



## MEMORANDO

24 de Septiembre de 2020  
Bogotá D.C., 2020-09-24 09:20



Al responder cite este Nro.  
20201030150253

PARA: **PATRICIA DEL CÁRMEN PIAMBA SCHMALBACH**  
Lider Equipo de Diálogo Social y Resolución de Conflictos

DE: **YOLANDA MARGARITA SÁNCHEZ GÓMEZ**  
Jefe Oficina Jurídica

ASUNTO: Respuesta a Memorando No. 20201000074723 “*Solicitud ampliación del concepto emitido mediante memorando identificado con radicado No. 20191030149124, respecto a los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos*”.

De acuerdo con la consulta elevada mediante memorando 20201000074723, por medio del cual se solicita a la Oficina Jurídica la ampliación del concepto emitido mediante memorando identificado con radicado No. 20191030149124, “*respecto de la viabilidad de aplicar la mediación como MASC y elevarlo a documento transaccional, siendo este accesorio al desarrollo de la mediación, para que tenga efectos jurídicos exigibles ante la administración y las partes, específicamente en los casos que por Ley no son susceptibles de conciliar*”, me permito emitir concepto jurídico sobre el particular, en los siguientes términos:

### I. PROBLEMA JURÍDICO Y MARCO METODOLÓGICO

De lo planteado por la Líder del equipo de Diálogo Social en el escrito de la consulta, esta Oficina deduce dos problemáticas puntuales, cuya resolución ocupará las siguientes líneas del presente documento; a saber: (i) ¿se encuentra la mediación, como Mecanismo Alternativo de Solución de Conflictos, sujeta a límites materiales distintos de los fijados por la ley para la conciliación? Dicho de otra forma ¿podrían someterse a mediación aquellos conflictos que, por disposición legal, no son susceptibles de conciliación, especialmente aquellos que involucran derechos territoriales de comunidades étnicas? y (ii) de ser así -y habida cuenta que la mediación, en su implementación, no contempla la suscripción de un documento de cierre con efectos legales de cosa juzgada y mérito ejecutivo, como sí lo hacen otros MASC- ¿podría elevarse a documento transaccional lo acordado en el marco de la mediación?

Para abordar la solución de los problemas identificados, esta Oficina propone hacer una breve aproximación al marco constitucional en el que se fijan los contenidos mínimos e irreductibles a los que se sujeta la prestación del servicio público de administración de



justicia. Seguidamente se hará una breve presentación de los sistemas convencionales y alternativos de resolución de conflictos, resaltando tanto sus puntos de convergencia como las particularidades que los dotan de singularidad, para inmediatamente reseñar los aspectos estructurales de la conciliación, la mediación y la transacción. Por último, se hará una referencia al núcleo fundamental de derecho colectivo al territorio de los pueblos originarios, para finalmente presentar las conclusiones obtenidas a partir de la aplicación del método propuesto.

## II. ANÁLISIS LEGAL Y CONSIDERACIONES

### a. Aspectos constitucionales de los sistemas de resolución de conflictos.

La tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos que se configuran en el tráfico jurídico, constituyen uno de los principales fines del Estado, al punto que los servicios que este despliega o autoriza para atender la solución ordenada de los conflictos que inevitablemente surgen entre ciudadanos, grupos y comunidades con intereses diversos, legitiman y justifican la existencia de la organización estatal desde un punto de vista político y constitucional.

La preminencia de este deber estatal se ve reflejada en distintas cláusulas constitucionales. Así, el artículo 2º resalta que la garantía de la efectividad de los derechos y deberes consagrados en la propia Constitución, al igual que el aseguramiento de la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo hacen parte, entre otros, de los fines esenciales del Estado, de modo que las autoridades de este se entienden instituidas para proteger a todas las personas en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades. Los artículos 28 y 29, a su turno, consagran los derechos a la libertad, el debido proceso, la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal y la presunción de inocencia, mientras que el 31 garantiza la recurribilidad de las decisiones judiciales y la prohibición de *reformatio in peius* de las sentencias. El artículo 53, prevé la irrenunciabilidad, por parte de los trabajadores, a los beneficios mínimos establecidos en las leyes laborales, al tiempo que auspicia la posibilidad de que los mismos concilien y transen sobre derechos inciertos y discutibles. El artículo 58, por su parte, garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, salvaguardándolos de los efectos de las leyes posteriores, mientras que el artículo 63 dota de atributos de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad a los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de las comunidades étnicas y las tierras de resguardo.

Los artículos 86, 87 y 88, en su orden, dan fundamento constitucional a la acción de tutela, a la acción de cumplimiento y a las acciones populares como instrumentos para la protección de derechos, en tanto el artículo 89 delega en el legislador la configuración de los demás recursos, acciones y los procedimientos necesarios para asegurar la integridad del orden jurídico y la protección de los derechos individuales, de grupo o colectivos. Por su parte, el artículo 116 señala los órganos facultados para administrar justicia, previendo la posibilidad de que los particulares puedan estar transitoriamente investidos de dicha potestad en calidad de jurados de causas criminales, conciliadores o árbitros. Finalmente, los artículos 228, 229 y 230 garantizan el derecho de acceso a la administración de



justicia, la independencia del poder judicial, la prevalencia del derecho sustancial, la observancia forzosa de los términos procesales y la sujeción de los jueces al imperio de la ley, mientras que el artículo 246 reconoce los poderes jurisdiccionales que las autoridades indígenas ejercen en el ámbito de su territorio, instando al legislador para que establezca los mecanismos de coordinación entre aquellos y el sistema judicial nacional.

Los anteriores mínimos constitucionales deben entonces ser observados durante el diseño e implementación tanto de las normas sustanciales como de las herramientas procedimentales que concurren en la efectivización del derecho de acceso a la administración de justicia, normas y herramientas que, valga aclarar, han sido agrupadas por la doctrina especializada en dos grandes categorías: las autocompositivas y las heterocompositivas.

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-1195 de 2001 señaló que:

*“Parte importante de la doctrina sobre resolución de conflictos reconoce dos grandes sistemas de respuesta. El primero, denominado de autocomposición, compuesto por aquellos medios en los cuales son las propias partes confrontadas las que resuelven sus desavenencias, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, ya sea de manera directa o asistidos por terceros neutrales que facilitan el diálogo y la búsqueda de soluciones al conflicto. Dentro de este primer grupo se encuentran mecanismos como la negociación, la mediación y la amigable composición.*

*El segundo grupo, denominado de heterocomposición, compuesto por aquellos medios en los cuales las partes enfrentadas someten la solución de sus conflictos a terceros que se encargan de resolverlos independientemente de la autonomía de la voluntad de las partes. En este segundo grupo se ubican tanto los mecanismos de justicia formal como el arbitraje...” (Subrayado fuera del texto original)*

Con fundamento en lo indicado, es dable afirmar, que mientras que los sistemas heterocompositivos descansan sobre una doble base conformada por el poder con el que se reviste a los terceros que administran justicia (jueces y árbitros) y por la sujeción de estos al imperio de la Ley, los autocompositivos se estructuran principalmente alrededor del valor normativo que el ordenamiento concede a la autonomía de la voluntad, eso es, a *“la facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las buenas costumbres”*<sup>1</sup>

Esta última cuestión, resulta, en el sentir de esta Oficina, crucial al momento de definir el alcance de los Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos, especialmente cuando se trata de su implementación en el ámbito de las controversias que involucran derechos territoriales de comunidades étnicas, dadas las características de inembargabilidad, imprescriptibilidad e inalienabilidad con las que el ordenamiento constitucional dota a estos derechos colectivos.

<sup>1</sup> Corte Constitucional, Sentencia C 934-2013.



## b. Generalidades de la conciliación, la mediación y la transacción como MASC.

En este punto resulta necesario traer a colación lo dispuesto en el artículo 55 del Decreto Ley 902 de 2017, “*Por el cual se adoptan medidas para facilitar la implementación de la Reforma Rural Integral contemplada en el Acuerdo Final en materia de tierras, específicamente el procedimiento para el acceso y formalización y el Fondo de Tierras*”, que a la letra reza:

*“Durante todo el desarrollo del Procedimiento Único de que trata el presente decreto ley se fomentarán e implementarán los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, preferiblemente la conciliación sobre asuntos entre particulares relacionados con predios rurales. La Agencia Nacional de Tierras, los delegados regionales y seccionales de la Defensoría del Pueblo, los personeros municipales y distritales, los procuradores y defensores agrarios, los centros de conciliación autorizados por el Ministerio de Justicia y del Derecho, y los conciliadores en equidad podrán adelantar las conciliaciones en el marco de Procedimiento Único de que trata el presente decreto ley.*”

*Los mecanismos de participación definidos en cada plan de ordenamiento social de la propiedad rural, así como las instancias comunitarias de resolución de conflictos, como los comités de conciliación y convivencia de las juntas de acción comunal, entre otros, podrán participar en la resolución de conflictos en el marco del Procedimiento Único.*

*Dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición del presente Decreto Ley, en el marco de la Mesa Permanente de Concertación MPC y la Comisión Nacional de Territorios Indígenas -CNTI se concertarán los mecanismos de resolución de conflictos territoriales que afectan a los pueblos indígenas en relación con sus derechos de la propiedad, que surjan entre estos y beneficiarios no indígenas.*

*Adicionalmente dentro del mismo término el Gobierno Nacional adoptará mecanismos de resolución de conflictos territoriales que involucren pueblos indígenas, comunidades campesinas, comunidades negras y otros habitantes rurales con la participación de estos sectores.*

*La resolución de conflictos territoriales entre comunidades indígenas y beneficiarios no indígenas, en ningún caso afectará los derechos adquiridos de comunidades indígenas.*

*Las actas de conciliación que requieran registro serán registradas sin que para esto sea necesario elevarlas a escritura pública y están exentas de la tarifa por el ejercicio registral.*

*Parágrafo. El Director de la Agencia Nacional de Tierras delegará en un equipo jurídico que, previa formación y capacitación, tenga la calidad de conciliadores en los asuntos de índole agraria y rural”*

De la lectura del artículo transcrito podemos destacar que:



- En desarrollo del procedimiento único, se deberán fomentar e implementar los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos -MASC-, preferiblemente la conciliación sobre asuntos entre particulares relacionados con predios rurales.
- La norma transcrita no dispuso la conciliación como único Mecanismo Alternativo de Solución de Conflictos a implementar en desarrollo del Procedimiento Único; sin embargo, sugiere la implementación de la conciliación como -MASC- para tratar asuntos entre particulares relacionados con predios rurales.
- La norma dispone que en el marco de la Mesa Permanente de Concertación MPC y la Comisión Nacional de Territorios Indígenas -CNTI, se deberán concertar los mecanismos de resolución de conflictos territoriales que afectan a los pueblos indígenas en relación con sus derechos de la propiedad, que surjan entre estos y beneficiarios no indígenas. De lo anterior, podemos determinar que existe una obligación de parte de la administración, para concertar los mecanismos de resolución de conflictos territoriales que afectan a los pueblos indígenas en relación con sus derechos de la propiedad, que surjan entre estos y beneficiarios no indígenas, lo anterior, en desarrollo de la Mesa Permanente de Concertación MPC y la Comisión Nacional de Territorios Indígenas -CNTI.
- La resolución de conflictos territoriales entre comunidades indígenas y beneficiarios no indígenas, en ningún caso afectará los derechos adquiridos de comunidades indígenas.

En consecuencia, es preciso señalar que durante el desarrollo del Procedimiento Único resulta viable implementar la mediación o cualquier otro de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, dependiendo de la practicidad para abordar el conflicto a tratar<sup>2</sup>; sin embargo, se indica la prelación de la conciliación como MASC para abordar asuntos entre particulares relacionados con predios rurales.

<sup>2</sup> Corte Constitucional Sentencia C-1195 de 2001: “Para la Corte resulta claro que la justicia estatal formal no siempre es efectiva, en especial cuando no se han previsto recursos judiciales idóneos y suficientes que faciliten la solución pacífica de los conflictos, o cuando la complejidad de los procedimientos o de las condiciones de tiempo, modo y lugar exigidas por el legislador restringen la capacidad de alcanzar el goce efectivo de los derechos cuya protección se busca al acudir a las instancias judiciales. Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos no representan una desconfianza hacia la justicia estatal formal, sino un reconocimiento de que procedimientos menos formales y alternativas de justicia autocompositiva complementan las opciones a las cuales pueden acudir las personas para resolver sus disputas. Por ello, mecanismos como la mediación y la conciliación, más que medios para la descongestión judicial, son instrumentos para garantizar el acceso efectivo a la justicia y promover la resolución pacífica de los conflictos.” (Subrayado fuera del texto original)



La mediación como -MASC-, es definida por la doctrina como "*Es un sistema alternativo y en ocasiones complementario, de resolución de conflictos, en el que las partes, mediante el diálogo y con la ayuda de un tercero o terceros imparciales que facilitan el proceso de comunicación, alcanzan por sí mismos, los acuerdos que estiman más satisfactorios para la resolución de sus controversias o litigios*"<sup>3</sup>. En otras palabras, es, al igual que la conciliación, un mecanismo autocompositivo por el cual se busca dar solución a conflictos, en el cual las partes pueden abordar la solución de la controversia con la intervención de un tercero neutral e imparcial (Mediador) que facilite y promueva el diálogo y la negociación entre ellas.

Ahora bien, respecto de la transacción, es preciso indicar que sus orígenes se sitúan en la antigua Roma en donde se configuraba como un pacto, como instrumento de paz. Coincidió pues en su origen, con la figura del *pactum*, entendido como acuerdo de composición pacífico y amistoso, que se celebraba entre la víctima de un delito o una ofensa y el culpable o delincuente; es decir, la mera renuncia a una pretensión era un instrumento capaz de establecer la paz. En el derecho romano se estableció la institución por medio de la cual las diferencias litigiosas podían terminarse sin esperar la expedición de una decisión judicial; las partes interesadas debían, en consecuencia, presentar un escrito por medio del cual renunciaban de manera recíproca a parte de los intereses litigiosos.

Una vez resumidos los orígenes del contrato de transacción, es preciso señalar que este negocio jurídico es definido en siguientes términos:

1. *"Transactio: La transacción es el contrato en virtud del cual cada una de las partes, dando, prometiendo o reteniendo alguna cosa, ponen fin a un litigio o evitan que pueda surgir"*<sup>4</sup>.
2. *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.* (Código Civil, artículo 2.469)
3. Sobre la anterior definición legal ha sostenido la Corte Suprema de Justicia: Para que haya transacción, en el sentido estrictamente jurídico del vocablo, requiérase, según los dictados de la jurisprudencia universal, que los contratantes terminen una controversia nacida, o eviten un litigio que está por nacer, mediante el abandono recíproco de una parte de sus pretensiones, o la promesa que una de ellas hace a la otra de alguna cosa para obtener un derecho claro y preciso (C.S.J. Casación del 3 de marzo de 1938, Gaceta Judicial Tomo XLVI (46), p. 120)

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia T-118 de 2013 menciona que;

<sup>3</sup> Guia Practica De Mediacion, Juan Ignacio Zaera Navarrete - Editorial Tirant Lo Blanch -2013, Pag 23.

<sup>4</sup> Panero Gutiérrez R. Derecho romano, 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia 2008, p.658)



*“El artículo 1625 del Código Civil establece que la transacción es un modo de extinguir las obligaciones y nace a la vida jurídica como un acuerdo de voluntades (art. 2469 C.C). Así las cosas, la transacción implica el pacto entre las partes de poner fin a un derecho de contenido dudoso o a una relación jurídica incierta, que surge de la intención de las partes de modificarla por una relación cierta y firme, con concesiones recíprocas. Además, de acuerdo con el artículo 2483 C.C, la transacción tiene efectos de cosa juzgada a menos que se configure un vicio que genere nulidad”. (Subrayado fuera del texto original)*

Adicionalmente, es preciso indicar que se requiere cumplir con una serie de requisitos para la configuración del contrato de transacción, los cuales se enumeran a continuación:

1. La existencia de un derecho que se disputa judicialmente o que pueda ser materia de confrontación litigiosa futura.
2. La intención o voluntad de superar las diferencias sin necesidad de decisión judicial.
3. Las concesiones o sacrificios recíprocos (*aliquid datum, aliquid retentum*), esto es, como los sostiene la doctrina, que si las partes no procuran concesiones o sacrificios, sino sólo beneficios, no se puede sostener que se está frente a una transacción, sino que se gira en torno a un negocio jurídico distinto, como la simple renuncia al ejercicio de un derecho ( José Alejandro Bonivento Fernández, Los principales contratos civiles y comerciales, tomo II, 9ª edición, Bogotá, Librería del profesional, 2017, p. 138)

Respecto al alcance del contrato de transacción tenemos:

1. Carácter declarativo: Se puede declarar la existencia de un derecho determinado, que se encuentra en disputa, en cabeza de una de las partes que celebran el contrato.
2. Carácter constitutivo o dispositivo: Sirve para crear, modificar o extinguir relaciones propias de los contratos y de los llamados actos constitutivos. Puede suceder, y es válido, que de la transacción se derive un título translaticio de dominio, como cuando el negocio se dirige a disponer de una cosa de la que es dueño uno de los transigentes. Esta índole dispositiva o el carácter constitutivo surge de la creación, modificación o extinción de determinada relación. En otras palabras, cuando el sacrificio o concesión produce la disposición de un derecho, la transacción sirve para crearlo, modificarlo o extinguirlo.

Características del contrato:

1. Consensual: Se perfecciona con el simple acuerdo de voluntades sobre lo que es objeto de la transacción. Para el caso de la contratación pública requerirá de la solemnidad de constar por escrito (art. 39 Ley 80 de 1993) y, en el caso de incluir bienes sometidos a registro, también requerirá de esta solemnidad.
2. Bilateral: Las partes interesadas en dirimir el litigio existente o el eventual y futuro contraen obligaciones que se miden por los sacrificios y concesiones recíprocas.





3. Conmutativo. Cuando las partes conocen de manera clara el alcance de las prestaciones que debe asumir cada una de ellas.
4. Principal: Subsiste por sí sólo, así sea producto de las diferencias surgidas en la ejecución de otra relación jurídica, por lo tanto, también es autónomo.
5. Nominado: Porque está reglamentado en los artículos 2.469 y siguientes del Código Civil

Requisitos de existencia y validez de los contratos de transacción:

- ✓ Capacidad: Que las partes cuenten con capacidad legal para celebrar el contrato de transacción. En el caso de los servidores públicos no se habla de capacidad para contratar, sino de competencia, la cual surge de las normas constitucionales y legales que se las confieran<sup>5</sup>. (artículo 13 de la ley 80 de 1993)
- ✓ Consentimiento: Que las partes del contrato de transacción concedan su consentimiento, se pongan de acuerdo en las prestaciones y sacrificios mutuos que cada uno adquiere y concede.
- ✓ Objeto: El objeto de la transacción es precaver un litigio eventual y futuro o terminar uno que ya se encuentra en marcha, dentro de la línea de prestaciones recíprocas, creando, modificando o extinguiendo relaciones jurídicas patrimoniales.

<sup>5</sup> Sobre esto ha sostenido el Consejo de Estado:

*“La transacción es un arreglo amigable de un conflicto surgido entre las partes, que esté pendiente de decisión judicial o que no haya sido sometido aún a ella, por medio de concesiones recíprocas, pues no hay transacción si una de las partes se limita a renunciar sus derechos y la otra a imponer los suyos. Por eso, puede ser definida la transacción como un negocio jurídico por el cual las partes terminan una contienda nacida o previenen una por nacer, haciéndose concesiones recíprocas. Desde el punto de vista procesal es un medio anormal de ponerle fin al proceso, cuando se refiere a la totalidad de las cuestiones debatidas entre las partes del mismo o, en el evento de ser parcial, clausura el debate en relación con las pretensiones sobre las cuales haga referencia.*

*En esta perspectiva, el Consejo de Estado, con base en la normativa civil, ha considerado que la transacción es un contrato y no ha dudado en la procedencia de las transacciones bajo el imperio de las normas civiles por parte de entidades estatales, con la sola diferencia de que en materia de contratación estatal el contrato es solemne y no consensual, lo que implica que la ausencia del documento escrito conlleva a que se miren como no celebrados; además debe ser suscrito por quien tenga la representación legal de la entidad, quien es el único que tiene la competencia para vincularla contractualmente y debe cumplir con las formalidades previstas en la ley para su procedencia, entre ellas la autorizaciones de ley. (Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 28 de febrero de 2011, expediente 28281, M.P. Ruth Stella Correa Palacio)*



- ✓ Efecto de la transacción: Hace transito a cosa juzgada y obliga a las partes frente al acuerdo a que se llegó, en el entendido que, de tratarse del mecanismo para precaver un litigio eventual y futuro, no se podrá acudir a la administración de justicia por los derechos y obligaciones del conflicto originario, sino sólo por los eventuales incumplimientos del contrato de transacción.

Adicionalmente, es necesario mencionar que el Consejo de Estado en sentencia **2002-0564-01** de 4 de noviembre de 2004 señala que:

*“En realidad tanto la conciliación como la transacción responden a la misma naturaleza, pues, la conciliación es una transacción a la cual se llega con la intervención de un conciliador, mientras que la denominada transacción, la logran las partes de manera directa.*

*Si bien es cierto en la conciliación, interviene un conciliador, este no tiene injerencia decisoria en las bases y alcances de la determinación que por ser transaccional corresponde exclusivamente a los interesados, y solo podrá sugerir fórmulas de arreglo pero no podrá imponer su criterio, ni intentar modificar el acuerdo logrado.(...)*

*Ambas figuras que tienen como fundamento principal la solución de un conflicto inter partes con capacidad dispositiva, responden a la misma naturaleza...*<sup>6</sup>

A partir del anterior ejercicio de caracterización legal, podemos arribar a una primera conclusión, conforme a la cual la conciliación, la mediación y la transacción comportan entre sí, más allá de las particularidades que las distinguen, los mismos fundamentos, límites y alcances, que no son otros distintos a los establecidos y permitidos por el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes en conflicto. Resulta, entonces, equivocado suponer -como parece hacerlo la consultante-, que la escasa regulación de la figura de la mediación confiera a sus usuarios mayores márgenes de operación desde el punto de vista de la disponibilidad de los derechos e intereses en conflicto.

### **c. Zona blanda y aspectos transigibles del derecho colectivo al territorio de las comunidades étnicas.**

No obstante lo concluido en el anterior aparte, debemos apresurarnos en aclarar que la vinculación de derechos colectivos étnico-territoriales en un determinado conflicto no impide, *per se*, que el mismo pueda someterse en su resolución a los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos expresamente autorizados por el artículo 55,

6 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra, Auto de 4 de noviembre de 2004, Referencia: Expediente No. 24225, Radicación No. 68001231500020056401



incisos 3º y 4º, del Decreto-Ley 902 de 2017. Afirmar lo contrario llevaría no solo a suprimir cualquier efecto útil de las normas en comento, sino también a desconocer el derecho de las propias comunidades a gestionar sus propios intereses con características de autonomía e independencia. Lo correcto, a criterio de este despacho, en armonía con el principio del efecto útil de las normas<sup>7</sup>, es entender que el ámbito de aplicación de los MASC se contrae, en estos eventos, a las controversias en las que, o bien resulte incierto del derecho colectivo al territorio de la comunidad, o bien comprometa aspectos constitutivos de su “zona blanda”. Contrario sensu, cuando la disputa o controversia afecte elementos estructurantes del núcleo esencial o zona dura de este derecho colectivo-étnico, debería entenderse que el uso de los MAS se encontraría vedado, so pena de adolecer el respectivo acuerdo de vicios de ilegalidad en su objeto.

Así, como ejemplos del primer supuesto es posible referir las disputas de áreas y linderos entre uno o varios territorios colectivos o entre estos y propietarios no étnicos, especialmente cuando los conflictos se originan en las dificultades para verificar linderos arcifinios o cabidas establecidas en unidades de medida costumbristas. De igual manera, resultaría procedente el uso de los MASC para solucionar las controversias surgidas entre comunidades indígenas y afrodescendientes cuando se dan los presupuestos fijados por el artículo 18 de la Ley 70 de 1993. Por oposición, resultaría inadmisibles el uso de cualquier Mecanismo Alternativo de Resolución de Conflictos cuando, so pretexto de su uso, se pretenda sacrificar la totalidad del territorio de una comunidad mediante el pago de la compensación dineraria de la que trata el artículo 16 numeral 4º *in fine* del Convenio 169 de 1989 de la OIT.

Corresponde, entonces, a las partes y a las autoridades que lleguen a participar como conciliadores o mediadores en tratamiento de un conflicto, definir, en el marco de las situaciones concretas, los aspectos blandos y por contera transigibles de los derechos territoriales en disputa.

### III. CONCLUSIONES:

Con fundamento en los razonamientos expuestos, la Oficina Jurídica concluye:

1. Que durante el desarrollo del Procedimiento Único resulta viable implementar la mediación o cualquier otro de los Mecanismos Alternativos de Solución de

<sup>7</sup> “Por el principio del efecto útil, según se ha visto, el texto de una norma debe ser interpretado de manera que todo cuanto ella prescribe produzca consecuencias jurídicas. En consecuencia, no puede el intérprete dar idéntico significado a dos expresiones contenidas en una misma norma, pues una de ellas resultaría superflua e innecesaria”. (Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 02/02/2001, expediente AG-017, CP Alíer Eduardo Hernández Enríquez)



Conflictos dependiendo de las necesidades y de la practicidad que los mismos ofrezcan para abordar la definición y resolución de la respectiva controversia.

2. Que, por encontrarse cimentadas en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, la conciliación, la mediación y la transacción, en tanto mecanismos autocompositivos de gestión de conflictos, comparten los mismos límites en lo que respecta a sus alcances y posibilidades de implementación.
3. Que el Decreto Ley 902 de 2017, en su artículo 55, dispone que en el marco de la Mesa Permanente de Concertación MPC y la Comisión Nacional de Territorios Indígenas -CNTI, se deberán concertar los mecanismos de resolución de conflictos territoriales que afectan a los pueblos indígenas en relación con sus derechos de la propiedad, que surjan entre estos y beneficiarios no indígenas. De lo anterior, surge la existencia de una obligación de parte de la administración, la cual consiste en concertar los mecanismos de resolución de conflictos territoriales que afectan a los pueblos indígenas en relación con sus derechos de la propiedad, que surjan entre estos y beneficiarios no indígenas, lo anterior, en desarrollo de la Mesa Permanente de Concertación MPC y la Comisión Nacional de Territorios Indígenas -CNTI; en consecuencia, es necesario que se cumpla con dicho requisito, con el fin de realizar la concertación de los mecanismos de resolución de conflictos territoriales que afecten estas comunidades de especial protección.
4. Que, en cualquier caso, en el ámbito de la gestión de las controversias que afectan o comprometen los derechos étnico-territoriales de las comunidades étnicas, el uso de los mecanismos alternativos de resolución de conflicto debería entenderse relegado a las controversias en las que, o bien resulte incierto del derecho colectivo al territorio de la comunidad, o bien comprometa aspectos constitutivos de su “zona blanda”

Finalmente, es necesario advertir que los conceptos emitidos por la oficina son orientaciones de carácter general, que no comprometen la decisión o solución de problemas específicos ni el análisis de actuaciones particulares.

Cordialmente,



**YOLANDA MARGARITA SANCHEZ**

Jefe de Oficina Jurídica

Preparó: Jaime Duque

Revisó: Gabriel Carvajal

hoAS-x0iG-vhwSZ-GMh6-jwTKLX