneración.....	10
II. MECANISMO "MIXTO" DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS.....	11
A. AMIGABLE COMPOSICIÓN: MECANISMO HETEROCOMPOSITIVO	11
2. Cumplimiento de la misión	13
a. Actos preparatorios de la transacción.....	13
b. Implementación de la transacción	13
B. MECANISMO AUTOCOMPOSITIVO: REPRESENTACIÓN DE LOS PLEITEANTES	14
2. Elementos de la representación.....	15

AMIGABLE COMPOSICIÓN: CONTRATO PARA SOLUCIONAR CONFLICTOS

*Francisco Ternera Barrios**

RESUMEN

La amigable composición es un contrato especial de mandato en el cual un tercero -el amigable componedor- adopta una transacción que le pone fin a una controversia presentada por dos o más litigantes -los mandantes-. El amigable componedor es, pues, un mandatario que representa a los mandantes en la conformación de una transacción. Una de las características más relevantes de la amigable composición es la siguiente: el amigable componedor -reconocido como un mandatario- no se debe someter a los gravosos procedimientos y los altos costos de otros mecanismos como el arbitraje o la conciliación.

Palabras clave: amigable composición, métodos alternativos de resolución de conflictos

ABSTRACT

The "amigable composición" is a common dispute settlement mechanism in which parties (principals) to a contract agree to grant to a third party (amigable componedor) the authority to settle the legal differences existing between them. The "amigable componedor" represents the interests of the principals for the purpose of the settlement. An advantage for this system is that, in contrast to arbitration and conciliation methods, the "amigable componedor" is not required to follow a long and difficult legal process; as a result the procedure is less costly.

Key words: "Amigable composición", Alternate dispute resolution methods (ADRs)

* Abogado Universidad de el Rosario, Master en Derecho Privado General. Profesor derecho Civil Bienes en la Universidad del Rosario, Abogado Consultor.

En este breve ensayo nos ocuparemos de la amigable composición: una institución que es a la vez un contrato y un mecanismo alternativo de solución de conflictos. Nos proponemos presentar una institución especial del derecho privado colombiano, que parece no tener mayores referentes en el mundo¹ y que podría ofrecernos diversas bondades en la regulación de intercambios económicos. Como se señala por parte de la doctrina nacional, no son muchas las temas de la teoría del derecho que se producen o se desarrollan en nuestro país y en Latinoamérica, en general². En

esta medida, la amigable composición podría ser acogida en Colombia como un instrumento original y eficaz para solucionar conflictos, que nos podría prometer ciertas ventajas comparativas respecto de otros mecanismos, como el arbitraje y la conciliación, sometidos a formalismos relativamente complejos y, en no pocas ocasiones, a costos económicos excesivos.

La amigable composición es un contrato, es decir, una institución social creada por una comunidad y estructurada a través de *normas*, con el propósito de cumplir con *funciones* de organización –especialmente, regular intercambios de bienes y servicios–. En Colombia, a partir de la discreta reseña normativa (Arts. 130, 131 y 132 de la Ley 446 de 1998) podemos concluir que la amigable composición es una variedad del contrato de mandato con representación (Arts. 2142 y 2177 C.C.)³.

El contrato de amigable composición nos propone el siguiente contenido: un tercero imparcial –el

1 No obstante, esta institución sui generis puede tener ciertas similitudes con algunos convenios consagrados en otras latitudes. Tal es el caso de la "intervención dirimente de uno o más terceros", consagrado por la legislación española, en que un mandatario se obliga a resolver una disyuntiva de dos partes. Consúltense a: LORCA NAVERRETE, Antonio María y SIGUERO ESTAGNAN, Joaquín (1994). *Derecho de Arbitraje Español*. Editado por Dykinson. Madrid, España. Primera Edición. P.60. Igualmente, podría relatarse el contrato francés de expertise conventionnelle o la institución del derecho romano denominada arbitrator. Finalmente, queremos referirnos al encargo de la Europa medieval, que se confiaba a un amicus compositor, quien se comprometía a presentarles a las partes un proyecto de transacción. JARROSSON, Charles (1987). *La notion d'arbitrage*. Editado por Librairie générale de droit et de jurisprudence. Paris, Francia. Primera Edición. P.358. Ahora, en nuestra normativa, el amigable componedor transige y no, simplemente, presenta un proyecto de transacción (Art.130 y 131 de Ley 446 de 1998. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 446 DE 1998 "por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia". Gaceta del Congreso No. 123 de 1998. En: Diario Oficial No. 43335. Pág 1-20. Bogotá: Imprenta Nacional, 8 de Julio de 1998).

2 LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo (2004). *Teoría Impura del Derecho*. Editado por la Universidad de los Andes, Legis y la Universidad Nacional de Colombia. Bogotá, Colombia. Primera Edición. P.17. En nuestro país encontramos ciertos antecedentes de la amigable composición. Tal es el caso de la Constitución de la República de Tunja del 9 de diciembre de 1811 (establecida por los Representantes de la Provincia), que consagraba la denominada "amigable conciliación" (Sección Tercera referida al poder judicial); Constitución de Mariquita del 24 de junio de 1815 (expedida por la Serenísima Convención Constituyente y Electoral)

, que se refería a los "jueces menores de paz" (Título 17) y Constitución de Neiva del 31 de agosto de 1815 (Asamblea Electoral y Constituyente), que establecía el procedimiento de "amistosa transacción", realizada a instancias de un tercero (Título VI- Del Poder Judicial, Sección Cuarta, De algunas disposiciones relativas al poder judicial y a la administración de justicia). Véase a: RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos (1996). *Primeras Constituciones de Colombia y Venezuela 1811-1830*. Editado por la Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia. Segunda Edición. P. 77, 136 y 144.

3 En el contexto mundial el amigable componedor no es un mandatario sino un árbitro que dirige el litigio consultando la equidad. Se trata de un árbitro en equidad o árbitro "ex aequo et bono". Sirvan de ejemplo las siguientes normativas internacionales: AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION (AAA), regla de arbitraje internacional 28.3. Reglamento de AAA, International Centre for Dispute Resolution. New York, Estados Unidos (2001). CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL (CCI). Art. 17.3. Reglamento de Arbitraje de la CCI, París, Francia, 1998. COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (CNUDMI), Art.28.3 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (Copia de la Secretaría de la CNUDMI, Centro Internacional de Viena. En Colombia este mecanismo se llama arbitraje en equidad (Art. 111 de la Ley 446 de 1998, ya citada).

amigable componedor- toma una decisión sobre una controversia en virtud de un mandato que le ha sido otorgado por las personas en conflicto - los mandantes-. Recuérdese que el objeto de todo mandato es celebrar actos jurídicos para otro. En consecuencia, cuando la misión del mandatario amigable componedor ha llegado a feliz término, reconoceremos la conformación de dos contratos yuxtapuestos: el mandato de amigable composición y el contrato de transacción.

Así mismo, la amigable composición es un mecanismo alternativo de solución de conflictos (MASC), es decir, es una institución jurídica con la cual se le pone fin a una diferencia de dos o más personas. Ahora pues, como nos lo revela la expresión "alternativos", los MASC se desarrollan al margen de los procedimientos jurisdiccionales clásicos⁴. Los MASC pueden ser *heterocompositivos* y *autocompositivos*. El arbitraje, como ejemplo de los primeros, se nos presenta como un mecanismo en virtud del cual un tercero investido transitoriamente de jurisdicción impone sobre las partes una solución a una controversia. Igualmente, en desarrollo de mecanismos *autocompositivos* como la conciliación, el tercero denominado conciliador le propone fórmulas de arreglo a las partes, para que sean éstas las que adopten o no la solución presentada por el conciliador.

4 Libros como la Biblia y el Código Hammurabi parecen referirse a ciertos mecanismos alternativos de solución de conflictos. Sirva de ejemplo la Primera Epístola a los Corintios de la Biblia (capítulo 6, versículo 5) y el § 42 del Código de Hammurabi. Sobre este Código, véase a: LARA PEINADO, Federico (1982). Código de Hammurabi. Editado por Editora Nacional. Madrid, España. Primera Edición. P. 96. A este tipo de mecanismos se le conoce en el mundo con los nombres genéricos *alternative dispute resolution* - ADR (en inglés) o *modos alternatifs de règlement des conflits* - MARC (en francés). Los modos alternativos de solución de conflictos (MASC) constituyen una vasta categoría, que no parece tener fronteras precisas que la delimiten. Véase a: COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1195/01 del 15 Noviembre de 2001. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra (Referencia: expediente D-3519, fallo tomado de la página web de la Corporación).

Por su parte, la amigable composición puede definirse como un instituto que se sirve de elementos propios de los mecanismos *autocompositivos* y *heterocompositivos*. Como hemos de anotar en estas cortas líneas, los grandes beneficios de la amigable composición tienen su génesis en su naturaleza "mixta": mecanismo de solución de conflictos *autocompositivo* y *heterocompositivo*. Abordaremos, pues, la amigable composición como un contrato de mandato *sui generis* (I) y como un mecanismo "mixto" de solución de conflictos (II).

I. CONTRATO DE MANDATO *SUI GENERIS*

El mandato⁵ es calificado por la doctrina como un "contrato especial", expresión con la cual no queremos dar una idea de un carácter extraordinario o excepcional de este convenio. "Los 'contratos especiales' son los más comunes de los contratos, aquellos que son tan utilizados que presentan un carácter repetitivo que ha permitido constituir categorías bien clasificadas. [...] Estas categorías son las diferentes 'especies' que se pueden enumerar dentro del 'genero' constituido por la noción de contrato en general, como acto jurídico"⁶. En la gran mayoría de los sistemas jurídicos contemporáneos, encontramos, hoy en día, tanto regímenes generales como regímenes especiales de contratos. En el derecho privado colombiano, el mandato tiene, por lo menos, dos regímenes especiales: el mandato civil (Arts. 2142 a 2199 C.C.) y el mandato comercial (Arts. 1262 a 1286 C.Co.)⁷.

5 Sobre el mandato, véase a: GÓMEZ ESTRADA, César (1999). De los Principales Contratos Civiles. Editado por Temis. Bogotá, Colombia. Tercera Edición. P. 339-409. BÉNABENT, Alain (2001). Droit Civil. Les Contrats Spéciaux Civils et Commerciaux. Editado por Montchrestien. Quinta Edición. París, Francia. P. 401-452.

6 BÉNABENT, Alain (2001). Droit Civil. Les Contrats. Libro citado.

7 En materia mercantil, también se reconocen algunas variedades, como la comisión, consignación, preposición, etc.

De acuerdo con la interpretación tradicional del Art. 2142 C.C. la gestión que se le confía al mandatario es un negocio o acto jurídico⁸. El mandato puede ser general o especial. Si el mandato comprende uno o más negocios especialmente determinados se llama especial; si se refiere a todos los negocios del mandante, se llama general (Art. 2156 C.C.). La amigable composición es una variedad del contrato de mandato especial (Arts. 2142, 2156 C.C. y 1262 C.Co.). Como mandato que es, el convenio de amigable composición puede ser civil o comercial (Arts. 2142 C.C. y 1262 C.Co.), singular o plural (Arts. 2152 C.C., ahora, respecto de los mandantes, la amigable composición siempre es plural).

Las partes del contrato de amigable composición son los mandantes y el mandatario amigable componedor -las partes de la transacción son los mandantes-. Amigable composición y transacción son, entonces, dos contratos diferentes, con partes diferentes, cuya formación y ejecución, sin embargo, está "encadenada" en el tiempo. Como resultado de la misión del mandatario o amigable componedor, entre los mandantes -representados por el amigable componedor- se forma un contrato de transacción (Arts. 2469 C.C. y 340 C. de P.C.)⁹. De la amigable composición estudiaremos su calificación (A), formación (B) y efectos (C)

A. CALIFICACIÓN COMO MANDATO

Los contratos tienen obligaciones y elementos *esenciales*, *naturales* y *accesorios* (Art. 1501 C.C.). Las obligaciones y elementos *esenciales* le imponen a una determinada convención una específica calificación contractual prevista por el legislador (vg. contrato de compraventa, si una de las partes se obligó a transferir el dominio de un bien y la otra a pagar como contrapartida un precio en dinero, Art. 1849 C.C.). Es de anotar que la calificación es una cuestión de derecho que depende de las obligaciones de las partes, sin que importe el nombre con el cual han tenido a bien las partes "bautizar" la convención¹⁰.

Ahora bien, si los elementos *esenciales* de un determinado convenio no permiten su calificación según los regímenes especiales previstos por el legislador, estaríamos frente a un contrato atípico puro cuyo régimen jurídico estaría determinado por los regímenes generales de los contratos del Código Civil y Código de Comercio y, eventualmente, por las normas de los regímenes especiales que el juez aplique vía analogía¹¹. No obstante, por las razones que a continuación vamos a exponer, este no parece ser el caso del contrato de amigable composición. Analizaremos las obligaciones y elementos de la *esencia* (1) y de la *naturaleza* de la amigable composición (2).

8 Por esta razón, principalmente, se diferencia el contrato de mandato de contratos como el de confección de obra material, relacionado con actos materiales (Art. 2053 C.C.).

9 Sin embargo, la jurisprudencia colombiana parece concentrarse, exclusivamente, en el resultado de la amigable composición: una transacción, y no en el desarrollo de la misión desempeñada por el amigable componedor. Véase a: COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 26 de febrero de 1.998. (Copia tomada directamente de la Corporación). En este fallo se afirmó que "la amigable composición es simplemente una transacción lograda a través de terceros con facultades para comprometer contractualmente a las partes".

10 Véase a: COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 5 de junio de 1937. Magistrado Ponente: Juan Francisco Mújica. (Sentencia tomada de G.J. XLV, p. 223). COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 13 de diciembre de 2002. Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. (Exp. 6462, copia tomada directamente de la Corporación).

11 Véase a: COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 31 de mayo de 1938. Magistrado Ponente: Juan Francisco Mújica. (Sentencia tomada de G.J. XLVI, pp. 566 a 574). COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 11 de septiembre de 1984. Magistrado Ponente: Humberto Murcia Ballén (Copia tomada de G.J. t. CLXXXVI, pp. 249 a 257). COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 22 de octubre de 2001. M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles (Exp. 5817, copia tomada directamente de la Corporación).

1. OBLIGACIONES Y ELEMENTOS ESENCIALES DEL MANDATO DE AMIGABLE COMPOSICIÓN

El contrato de mandato tiene una obligación *esencial* de *hacer* que se establece en el patrimonio del mandatario: realizar un acto jurídico por cuenta de otro –el mandante–, ora a nombre propio (mandato sin representación), ora a nombre del mandante (mandato con representación), pero siempre los efectos económicos del acto jurídico deben ser soportados por el mandante (acto jurídico por cuenta de otro). Por consiguiente, los beneficios y perjuicios del acto jurídico encomendado deben ser asumidos por el mandante¹². Esta obligación *esencial* del contrato de mandato no está ausente en el contrato de amigable composición: el amigable componedor se obliga a realizar un acto jurídico, un contrato de transacción, por cuenta y a nombre de otros –los mandantes– (mandato con representación). En estos términos, la amigable composición es una variedad del contrato típico de mandato.

Así las cosas, reconocido el convenio de amigable composición como un contrato típico de mandato, son aplicables, en primer término, las normas especiales referenciadas en la Ley 446 de 1998 (sub-variedad), luego las normas del mandato (variedad) y de contratos como la transacción que se encuentran en la esfera negocial del mandato (variedad) y, finalmente, las correspondientes a los regímenes generales (comunes a todos los contratos) –y si aún existen lagunas, el interprete entraría a hacer interpretaciones analógicas, sirviéndose de la normativa sobre los MASC–.

12 En el common law se hace referencia a la Agency, un vínculo que entre una persona denominada principal, quien autoriza a otra, conocida como agente, para que actúe por ella, sin que importe si obra a nombre de otro o no. CONVISER, Richard J. (2002). *Agency Partnership & Limited Liability Companies*. Gilbert Law Summaries. Editado por Harcourt Legal & Professional Pubns. N.Y. Estados Unidos. Quinta Edición. P. 2 y ss. En la Agency la actuación a nombre del principal puede ser pública (disclosed principal), secreta (partially disclosed principal) o, incluso, el agente puede actuar sin manifestar que obra para otra persona (undisclosed principal).

2. ELEMENTOS Y OBLIGACIONES DE LA NATURALEZA DEL CONTRATO DE AMIGABLE COMPOSICIÓN

Si bien la amigable composición es una variedad del contrato de mandato, no comparte algunas obligaciones de su *naturaleza*. Recuérdese que las obligaciones y elementos de la *naturaleza* de un contrato son aquellos que sin ser *esenciales*, se entienden pertenecerle, sin necesidad de ninguna cláusula especial (Art. 1501 C.C.). Por ejemplo, es de anotar que el Art. 2158 C.C. determina que “el mandato no confiere *naturalmente* más que el poder de efectuar los *actos de administración*, como son pagar las deudas y cobrar los créditos del mandante (...)”. Mientras tanto, la amigable composición confiere e impone *naturalmente* al amigable componedor la facultad y la obligación de realizar una transacción con fuerza vinculante para los mandantes (que incluye *actos de disposición*, Art. 2470 C.C.).

A este tenor, pensaríamos que no ejerciendo ningún tipo de administración sobre bienes de los mandantes, el amigable componedor no tendría que rendir cuentas de administración; tampoco, el amigable componedor –quien no detenta físicamente, en principio, bien alguno de los mandantes– podría ejercer el derecho de retención que se consagra como un elemento *natural* del contrato de mandato (Art. 2188 C.C.)¹³, ni serían aplicables las disposiciones sobre el riesgo por pérdida de especies metálicas (Art. 2179 C.C.) o sobre intereses debidos al mandante (Art. 2182 C.C.).

De igual manera, creemos que por ser tan intenso el carácter *intuitu personae* del contrato de amigable composición, apartándose, sin duda de los elementos *naturales* del mandato, el amigable componedor no podría delegar su misión

13 En principio, el componedor no detenta bienes de los mandantes. Recuérdese que uno de los requisitos del *ius retentionis* es detentar una cosa corporal de propiedad del deudor. Véase a: CASTRO DE CIFUENTES, Marcela (2004). *El Derecho de Retención en las Obligaciones Civiles y Mercantiles*. Editado por Ediciones Uniandes, Facultad de Derecho. Bogotá, Colombia. Primera Edición. P. 29 y 30.

(recuérdese que el mandato es *naturalmente* delegable, Art. 2161 C.C.). Pensamos, entonces, que las condiciones y aptitudes particulares del amigable conponentor constituyen la causa principal del contrato (Arts. 1630 y 1512 C.C.). También, una vez se consulta la misión especial que asume el amigable conponentor, estimamos que su renuncia le pone fin a sus obligaciones, sin que sea menester esperar el tiempo razonable que ordena el Art. 2193 C.C. Por lo demás, creemos que los amigables conponentores -si se trata de un cuerpo colegiado- deben realizar su misión de manera conjunta (según los Arts. 2153 C.C. y 1272 C.Co., los mandatarios, en el caso del mandato plural, pueden cumplir su misión separadamente, a menos que por una cláusula especial se prohíba expresamente por el mandante).

Además, como lo explicaremos más adelante, la obligación de lealtad que se le impone al mandatario como un elemento *natural* del contrato de mandato (Art. 2175 C.C.), de cierta manera, tendría que ser "relativizada" respecto del amigable conponentor, toda vez que representa en su misión intereses "enfrentados" -recuérdese que el contrato de *transacción* exige concesiones recíprocas de las partes-.

Respecto de la responsabilidad del mandatario, pensamos que el contrato de amigable composición también recoge ciertas particularidades. En los términos de los Arts. 2142 y 2155 C.C. la obligación del mandatario es una obligación de *hacer de medios*, que exige el elemento *culpa* como un presupuesto de la responsabilidad. No obstante, en la materia *in examine*, pensamos que, siempre que los mandantes provean al amigable conponentor de lo necesario para la ejecución de su misión (Art. 2184 num. 1 C.C.) la obligación de éste es una obligación de *hacer de resultado*, que no requiere del elemento *culpa* como requisito de la responsabilidad. Estimamos que el amigable conponentor promete un resultado determinado, preciso, -elaborar una transacción-, una obligación de *hacer*, cuya finalidad perseguida no tiene un

carácter incierto. Así las cosas, el amigable conponentor podrá librarse de su responsabilidad con el cumplimiento de la prestación estrictamente debida y determinada: la realización del contrato de transacción o la prueba de la causa extraña¹⁴.

Ahora bien, otras obligaciones *naturales* del contrato de mandato, parecen pertenecerle *naturalmente* al contrato de amigable composición. En efecto, podría ser el caso de las obligaciones del mandante (Art. 2184 C.C., por otro lado, la obligación del mandatario es una obligación *esencial* del contrato, Art. 2142 C.C.), y de las causales de terminación del contrato (Art. 2189 C.C.). Igualmente, la obligación que se impone sobre el mandatario de ceñirse a los términos del mandato (Art. 2157 C.C.).

B. FORMACIÓN DEL MANDATO DE AMIGABLE COMPOSICIÓN

Según el Art. 52 del Decreto 2279 de 1989, el contrato de amigable composición era un arquetipo de mandato solemne, que exigía la forma escrita *ad substantiam*. Sin embargo, con la Ley 446 de 1998 se derogó este artículo y no se incluyó la forma escrita como requisito de perfeccionamiento del convenio. Es decir, una correcta interpretación de la normativa -incluida, claro está, la Ley 446 de 1998- nos debe conducir a concluir que la amigable composición (Arts. 2149 y 2150 C.C.), es un contrato consensual¹⁵. El contrato debe entenderse formado cuando el mandatario amigable conponentor acepta, expresa o

14 Respecto de la exoneración del deudor de una obligación de resultado, véase a: COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 3 de noviembre de 1977. Magistrado Ponente: Ricardo Uribe Holguín. (Tomada de G. J. t. CLV, núm. 2396, p. 331).

15 Ya los romanos consideraban que, como la venta, arrendamiento y sociedad, el mandato era un contrato consensual, que no requería ninguna formalidad para su formación. Consúltese al respecto: ARANGIO-RUIZ, Vincenzo (1998). *Istituzioni di Diritto Romano*. Editado por E. Jovene. Nápoles, Italia. Decimocuarta edición. P.77 a 97. GAUDEMET, Jean (1998). *Droit Privé Romain*. Editado por Montchrestien. Paris, Francia. Primera Edición. P.253 a 267.

tácitamente, el encargo o misión: la realización de la transacción (Arts. 132 de la Ley 446 de 1998, 2149 y 2150 C.C.). Además, podría pensarse que, transcurrido un término razonable, el simple silencio del amigable conponentor puede mirarse como aceptación (Art. 2151 C.C.). Los mandantes pueden contratar con uno o más amigables conponentores (cuerpo colegiado, Arts. 130 de la Ley 446 de 1998 y 2152 C.C.)¹⁶.

Para terminar, reiteramos que el mandato de amigable composición supone la representación de los mandantes por el amigable conponentor. Como se sabe, la facultad de representar voluntariamente a los mandantes surge de un *poder* (Art. 832 C.Co.), que en el caso que nos ocupa, se desprende del contrato mismo de mandato de amigable composición (Arts. 130 y 131 de la Ley 446 de 1998). Pensamos, pues, que no es menester que el *poder* se conciba como un acto jurídico independiente, cuando se reconoce un contrato de gestión como el mandato de amigable composición –tégase en cuenta que el Art. 1505 C.C no exige que se confiera un *poder* como acto independiente–.

C. LOS EFECTOS DEL CONTRATO DE MANDATO DE AMIGABLE COMPOSICIÓN

El contrato de mandato de amigable composición produce diferentes efectos entre las par-

tes. Estudiaremos los vínculos obligacionales del amigable conponentor respecto de los mandantes (1) y las obligaciones de estos respecto del amigable conponentor (2).

1. OBLIGACIONES DEL AMIGABLE CONONENTOR RESPECTO DE LOS MANDANTES

Dentro de este grupo, no incluimos diversas obligaciones que son de la *naturaleza* del contrato de mandato. Por ejemplo, la obligación de *no hacer* consagrada en los Arts. 839 y 1274 C.Co. que le prohíben al mandatario representante hacer de contraparte del mandante o contratar a nombre de otra persona, salvo expresa autorización¹⁷. En la materia *sub examine*, comentamos que el amigable conponentor cuenta con esta autorización expresa para representar, al mismo tiempo, pretensiones e intereses “encontrados”. La misión del amigable conponentor es bien especial: actúa por cuenta y a nombre de dos personas enfrentadas en un conflicto; representa, pues, intereses que descansan en costados opuestos.

El conponentor está obligado respecto de los mandantes a: ejecutar su misión (a) y abstenerse de ejecutar un contrato excesivamente pernicioso para los mandantes (b).

16 obre la amigable composición se ha precisado que: “la fuerza de su decisión proviene exclusivamente del Contrato. Esa característica comporta la ausencia de formalidades legalmente imperativas tanto para la escogencia de los amigables conponentores, como para el desarrollo del trabajo a éstos encomendado”. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU.091/00 del 2 de febrero de 2000. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis. (Referencia: expediente T- 241.138, sentencia tomada de la página web de la Corporación). Revisese el siguiente fallo: COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 26 de febrero de 1.998. Sentencia ya citada. En la sentencia se afirma que “(...) por otro aspecto tampoco se desnaturaliza la figura de la amigable composición, cuando las partes convienen frente a la intervención de tres amigables conponentores, que las decisiones se tomarán por mayoría (...)”.

17 Nuestra jurisprudencia ha precisado que “no puede el representante, por si por interpuesta persona, contratar consigo mismo en nombre del representado; no puede el representar, por si o por interpuesta persona, ejecutar actos ni celebrar contratos que lo beneficien directa o indirectamente en perjuicio de su representado”. COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia del 6 de octubre de 1981. (Tomada de la Colección Jurisprudencia y Doctrina, tomo XI, página 1 y siguientes, 1982). Igualmente, cierta doctrina considera que se debe consagrar como principio general del derecho privado la condena de cualesquier intervención de terceros que conlleve algún conflicto de interés. Véase a: CLIF. Pierre Francois (2005). “Le Conflit d’interets. Essai sur la détermination d’un principe juridique en droit privé”. En: Revue Trimestrielle de Droit Commercial (No 1, página 5).

a. Una obligación de *hacer de resultado*: ejecución fiel y eficaz de la misión

Una vez formado el contrato (Art. 2150 C.C.), el amigable componedor debe explorar las fórmulas de arreglo del conflicto de los mandantes, para finalmente, estatuir una transacción con fuerza vinculante para estos. El componedor, para tal fin, debe observar las instrucciones presentadas por los mandantes (Arts. 2157 C.C. y 1266 C.Co.). Está visto que, siempre que los mandantes provean de lo necesario para cumplir su misión (Art. 2184 num. 1 C.C.), el amigable componedor adquiere una obligación de *hacer de resultado*: confeccionar una transacción. Parodiando a un autor, podríamos afirmar que el amigable componedor se compromete a llegar al resultado o finalidad impuesta por el contrato: realizar una transacción, y no, simplemente, a tomar todas las precauciones que le conduzcan a la normal obtención de este resultado¹⁸. Como ya se anotó, el carácter *intuitu personae* de la amigable composición no le permite al componedor la sustitución de su misión, salvo que los mandantes lo autoricen.

b. Una obligación de *no hacer*: abstenerse de ejecutar un contrato pernicioso para los mandantes

El componedor debe abstenerse de establecer una transacción excesivamente gravosa para uno o todos los mandantes. A ciencia cierta, tratándose de una obligación de *no hacer* -por consiguiente *de resultado*- el componedor promete una prestación concreta y determinada, en este caso una abstención. Sin embargo, recordemos que la misión del componedor es establecer una transacción. Palpablemente, este tipo de contratos involucran concesiones y sacrificios recíprocos de las partes. Por consiguiente,

la transacción, necesariamente, acusa perjuicios mutuos para los mandantes. En este orden de ideas, la obligación de *resultado* del componedor consiste en no adoptar una transacción que vulnere gravemente los intereses de uno o todos los mandantes o que imponga, solamente, sacrificios para una de las partes (la transacción impone, forzosamente, sacrificios correlativos para los mandantes).

2. OBLIGACIONES DE LOS MANDANTES RESPECTO DEL AMIGABLE COMPONEDOR

Principalmente, los mandantes asumen dos obligaciones respecto del componedor: pagar la remuneración (a) y proveerlo de lo necesario para cumplir su misión (b).

a. Una obligación de dar: pagar una remuneración

Creemos que la amigable composición es un mandato *naturalmente* remunerado. En efecto, los Arts. 2184 num. 3 C.C. y 1264 C.Co., para determinar si el mandato es remunerado o gratuito, se remiten a las prácticas o usos acostumbrados en el respectivo tipo de actividades. Sobre el particular, pensamos que así como otros MASC (vg. conciliación y el arbitraje) aprueban el cobro de honorarios, el amigable componedor tiene derecho a una remuneración. Por lo demás, comentamos que la remuneración pueden establecerla las partes mismas, el juez o peritos (Arts. 2143 C.C. y 1264 C.Co.).

b) Una obligación de hacer: proveerlo de lo necesario para cumplir su misión

Los mandantes están obligados respecto del componedor a proveerlo de lo necesario para la ejecución del mandato (Art. 2184 num. 1 C.C.). El incumplimiento de esta obligación le permite al componedor exonerarse totalmente de responsabilidad por la inexecución de la misión (esta

18 DEMOGUE, René (1925). *Traité des obligations en général*. Editado por Arthur Rousseau. París, Francia. Primera Edición. Tomo. V. No. 1237 y VI, n.º. 599.

obligación podría ser vista con una "carga"¹⁹ de los mandantes que los faculta para exigir la obligación de resultado del componedor).

II. MECANISMO "MIXTO" DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

La amigable composición podría presentársenos como una suerte de combinación de dos mecanismos bien reconocidos: arbitraje y conciliación. El arbitraje es un mecanismo en virtud del cual un tercero investido de jurisdicción denominado árbitro impone sobre dos o más litigantes una sentencia que pone fin a una controversia. Entre tanto, en desarrollo de la conciliación, el tercero llamado conciliador les propone fórmulas de arreglo a dos más pleiteantes para que sean estos los que adopten o rechacen la solución presentada por el conciliador²⁰. Es de anotar que, en estos términos, el arbitraje debe definirse como un mecanismo *heterocompositivo* y la conciliación debe concebirse como un mecanismo *autocompositivo*; mientras que el árbitro, individual o colegiado, es quien debe emitir un veredicto que pone fin al litigio, el conciliador simplemente presenta fórmulas de arreglo, sin abrogarse en ningún momento la potestad de adoptar la decisión de la controversia. Es decir, el árbitro impone y el conciliador recomienda.

Como se ha dicho, la amigable composición comparte características de los mecanismos *he-*

terocompositivos (A) y *autocompositivos* (B). Sin embargo, al mismo tiempo, como lo explicaremos en la parte final, este mecanismo no adolece de ciertos inconvenientes que se presentan tanto el arbitraje como en la conciliación.

A. AMIGABLE COMPOSICIÓN: MECANISMO HETEROCOMPOSITIVO

El amigable componedor tiene por misión establecer una transacción que comprometa a los mandantes. Si bien el amigable componedor representa a los pleiteantes y por ende la transacción, en términos jurídicos, se entiende realizada por los mandantes mismos, no es menos cierto que, en términos fácticos, es él quien cimienta el negocio jurídico de transacción. Es decir, pensamos que la voluntad y criterio del amigable componedor son determinantes en la adopción de la decisión.

El amigable componedor se distingue entonces del nuncio, quien se limita a reproducir una voluntad de otra persona, cual se tratase de un medio de comunicación. El amigable componedor no se limita a reproducir la voluntad de los mandantes, toda vez que son su propio consentimiento y criterio los que edifican el acto jurídico. En suma, la representación que asume el amigable componedor, como se verá más adelante, es una representación *activa*, que impone su total participación en la realización del acto jurídico; debe, pues, discernir sobre las diferentes aristas que le ofrece el litigio, para, finalmente, decidir e imponer a los mandantes su solución en la transacción.

En este orden de ideas, la amigable composición podría tener ciertos "parecidos de familia" con mecanismos *heterocompositivos* como el arbitraje. Sin embargo, es de anotar, sin embargo, que los amigables componedores no ejercen funciones

19 Las cargas se encuentran consagradas en normas técnicas, que son aquellas que "[...] indican un medio para alcanzar un fin. Las normas técnicas no están destinadas a gobernar la voluntad de los sujetos a los cuales van dirigidas, sino que lo ellas indican se halla condicionado a su voluntad. Por lo tanto, ellas presuponen fines de la acción humana y condiciones necesarias entre los fines y los actos que sirven como medios para alcanzarlos". MENDONCA, Daniel (2000). *Las Claves del Derecho*. Editado por Gedisa. Primera Edición. Barcelona, España. P. 46.

20 Estúdiense a: CORNU, Gérard (1997). "Les modes alternatifs de règlement des conflits" y JAROSSON, Charles (1997). "Les modes alternatifs de règlement des conflits: présentation générale". En: *Revue Internationale de Droit Comparé*. (R.I.D.C. 2-1997).

judiciales²¹; por el contrario, el árbitro²² sí cumple con este tipo de ministerios (Arts 116 C. N.). Igualmente, aclaramos que el amigable componedor goza de una mayor flexibilidad, toda vez que la amigable composición está relacionada con la adopción de una transacción, sin que se exija el cumplimiento de un procedimiento en particular, mientras que el árbitro, según el Art. 112 de la Ley 446 de 1998, debe someterse a un determinado procedimiento acordado por la ley misma (arbitraje legal, Arts. 119 a129 de la Ley 446 de 1998), el centro de arbitraje (arbitraje institucional) o por los litigantes en la solución de su conflicto (arbitraje independiente o *ad-hoc*)²³.

21 En un fallo revelador se precisó que la actividad de los amigables componedores no tiene el carácter de función pública; puesto que se enmarca dentro del ámbito contractual y exterioriza la estipulación derivada de la autonomía de la voluntad. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU.091/00 del 2 de febrero de 2000. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur G. (Referencia: expediente T- 241.138, sentencia tomada de la página web de la Corporación). Sentencia ya citada. Cierta doctrina considera que el amigable componedor es un árbitro contractual. Véase a: SILVA ROMERO, Eduardo (2002). "Las Normas Jurídicas Aplicables en el Arbitraje Comercial Internacional". En: Revista de Derecho Privado, Universidad de los Andes. Septiembre (No. 28. P. 24).

22 Sin embargo, en el derecho insular se discute sobre la naturaleza jurisdiccional de los actos del árbitro, reconocida en el derecho continental. Véase a: REDFERN, Alan. y HUNTER, Martin (2003). *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Editado por Sweet & Maxwell. Londres, Inglaterra. Cuarta Edición. P. 8 y ss.

23 En Colombia -en materia nacional o interna-, solamente se practica el arbitraje legal, echándose de menos el ejercicio de las otras modalidades internas de arbitraje. Incluso, cierta parte de la doctrina parece no aceptar que los procedimientos del arbitraje puedan ser distintos de los señalados en la Ley 446 de 1998. Véase a: LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio (1998). *Ley 446 de 1998 y el Código de Procedimiento Civil*. Editado por Dupre Editores. Primera Edición. P. 165. BEJARANO GUZMÁN, Ramiro (2005). *Los procesos declarativos*. Editado por Temis. Bogotá, Colombia. Tercera Edición. P.353. Sobre la etapa prearbitral, consúltese a: COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1038/02 del 18 de noviembre de 2002. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett (fallo tomado de la página web de la Corporación).

A continuación nos concentraremos en las calidades que debe reunir el amigable componedor (1) e, insistiremos, en los requisitos que exige el cumplimiento de su misión (2).

1. Calidades del amigable componedor

El amigable componedor puede ser designado por los partes directamente; así mismo, estas pueden confiarle tal designación a un tercero. El tercero delegado por las partes para realizar la designación del amigable componedor puede ser una persona natural o jurídica (Art. 132 de la Ley 446 de 1998).

De acuerdo con el régimen especial del Código Civil, el mandatario puede ser un incapaz (Art. 2154 C.C.)²⁴. En el texto se hace referencia a un mandato con representación y se aclara que los actos realizados por el menor de edad son válidos respecto de terceros, en cuanto obliguen a estos y al mandante. Sin embargo, en materia del contrato de amigable composición podría pensarse que esta norma no es pertinente, toda vez que el acto jurídico que debe realizar el componedor, por cuenta y a nombre de los mandantes, no concierne a tercero alguno. La esfera negocial de la amigable composición -con ocasión de la doble representación que asume el amigable componedor- no involucra a terceros, ni siquiera respecto del acto encargado, la transacción, que vincula directa y exclusivamente a los mandantes. Así las cosas, estimamos que el componedor tiene que ser una persona natural capaz.

De igual manera, el conciliador y el árbitro, reconocidos transitoriamente como administradores de justicia (Art. 116 C.N) tienen que ser personas capaces. Sin embargo, estas personas, si se trata de la conciliación y arbitraje en derecho, deberán tener la calidad de abogados y encontrarse inscritos en un centro de conciliación y/o

24 El incapaz puede ser mandatario con representación, porque el acto no compromete su patrimonio si no el del mandante quien asume el riesgo de la actuación del incapaz.

arbitraje (Arts. 111 -arbitraje en derecho-, 122, 123 -arbitraje legal- de la 446 de 1998, 5 y 7 -conciliación en derecho- de la Ley 640 de 2001). Por su lado, el amigable componedor puede no detentar ningún título profesional.

2. CUMPLIMIENTO DE LA MISIÓN

El negocio encomendado por los mandantes al amigable componedor es la realización de una transacción. Es decir, el amigable componedor extingue su vínculo obligacional con los mandantes una vez efectúa la transacción que le ponga fin al conflicto. Como ya lo señalamos, consideramos que esta obligación asumida por el amigable componedor es de *resultado*. La misión del amigable componedor debe contener ciertos pasos preparatorios (a) que conduzcan a la adopción del contrato de transacción (b).

a. Actos preparatorios de la transacción

En la realización de su misión: elaborar una transacción, el amigable componedor debe ceñirse rigurosamente a los términos del contrato de mandato de amigable composición (Arts. 2157 C.C. y 1263 C.Co.). Por consiguiente, el amigable componedor debe consultar las relaciones contractuales de los mandantes que estén ligadas al conflicto. Además, debe apoyarse en la normativa aplicable, las prácticas o usos comunes de las actividades de los mandantes y los criterios de justicia y equidad que impongan el caso concreto. Por supuesto, el amigable componedor debe abstenerse de concretar un acuerdo de transacción gravemente pernicioso para uno o todos los mandantes (Art. 2175 C.C.).

Los mandantes pueden servirse de las estipulaciones que a bien tengan respecto de la manera como se debe ejecutar el contrato de amigable composición. En caso de que las partes en el contrato no puntualicen como se deba ejecutar el contrato y siendo tan magra la normativa espe-

cial prevista por la Ley 446 de 1998 para el contrato de amigable composición, pensamos que se debería acoger el régimen especial del contrato de mandato (Arts. 2142 C.C. y ss. y 1262 C.Co. y ss.), transacción (Arts. 2469 y ss C.C. y 340 y ss. C. de P.C.), las normas de los regímenes generales de los contratos del Código Civil y Código de Comercio²⁵ y la normativa sobre los MASC (Decreto 1818 de 1998 y Ley 640 de 2001).

b. Implementación de la transacción

La transacción es una convención o un contrato²⁶ que tiene por función jurídica la de extinguir un litigio, motivado por pretensiones y derechos patrimoniales confrontados de dos o más personas (Art. 2469 C.C.). La transacción puede estar relacionada con derechos patrimoniales (obligaciones y derechos reales) y con simples pretensiones patrimoniales de las partes (Art. 2470 C.C.). Con el contrato de transacción las partes cancelan su litigio por medio de concesiones recíprocas. La misión del amigable componedor es, pues, la de ponerle fin a un determinado conflicto a través de una transacción, la cual debe englobar todos los elementos del debate. Una transacción que sólo se refiere a una parte del litigio -transacción parcial- no puede liberar al amigable componedor de su gestión respecto de los mandantes.

25 Cuyo campo de aplicación es, de por sí, bastante difícil de precisar, debido a que nuestro legislador adoptó tanto un criterio subjetivo (Arts. 10 y 11 C.Co.), como un criterio objetivo (Art. 20 numerales 4, 5 y 6 C.Co.), para determinar la comercialidad.

26 Creemos que las palabras "convención" y "contrato" son sinónimos. Principalmente, por dos razones: primero, las definiciones, -según las cuales la convención (género): acuerdo de voluntades que crea, modifica o extingue vínculos jurídicos, y el contrato (especie): acuerdo que crea vínculos jurídicos-, no corresponde al significado atribuido por el Código Civil, en donde el vocablo "contrato" se refiere a acuerdos que extinguen o modifican obligaciones (Arts. 1869 y 2469 C.C.); segundo, estas expresiones referenciadas son incompletas y poco técnicas, toda vez que dejan sin nombre a las otras dos "especies de convención" que modifican y extinguen vínculos jurídicos.

Sin embargo, hemos de advertir que el conflicto entre las partes puede terminarse, sin que, necesariamente, se extingan pretensiones y derechos patrimoniales (como en el caso de la transacción extintiva). En efecto, el convenio de transacción puede, por ejemplo, imponer el reemplazo de los vínculos obligacionales entre las partes (transacción novatoria). Podría, entonces, afirmarse que con la transacción, antes que nada, se clarifican o iluminan las relaciones patrimoniales de las partes que motivaron el debate.

En los términos del Art. 130 de la Ley 446 de 1998, la transacción estatuida por el amigable componedor vincula *ipso facto*, por efectos de la representación, a los mandantes. La transacción erigida por el amigable componedor obliga contractualmente a los mandantes²⁷. No obstante, la vinculación de los mandantes en el contrato de transacción no se reconoce "con la fuerza procesal de sentencia"²⁸, sino como un efecto contractual del contrato de transacción. Ahora pues, los efectos en derecho son similares en uno y otro caso: se reconoce el efecto de cosa juzgada (Art. 2483 C.C.). Además, reconocido como un contrato y diferenciándose de las providencias judiciales, la *transacción* puede ser objeto de sanciones como la nulidad (Art. 1740 C.C.) o resolución (Art. 1546 C.C.); es más, las partes en el contrato de transacción pueden servirse de medidas defensivas como la excepción de inexecución, lo que dicho sea de paso, nos revela la interdependencia de las obligaciones consagradas en el contrato de transacción²⁹.

27 Si los amigables componedores son plurales, la adopción de la transacción se podrá realizar por mayoría simple. Véase a: COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU.091/00 del 2 de febrero de 2000. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis. (Referencia: expediente T-241.138, sentencia tomada de la página web de la Corporación). Fallo ya citado.

28 COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 26 de febrero de 1.998. Fallo ya citado.

29 La doctrina clásica explica esta interdependencia haciendo alusión a la noción de causa de la obligación. Consúltese al respecto a: CAPITANT, Henri. De la cause

Respecto de los requisitos de forma, aclaramos que la transacción tiene una forma libre, es decir, es un contrato consensual. Sin embargo, pensamos que la transacción que se encuentra dentro de la esfera negocial del mandato de amigable composición exige la forma escrita, específicamente, porque el amigable componedor representa dos intereses enfrentados; por ello, en la transacción tendrá que precisar el alcance de su actuación y representación respecto de cada mandante³⁰. Por supuesto, si la transacción comporta la atribución de un derecho patrimonial cuyo reconocimiento en un patrimonio demande alguna solemnidad (v.gr. derechos patrimoniales relacionados con inmuebles), será menester agotar tales formalidades.

B. MECANISMO AUTOCOMPOSITIVO: REPRESENTACIÓN DE LOS PLEITEANTES

El contrato de amigable composición confiere al amigable componedor una expresa autorización para que represente a los mandantes y resuelva su conflicto con la adopción de una transacción. Ahora, con ocasión de la representación, debemos entender que son los mandantes mismos los que solventan su conflicto. Desde esta óptica, el contrato de amigable composición podría ser visto como un mecanismo de solución de conflictos *autocompositivo*, toda vez que la transacción que vincula directamente a los mandantes, es adoptada por el amigable componedor representándolas (Art. Art. 1505, 2177 C.C., 832 y 1262 C.Co.).

A más de los "tecnicismos jurídicos" que nos informan que, con ocasión de la doble representación, son las partes mismas las que acuerdan la transacción, afirmamos que la amigable composición, en términos fácticos, consulta de

des obligations. Editado por Dalloz. Paris, Francia. Tercera Edición. P. 259 a 320.

30 Por otro lado, respecto de los procesos judiciales en curso, la normativa exige, expresamente, la forma escrita de la transacción (Art. 340 C. de P. C.).

cierta manera algunas características de los mecanismos *autocompositivos*, como la posibilidad de los mandantes de "encauzar" al amigable en la elaboración de la transacción, sirviéndose de las estipulaciones contractuales que a bien tengan imponer al amigable componedor. Ahora, la naturaleza "mixta" de este mecanismo y de la obligación que adquiere el amigable componedor con los mandantes (obligación de resultado), le asegura a los mandantes que efectivamente se acogerá una decisión que le ponga fin a su disputa (característica que se echa de menos en la conciliación).

Igualmente, diferenciándose de otros mecanismos *autocompositivos* como la conciliación (Ley 640 de 2001), o *heterocompositivos* como el arbitraje (Ley 446 de 1998), la amigable composición está libre de cualesquier formalismo o rito procesal. Una vez referenciados estos beneficios de la amigable composición, nos adentraremos en el estudio de la representación. Analizaremos su concepto (1) y elementos (2).

1. Concepto de representación

La representación se encuentra consagrada en el Art. 1505 C. C. Como principal efecto de esta institución, la norma de marras nos informa que los actos jurídicos ejecutados por el representante, se establece en el patrimonio del representado, como si este último hubiese obrado él mismo. La amigable de composición, como mandato que es, impone que la actuación se lleve a cabo por cuenta ajena. Así mismo, como se trata de un mandato con representación, la actuación del amigable componedor se realiza, también, a nombre ajeno. Es decir, la amigable composición se efectúa por cuenta (mandato) y a nombre de los pleiteantes (representación, Arts. 2177 C.C., 1262 C.Co. y 130 de la Ley 446 de 1998). Por tanto, en el contrato de transacción el amigable componedor no tiene la calidad jurídica de parte, puesto que este se entiende realizado por los mandantes mismos (is

fecit, cuius nomine factum est- lo hizo aquel en cuyo nombre fue hecho)³¹.

La doctrina más autorizada³² ha sostenido que la representación debe considerarse como *pasiva*, cuando el representante es un mero destinatario de una declaración dirigida a otro (vg. el diputado para recibir el pago, Art. 1638 C.C.) y como *activa*, si el representante, a nombre de otro, manifiesta una declaración de voluntad con un tercero. El componedor, evidentemente, asume una representación *activa* que podríamos considerar como "mayúscula", puesto que, como resultado de la doble representación que recibe, tal emisión de la voluntad no se asocia con un tercero.

2. ELEMENTOS DE LA REPRESENTACIÓN

La representación de los mandantes asumida por el amigable componedor supone los siguientes elementos: facultad para obrar a nombre de los mandantes (a), permisión jurídica de los mandantes para realizar una transacción a través del amigable componedor (b) y manifestación de la voluntad de los mandantes y el componedor (c).

- a) La facultad del amigable componedor para actuar a nombre de los mandantes surge de la voluntad misma de éstos. En otras palabras, se trata de una representación *voluntaria*, que se confiere a partir de un *poder*-el acto que otorga esta facultad se llama apoderar, Art. 832 C.C.-. En el caso que nos ocupa, este poder se desprende del contrato mismo de mandato de amigable composición (vg. en el contrato de consignación -variedad del mandato con representación-, igualmente, del convenio mismo se despren-

31 Para una explicación adicional de las diversas teorías sobre la representación, estúdiense a: CLARO SOLAR, Luis (1978). Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Tomo XI. Editado por Jurídica de Chile. P. 387 y siguientes.

32 ENNECCERUS, Ludwig y NIPPERDEY, Hans (1981). Editado por Bosch. Tratado de Derecho Civil Alemán. Tomo I. Parte General II. Tercera Edición. Página 433.

de el *poder* otorgado por el consignante al consignatario, Art. 1377 C.Co.).

- b) Los mandantes deben contar con la permisión jurídica para poder realizar el acto jurídico a través del compondor. A tal propósito es preciso afirmar que, como regla general, todos los actos patrimoniales pueden realizarse por medio de representantes³³. En lo que respecta a la amigable composición, el acto jurídico que se autoriza realizar a través del compondor es una transacción (Art. 131 de la Ley 446 de 1998).
- c) En la amigable composición, que incluye una prestación voluntaria, se reconocen, como mínimo, tres voluntades: las dos de los mandantes y la voluntad del compondor. Este último, no se limita a reproducir la voluntad de los mandantes; antes bien, su voluntad es determinante en la formación del acto jurídico encomendado (transacción). Tampoco, los pleiteantes se limitan a dar una mera autorización al compondor; sus voluntades lo facultan para confeccionar la transacción, conforme a los parámetros que han establecido.

En este ensayo hemos querido presentar una institución, que juzgamos como original en la teoría del derecho y, principalmente, útil. Como contrato y mecanismo, la amigable composición lo ofrece a los pleiteantes la posibilidad de superar su diferencia, sirviéndose de un tercero para que adopte una transacción. Ahora, se podría argumentar que existen otros mecanismos bien reglamentados, como el arbitraje y la conciliación, con una gran acogida, que cumplen funciones jurídicas y económicas similares a las de este contrato y que, por lo tanto, no se justifi-

caría su difusión. Sobre el particular, estimamos lo siguiente:

El arbitraje, como lo ha asegurado cierta doctrina³⁴, está lejos de ser un mecanismo libre de vicios e inconvenientes, verbigracia, sus elevados costos, las exigencias procedimentales que deben observarse, su elevada burocratización y, finalmente, su poca flexibilidad y celeridad. Por su parte, la amigable composición puede ser un instrumento eficaz para sortear estos problemas. Primero, los costos pueden ser previstos libremente por las partes, ya que no se sometan a tarifa alguna impuesta por un tercero. Segundo, el procedimiento puede ser adoptado por las partes (en este caso se podría aproximar al arbitraje independiente o *ad hoc*³⁵). En efecto, el compondor, imponiendo a las partes una transacción, puede servirse de múltiples alternativas para superar el conflicto, sin someterse a los estrictos términos procedimentales del arbitraje. En definitiva, la amigable composición, por su flexibilidad, pareciera estar más a la medida de las necesidades que demanda el caso concreto.

La conciliación, por otro lado, la cual padece de buena parte de los problemas del arbitraje, tiene el gran inconveniente de la incertidumbre de la solución, que es una simple expectativa, una mera contingencia –en determinados casos una remota eventualidad–. Entre tanto, la amigable composición lo ofrece a los querellantes la *certeza* de una solución a su conflicto.

Con lo anotado, aunque sucinto, pensamos que la amigable composición puede ser un instrumento eficaz para solucionar conflictos, incluso, desde cierto punto de vista, muy superior a los referen-

33 Se prevén ciertas excepciones (Arts. 1060 C.C., 185 y 1146 C.Co.). Consúltense a: COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 17 de abril de 1941 (Fallo publicado en G.J. Tomo 51, página 197). Igualmente, véase a: CLARO SOLAR, Luis. Libro citado, página 376.

34 OPPETIT, Bruno (2005). Teoría del Arbitraje. Editado por la Universidad del Rosario, Legis y République Française. Traducido por Eduardo Silva, Fabricio Mantilla y José J. Caicedo. Bogotá, Colombia. Primera Edición. P.220 a 289.

35 Respecto de este modalidad de arbitraje, no desarrollado en Colombia, se ha dicho: "el arbitraje ideal es siempre y en todos los casos, el arbitraje ad hoc". KASSIS, A. Citado por OPPETIT, B. Libro ya referenciado. P.270.

ciados MASC, que tanta recepción han conocido en nuestras fronteras. Para terminar, queremos presentar el siguiente párrafo, escrito por un conocido autor hace más de tres siglos³⁶:

"Un molinero dejó por toda herencia a sus tres hijos, su molino, su asno y su gato. [...] Al mayor le tocó el molino, al segundo, el asno, y al menor, el gato. No podía consolarse este último por lo pobre de su lote [...] El gato, que escuchaba estas lamentaciones, aunque sin darlo a entender, le dijo con aire reposado y grave: -No te aflijas más, amo mío; dame un saco y mándame a hacer un par de botas con las cuales pueda internarme en las malezas; verás que no te ha tocado el peor lote en la distribución, como crees-".

Dentro de los MASC, la amigable composición no tiene que ser vista como una herramienta de poco interés. En relación con mecanismos tan reputados como la conciliación y el arbitraje, como se ha visto, ofrece ventajas como la simplicidad de trámite, economía de medios, certeza de resolución del conflicto y celeridad. Por supuesto, como al gato del cuento, debe "vestirse" de herramientas que afiancen su implementación; le corresponde, pues, al legislador -estableciendo un régimen especial suplementario-, jurisprudencia y doctrina, dotar a esta institución de reglas claras, especialmente, aquellas relacionadas con las obligaciones y responsabilidades de sus actores. Sin duda, este tipo de medidas podrían despertar una gran confianza en este mecanismo.

36 PERRAULT, Charles (1972). "El Gato con Botas." Grandes Cuentistas. Editado por W.M. Jackson, Inc. N.Y. Estados Unidos. Cuarta Edición. P. 53.

FECHA DE RECIBIDO: NOVIEMBRE DE 2006
FECHA DE APROBACIÓN: NOVIEMBRE DE 2006