

**LA AMIGABLE COMPOSICIÓN COMO MECANISMO ALTERNATIVO DE
SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN CONTRATOS DE CONCESIÓN DE CUARTA
GENERACIÓN: UNA APROXIMACIÓN AL CONTRATO DE CONCESIÓN DE
INFRAESTRUCTURA PÚBLICA Y LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS QUE DE ESTE
SURJAN**

Monografía de grado para optar al título de abogado

Gustavo Hernández Espinosa

Director

Dr. Jaime Chaves Villada

**PONTIFICA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO
BOGOTÁ D.C.**

2018

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por qué las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

Resumen

Los contratos de concesión de infraestructura constituyen acuerdos de voluntades que cuentan con una importante cuantía, así como con una complejidad técnica y financiera. Bajo este marco, en la actualidad los contratos pertenecientes a la cuarta generación de concesiones viales, han sido pactados con cláusulas de solución de conflictos que incluyen, entre otros, la amigable composición como método de solucionar las controversias. Siendo esta la situación, este escrito planteará las consecuencias que se derivan del pacto de amigable composición en una tipología de contratos estatales, como lo son los de concesión de infraestructura pública.

Palabras claves:

Equidad, solución de conflictos, amigable composición, cuarta generación de concesiones viales.

Abstract

Infrastructure concession contracts are agreements of important value and great technical and financial complexity. Within this framework, contracts corresponding to the fourth generation concessions currently contain a clause for conflict solution that include, among others, the amicable agreement as an alternative method for resolving controversies. In this sense, this thesis will address the consequences of including the amicable agreement in a kind of state contract, such as the infrastructure concession.

Key Words:

Equity, conflict solution, amicable agreement, fourth generation concession contracts.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
Introducción	6
I. Contrato de Concesión de Infraestructura	18
1.1. Antecedentes del contrato de concesión de infraestructura pública	19
1.1.1. Decreto 222 de 1983.	20
1.1.2 Constitución Política de 1991.....	24
1.1.3 Primera Generación de Concesiones Viales.	28
1.1.4 Segunda Generación de Concesiones Viales.....	34
1.1.5 Tercera Generación de Concesiones Viales.	35
1.2. Cuarta Generación de Concesiones Viales.....	39
1.2.1. Las asociaciones público privadas (APP) como instrumento de contratación Administrativa en las concesiones de cuarta generación.....	45
II. La amigable composición como mecanismo alternativo de solución de controversias	50
2.1. Fuentes normativas de la amigable composición.....	52
2.2. Decisiones en equidad como característica de la amigable composición	53
2.3. La amigable composición en controversias contractuales	56
2.3.1. La amigable composición en contratos de concesión de infraestructura pública.....	61
2.3.2. Régimen de solución de controversias introducido por la Ley 1682 de 2013 modificada por la Ley 1742 de 2014.	62
2.3.3. Cláusula de amigable composición en contratos celebrados por la ANI.	62
2.3.3.1. Designación del panel de amigables componedores y fundamento para decidir por parte de este – en equidad o en derecho-	64
2.3.3.2. Impedimentos y recusaciones	67
2.3.3.3. Permanencia del panel durante toda la ejecución contractual	71
2.4. Implicaciones de la amigable composición a la luz de instituciones jurídicas presentes en el régimen de contratación estatal	73
2.4.1. Seguridad jurídica.	74
2.4.2. Alcance de la decisión de los amigables componedores y la capacidad de estos para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos.	78

2.5. Arbitraje y la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo como maneras paralelas de solucionar los conflictos en contratos que incluyan la amigable composición como método alternativo.....	82
Conclusiones.....	85
Bibliografía.....	94

Introducción

En contratos de concesión de infraestructura pública, la Agencia Nacional de Infraestructura¹ (ANI), actual competente para celebrar aquel contrato con los particulares, ha optado por pactar cláusulas de amigable composición para la solución alterna de algunas de las controversias que surjan de la ejecución contractual.

Para realizar un estudio integral sobre la inclusión de esta cláusula en contratos de importante complejidad financiera, técnica, jurídica y con un plazo de ejecución considerable, como lo son los de concesión de infraestructura pública, se abordará lo atinente al contrato por un lado y, por otro, la amigable composición como mecanismo alternativo de solución de conflictos.

El estudio del contrato de concesión de infraestructura contendrá, en primer lugar, un análisis de los antecedentes de aquel contrato iniciando con lo contenido en el Decreto 222 de 1983, sin pretender desconocer la presencia de contratación de infraestructura pública con recursos privados con anterioridad a esta norma; sino, plantear desde este momento la mutación de múltiples factores², que sirvieron de base para lo que hoy se conoce como concesión de infraestructura pública. En segundo lugar, se abordará el marco actual de dicho contrato en el país, a la luz de lo denominado como cuarta generación de concesiones viales y las asociaciones público privadas como instrumento de contratación administrativa.

¹ Introducida al ordenamiento jurídico colombiano por medio del Decreto 4165 de 2011, expedido mediante facultades extraordinarias, el cual modifica la naturaleza jurídica del anterior INCO a “Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial, del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica” (Artículo 1). Como planteado en el Artículo 3 del Decreto, esta Agencia “tendrá por objeto planear, coordinar, estructurar, contratar, ejecutar, administrar y evaluar proyectos de concesiones y otras formas de Asociación Público Privada - APP, para el diseño, construcción, mantenimiento, operación, administración y/o explotación de la infraestructura pública de transporte en todos sus modos y de los servicios conexos o relacionados y el desarrollo de proyectos de asociación público privada para otro tipo infraestructura pública cuando así lo determine expresamente el Gobierno Nacional respecto de infraestructuras semejantes a las enunciadas en este artículo, dentro del respeto a las normas que regulan la distribución de funciones y competencias y su asignación.”

² Cambios en la legislación, las políticas públicas y la institucionalidad

En cuanto a los mecanismos alternos de solución de controversias, la importancia de estos ha sido destacada, de manera genérica, por parte de la doctrina³ y la jurisprudencia⁴. Se ha establecido que estos no suprimen el poder judicial, ni privatizan de ninguna manera la justicia. Sino que proveen soluciones rápidas y adecuadas para la solución de los conflictos; se ha puntualizado, en este mismo sentido, que la ventaja que suponen está orientada a un cambio en la mentalidad, más acorde con el arreglo y más lejana a la excesiva litigiosidad. (Monroy Cabra, 1997)

Bajo este contexto y, teniendo en cuenta que la amigable composición supone uno de estos mecanismos, se introducirá la investigación a realizar con un panorama general de aquellos métodos contenidos en el ordenamiento jurídico colombiano; así como un análisis de estos mecanismos en controversias que de contratos estatales surjan, lo cual enmarcará aún más la investigación. Se busca de esta manera, poner de presente un marco bajo el cual se pueda contrastar la figura de la amigable composición, que se esbozará en el desarrollo del estudio.

En lo referente al arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos, cada vez es más común que se acuda al pacto arbitral⁵ para dirimir los conflictos que surjan, dado,

³ El doctrinante Marco Gerardo Monroy Cabra ha establecido como beneficios a los mecanismos alternativos de solución de controversias los siguientes: permite solucionar el conflicto en menor tiempo que el que insume un proceso judicial, ahorra el costo del proceso judicial, permite a las partes intervenir en la solución del conflicto, contribuye a descongestionar la actividad judicial, ganan ambas partes, ya que en el proceso judicial hay un ganador y un perdedor y contribuye a lograr la paz social. (Monroy Cabra, 1997)

⁴ Por parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, mediante sentencia C – 222 de 2013, el Alto Tribunal estableció como beneficios a los mecanismos alternativos de solución de controversias, los siguientes: buscan hacer efectivos los fines constitucionales como el de la convivencia pacífica, permiten la participación directa de los interesados en la resolución de sus conflictos, son otra forma de hacer efectivo el derecho de acceso a la administración de justicia y son un buen mecanismo para lograr la descongestión judicial.

⁵ Entiéndase como pacto arbitral, según el Artículo 3 de la Ley 1563 de 2012: negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas. El pacto arbitral implica la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El pacto arbitral puede consistir en un compromiso o en una cláusula compromisoria. En el pacto arbitral las partes indicarán la naturaleza del laudo. Si nada se estipula al respecto, este se proferirá en derecho.

Adicionalmente, la doctrina, más específicamente el Dr. Hernán Fabio López Blanco, ha establecido que del pacto arbitral se derivan dos modalidades: la cláusula compromisoria y el compromiso. Se entiende por cláusula compromisoria aquel pacto contenido en un contrato, o en una adición posterior al mismo, en virtud del cual sus intervinientes acuerdan someter a la decisión de árbitros, todas o algunas de las diferencias que en un futuro se puedan suscitar provenientes de aquel. Por compromiso debe entenderse aquel negocio jurídico bilateral... en virtud del cual se conviene definir por la vía arbitral concretas controversias ya presentadas. (López Blanco , 2013)

principalmente, a que es una vía rápida de solucionar los conflictos y con árbitros especializados en la materia, además las partes cuentan con una mayor garantía de la decisión. (Hoyos Pizano & Londoño Camargo). Este mecanismo se constituye como uno heterocompositivo⁶, en el cual un tercero dirimirá la controversia, en derecho o en equidad según lo pacten las partes, acogiéndose la decisión en derecho en caso de guardarse silencio. Se colige lo anterior de lo dispuesto por el tercer inciso del Artículo 3 de la Ley 1563 de 2012, que define el pacto arbitral, citado anteriormente.

Adicionalmente, es pertinente abordar la fuente del arbitraje, la cual tras la Constitución de 1991, se planteó debía ser la voluntad de las partes. Así las cosas, después o antes - mediante compromiso o cláusula compromisoria - de que surja el conflicto, las partes podrán acordar acudir a un panel arbitral para solucionar la controversia; por lo tanto, en ningún caso se podrá utilizar el arbitraje sin la voluntad de aquellas como medio para llegar a este método. Sobre el punto la Corte Constitucional ha sostenido que

La decisión de presentar las disputas surgidas en una relación jurídica ante un tribunal de arbitramento (antes que acudir a los jueces ordinarios), es el resultado de un acuerdo previo de carácter voluntario y libre efectuado por los contratantes. (Corte Constitucional, Sentencia C-330, M.P. Carlos Gaviria Diaz, 2000)

Ahora bien, al abordar el estudio del actual Estatuto del Arbitraje en Colombia se colige que este se divide en dos, por un lado el arbitraje de carácter nacional y, por otro, el de carácter

⁶ Aquellos en los cuales la solución va a ser dada o determinada por un tercero totalmente ajeno e independiente de las partes en conflicto. Dentro de estos métodos heterocompositivos encontramos la vía judicial ordinaria y el denominado trámite arbitral. Cabe recordar que en estos dos métodos de solución de conflictos, se sigue conservando la autonomía de las partes, aunque de una forma más indirecta. Es así como la existencia de la vía judicial, se funda en la delegación que hicieron los particulares al Estado en algún momento de la historia, adicionalmente la vía judicial, solo entrará en funcionamiento cuando el particular la solicite, en ejercicio del derecho de acción. Por otro lado al trámite arbitral solo puede darse inicio a solicitud de la parte que eventualmente pueda tener un conflicto o que lo tiene actualmente; lo anterior se llega a la estipulación de una cláusula compromisoria dentro de un contrato suscrito por ambas partes o mediante la suscripción de un compromiso. (Gamboa Bernate , 2000)

internacional, el cual tuvo su fuente en la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (Mejía Rodríguez, pág. 369)

El arbitraje nacional es la regla general, dado a que si no se cumplen las condiciones que en adelante se expondrán para que haya arbitraje internacional, este será siempre nacional. La modalidad de arbitraje nacional se incluye en la Sección Primera de la Ley 1563 de 2012, la cual determina todo lo atinente a este tipo de arbitraje como lo es las clases de arbitraje nacional – ad hoc o institucional –⁷, la autonomía de la cláusula compromisoria⁸, la designación de los árbitros⁹, el trámite y los centros de arbitraje.

El arbitraje internacional, regulado en la Sección Tercera de la Ley 1563 de 2012, tendrá lugar en tres ocasiones. En primer término cuando los domicilios de las partes están en diferentes países al momento de firmarse el acuerdo de arbitraje. Adicionalmente, se estará ante un escenario de arbitraje internacional cuando el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones se encuentre por fuera del territorio donde las partes tienen su domicilio. Por

⁷ Debe entenderse por arbitraje Ad Hoc, según lo estipulado en el Artículo 2 de la Ley 1563 de 2012 aquel que es conducido directamente por los árbitros. Figura que ha sido criticada por cierta parte de la doctrina, al considerar que no se debió incluir en la Ley 1563 de 2012, por cuanto la mayoría de los miembros de su redacción propusieron que se eliminara, por cuanto se consideró como una figura que casi nunca se utilizaba, como se evidencia desde 1989 hasta la fecha (López Blanco, 2013). Por otro lado, el arbitraje institucional es aquel que es adelantado por un centro de arbitraje, el cual será el aplicable en caso de que las partes guarden silencio.

⁸ La autonomía de cláusula compromisoria ha sido objeto de estudios por parte de la doctrina extranjera y local, para determinar si es un pacto accesorio a una relación contractual, o si por el contrario, tiene una vida propia. Actualmente la doctrina es unánime al sostener la autonomía del pacto arbitral frente a la relación contractual o extracontractual que sea objeto la materia de arbitramento. (Gil Echeverry J. H., La Conciliación extrajudicial y la amigable composición, 1993).

Por parte de la jurisprudencia, el Consejo de Estado se ha esbozado, adicionalmente, que la cláusula compromisoria constituye un verdadero contrato pues por ella las partes estipulan someter a la decisión arbitral, todas o algunas de las diferencias que se susciten en relación con un contrato determinado y como tal, contrato administrativo también lo es (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera C.P.: Gustavo De Greiff Restrepo).

Finalmente, por vía de ley se encuentra prevista la autonomía de la cláusula compromisoria en la Ley 1563 de 2012, en su Artículo 5: La inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato no afecta la cláusula compromisoria. En consecuencia, podrán someterse a arbitraje las controversias en las que se debata la existencia, eficacia o validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea inexistente, ineficaz o inválido. La cesión de un contrato que contenga pacto arbitral, comporta la cesión de la cláusula compromisoria.

⁹ Ley 1563 de 2012, Artículo 8: Las partes nombrarán conjuntamente los árbitros, o delegarán tal labor en un centro de arbitraje o un tercero, total o parcialmente. La designación a cargo de los centros de arbitraje se realizará siempre mediante sorteo, dentro de la especialidad jurídica relativa a la respectiva controversia y asegurando una distribución equitativa entre los árbitros de la lista.

último, será internacional el arbitraje cuando el asunto de la controversia afecta los intereses del comercio internacional. (Gaviria Gil)¹⁰

Ahora bien, este mecanismo de solución de conflictos, utilizado recurrentemente para la solución de controversias en diversas áreas del derecho, como visto anteriormente, posee particularidades para la solución de conflictos surgidos en contratos estatales, que merecen ser esbozados.

En el cuarto inciso del Artículo 1 de la Ley 1563 de 2012 se establece la obligatoriedad de que el laudo se profiera en derecho, en tratándose de controversias surgidas “por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales”, eliminando toda posibilidad de las decisiones en equidad para este tipo de controversias, en el caso del arbitraje.

Con anterioridad se abordó el arbitraje ad hoc y el institucional como modalidades del arbitraje; con respecto a la modalidad que debe seguirse en conflictos surgidos con ocasión a un contrato estatal, se establece en el Artículo 2 de la Ley 1563 de 2012¹¹ que se regirá únicamente por medio del arbitraje institucional.

También la anulación del laudo arbitral¹² difiere cuando se trata de controversias surgidas en contratos estatales, debido a que en el caso de ser anulación de laudos en los que una de las partes sea una entidad estatal, será la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo

¹⁰ Sobre este último criterio para definir si se está ante un arbitraje internacional, la doctrina ha sostenido que: Determinar si una controversia sujeta a arbitraje afecta los intereses del comercio internacional es tarea difícil, cuya solución depende en gran medida de los hechos de un caso determinado. En cualquier caso, esta norma debería ser interpretada de manera amplia y, por lo tanto, la jurisprudencia debe considerar que los casos límite afectan los intereses del comercio internacional. (Gaviria Gil)

¹¹ Ley 1563 de 2012, Artículo 2: “...Cuando la controversia verse sobre contratos celebrados por una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, el proceso se regirá por las reglas señaladas en la presente ley para el arbitraje institucional.”

¹² Conviene esbozar algunas precisiones sobre el recurso de anulación de los laudos arbitrales, según la doctrina. Es así como, se ha establecido por el doctrinante Cangrejo Lobos que: “el recurso de anulación es un recurso extraordinario que procede sólo por excepción; el proceso arbitral es de única instancia y a través del recurso no se abre una segunda instancia, pues el tribunal al que compete conocer el recurso no es superior jerárquico el tribunal de arbitramento. Por la especialidad del recurso y las causales taxativamente consagradas, la jurisprudencia nacional lo ha asimilado al recurso de casación por errores *in procedendo* (Cangrejo Lobos, 2002)

Contencioso Administrativo del Consejo de Estado la encargada de revisar aquel recurso¹³ y decidir si anular no el laudo arbitral según las reglas pertinentes.¹⁴

Además de lo que contiene el Estatuto de Arbitraje, también caracteriza este método alterno la facultad que tiene el panel arbitral para conocer de la legalidad de los actos administrativos, para lo cual se planteará la evolución jurisprudencial de la materia, para plantear, finalmente, el régimen actual. En sentencia del año 2000¹⁵, el Consejo de Estado excluyó la competencia de los árbitros para conocer de aquellos actos administrativos que se expidan en ejercicio de facultades excepcionales. Análisis que se sujetó a lo esbozado por la Corte Constitucional en Sentencia C-1436 de 2000¹⁶ estableciendo que los particulares no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales, avalando el uso de la justicia arbitral para la legalidad en los demás actos

¹³ Ley 1563, Artículo 68, inciso 3: “Cuando se trate de anulación de laudos proferidos por tribunales arbitrales con sede en Colombia en los que sea parte una entidad pública colombiana o quien ejerza funciones administrativas colombianas, la competencia para conocer del recurso de anulación previsto en el artículo 108, corresponderá a la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

¹⁴ Ley 1563 de 2012, Artículo 41: Son causales del recurso de anulación: 1. La inexistencia, invalidez o inoponibilidad del pacto arbitral. 2. La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia. 3. No haberse constituido el tribunal en forma legal. 4. Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación, o falta de notificación o emplazamiento, siempre que no se hubiere saneado la nulidad. 5. Haberse negado el decreto de una prueba pedida oportunamente o haberse dejado de practicar una prueba decretada, sin fundamento legal, siempre y cuando se hubiere alegado la omisión oportunamente mediante el recurso de reposición y aquella pudiera tener incidencia en la decisión. 6. Haberse proferido el laudo o la decisión sobre su aclaración, adición o corrección después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral. 7. Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo. 8. Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutive o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral. 9. Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento. Las causales 1, 2 y 3 sólo podrán invocarse si el recurrente hizo valer los motivos constitutivos de ellas mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia. La causal 6 no podrá ser alegada en anulación por la parte que no la hizo valer oportunamente ante el tribunal de arbitramento, una vez expirado el término.

¹⁵ Consejero Ponente Dr. Germán Rodríguez Villamizar, Expediente No. 16.394.

¹⁶ Consejero Ponente: Alfredo Beltrán Sierra. “De la definición que hace el legislador, se infiere que la competencia de los árbitros está limitada no sólo por el carácter temporal de su actuación sino por la naturaleza del asunto sometido a su conocimiento, pues sólo aquellas materias susceptibles de transacción pueden ser definidas por los árbitros. Significa lo anterior que la competencia de los árbitros es de carácter limitada, tanto por el aspecto temporal como el material, pues como lo ha señalado esta Corporación “no todos los asuntos pueden ser sometidos genéricamente a su conocimiento, como por ejemplo, los relacionados con el estado civil de las personas, _”... Dentro de este contexto, no es difícil arribar a la conclusión según la cual los particulares investidos de la facultad de administrar justicia no pueden pronunciarse sobre asuntos que involucren el orden público, la soberanía nacional o el orden constitucional, asuntos que en razón de su naturaleza, están reservados al Estado, a través de sus distintos órganos”.

administrativos. Posteriormente, en sentencias de los años 2007¹⁷ y 2008¹⁸, el Consejo de Estado modificó la línea jurisprudencial, estableciendo que

La cláusula general de competencia atribuida por la Constitución Política y la ley al juez administrativo, respecto del juzgamiento de la legalidad de los actos administrativos, es intransferible, indelegable, improrrogable e innegociable, porque es un regla imperativa de orden público, que emana del poder soberano del Estado. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, Rad. (15469))

Estableciendo con su interpretación que los árbitros no deben conocer de la legalidad de ningún acto administrativo.

En el año 2009¹⁹ se vuelve a la tesis que los tribunales de arbitramento sí pueden conocer de la legalidad de los actos administrativos, excluyendo aquellos que tratan sobre potestades excepcionales. Esta interpretación se rectifica por parte del Consejo de Estado en el año 2013²⁰, la cual cita la anterior providencia y se acoge a dicha interpretación.

En el caso de los contratos de concesión de infraestructura, objeto de la presente investigación, normativamente se ha dispuesto que “Tanto los árbitros como los amigables componedores no tendrán competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales” en la Ley 1682 de 2013, Artículo 14, literal C).

La conciliación es otro de estos mecanismos por medio de los cuales se pueden solucionar los conflictos por fuera de la jurisdicción; asimismo, es una de aquellas instituciones reguladas, tanto por el Legislador, como por parte del Constituyente. Está definida doctrinariamente de la siguiente manera:

¹⁷ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, Rad. (15469)

¹⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ruth Stella Correa, Rad. (33.645.)

¹⁹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, Exp. 36.252

²⁰ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 28730

Un método alternativo de solución de conflictos, judicial o extrajudicial, mediante el cual las partes buscan llegar a un acuerdo, por sí mismas, respecto a sus diferencias de naturaleza contractual o extracontractual, para lo cual se acude al apoyo y la mediación de un tercero denominado conciliador. (Gil Echeverry, La Conciliación extrajudicial y la amigable composición, págs. 5-6)

En este mismo sentido, la Corte Constitucional ha dado luces al respecto, denominando la conciliación como:

Un mecanismo alternativo para la resolución de conflictos, por cuyo medio las partes, con la ayuda de un tercero neutral, calificado y autorizado para ello, resuelven directamente un asunto en el que se presenta desacuerdo y que es susceptible de ser conciliable.” (Corte Constitucional, Sentencia C - 902 , 2008)

Sobre la conciliación se abordarán dos características fundamentales de esta que la diferencian de los demás mecanismos alternativos para la solución de los conflictos. En primer lugar, la conciliación como requisito de procedibilidad²¹ y, por otro, el acta de conciliación²².

Tras el planteamiento constitucional de la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos, la Ley 640 de 2001²³ ha regulado la materia y ha dispuesto que la conciliación será requisito de procedibilidad para acudir al sistema judicial. Sin embargo, este requisito como fue planteado no ha prosperado en todas las ramas del derecho dado al examen de constitucionalidad que se ha efectuado. (Corte Constitucional, Sentencia C- 893 , 2001).

El acta de conciliación es el documento que recoge el acuerdo que las partes han llegado tras la audiencia con el conciliador. El efecto más importante de este es que dicho instrumento hace tránsito a cosa juzgada, equiparando a este con cualquier sentencia emitida por un juez de la

²¹ En palabras de Jorge Hernán Gil Echeverry: Bien puede el legislador disponer que los jueces no podrán tramitar determinadas demandas, mientras el demandante no haya agotado el denominado requisito de procedibilidad, es decir, mientras no se haya dado trámite al proceso de conciliación extrajudicial.

²² Entiéndase como acta de conciliación, según el doctrinante Jorge Hernán Gil Echeverry como: el documento final en el cual se recoge el convenio o acuerdo de las partes, además de otros varios elementos o cláusulas mínimas establecidas en la ley, los cuales, en términos académicos, podemos dividir en: condiciones generales, el acuerdo y las firmas

²³ “Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones.”

República. Lo anterior tiene como consecuencia que no se podrá acudir ante juez para que solucione el conflicto que ya se dirimió por vía de la conciliación. (Gil Echeverry, La Conciliación extrajudicial y la amigable composición).

Ahora bien, cabe concretar el estudio realizado sobre la conciliación como mecanismo alternativo de solución de controversias, a cómo se presenta el mecanismo en controversias suscitadas en contratos estatales

Además de las normas pertinentes para analizar la conciliación en su forma genérica, como el Artículo 116 de la Constitución Política, la Ley 446 de 1998 y la Ley 640 de 2001, también se han promulgado normas que atañen de manera directa a este método alternativo de solucionar controversias surgidas en contratos estatales, como lo son la Ley de Administración de Justicia - 270 de 1996 -, modificada por la Ley 1285 de 2009²⁴ y la Ley 1437 de 2011²⁵, además de los decretos que reglamentan la materia.- Decreto 1716 de 2009²⁶ y Decreto 1069 de 2015²⁷-

Las normas que se citan contienen particularidades que deben tenerse en cuenta sobre la conciliación contencioso administrativa. Es el caso de esta figura como requisito de procedibilidad²⁸, las materias conciliables para los casos en los cuales alguna de las partes sea una entidad estatal²⁹ y el control de legalidad que sobre el acuerdo conciliatorio adelantado ante la procuraduría.³⁰

²⁴ “Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia.”

²⁵ “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”

²⁶ “Por el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y del Capítulo V de la Ley 640 de 2001

²⁷ “Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector justicia y del derecho”

²⁸ El requisito de procedibilidad en los casos en que la controversia sea de competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se encuentra previsto en el Artículo 161 de la Ley 1437 de 2011 al disponer que: “Cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a...controversias contractuales.” Sin embargo, el cumplimiento del requisito de procedibilidad no se podrá adelantar ante centros de conciliación, como sí puede realizarse en otros asuntos; lo anterior en la medida en que la Corte Constitucional declaró inexecutable parte del Artículo 23 de la Ley 640 de 2001 que habilitaba a los centros de conciliación privados adelantar la conciliación contencioso administrativa, estrechando el margen de conciliadores a solo Agentes del Ministerio Público en este tipo de actuaciones, diferencia importante con la conciliación en otras ramas del derecho.

²⁹ Sobre las materias conciliables para este caso en específico, el Decreto 1716 de 2009 que reglamenta el asunto, establece que son aquellos “conflictos de carácter particular y contenido económico de los cuales pueda conocer la Jurisdicción de lo

Este marco general del arbitraje y conciliación como mecanismos alternos de solución de conflictos, vistos de forma genérica y, desde las características que a la hora de presentarse en controversias contractuales poseen, nos sirve como base para a partir de estos, analizar la amigable composición al ser otra modalidad de solucionar conflictos de manera alterna y sobre el cual se ahondará en el presente estudio mediante el análisis de su inclusión en los contratos de concesión de infraestructura pública.

El contraste resultará útil para presentar la tesis que se desarrollará en adelante, toda vez que al estudiar la amigable composición en controversias contractuales encontramos un régimen que no sigue la lógica de los mecanismos anteriormente estudiados. Ejemplo de esto es la equidad como fundamento de la decisión del amigable componedor, aun cuando en el arbitraje se encuentra proscrita para conflictos entre órganos de la Administración Pública y particulares. También una decisión por parte de los amigables componedores sobre una controversia sin revisión judicial, teniendo en cuenta que en la conciliación se estipula de manera obligatoria una revisión de esta índole. Adicionalmente, cobra relevancia el carácter contractual de la amigable composición, contrario al presente en la conciliación y el arbitraje que constituyen métodos jurisdiccionales de solucionar controversias.

Contencioso Administrativo” los susceptibles de conciliación, estableciendo un margen más reducido de aquello que se permite para otras áreas del derecho. Sobre el criterio para acudir a la conciliación en una controversia con la administración pública y la competencia de los conciliadores de conocer de los actos administrativos, la doctrina ha planteado que: “La materia conciliable no es la legalidad el acto, sino los efectos patrimoniales de éste. Cuando la administración se convence de la ilegalidad de un acto dentro de la etapa conciliatoria, y concilia, no está negociando su legalidad, sino sus consecuencias. En el fondo cuando la administración llega a esa conclusión dentro de la audiencia, es como si allí mismo revocara y aceptara restablecer los derechos de la persona afectada con el mismo. Y para hacer esto no sólo existe impedimento legal alguno, sino que existe la permisión legal.” (Betancur Jaramillo, pág. 400)

³⁰ Otra de las particularidades que debe tenerse en cuenta sobre la conciliación administrativa, es el control de legalidad que sobre el acuerdo conciliatorio adelantado en la procuraduría, realiza el juez. En palabras del Consejo de Estado, sobre este control adelantado por parte del juez administrativo: “No debe perderse de vista que, por definición, el juez administrativo ha sido desde siempre el guardián de la legalidad administrativa y el control asignado a la jurisdicción contencioso administrativa en materia de conciliaciones no podía ser la excepción. En efecto, la justicia administrativa desde sus orígenes fue concebida como el medio más idóneo de fiscalización a la administración, en orden a garantizar la vinculación total positiva del ejecutivo a la ley como manifestación de la voluntad general, como que el ejercicio de la función administrativa, como observa Laubadère, está dominado por el principio fundamental de la legalidad, este principio significa que las autoridades administrativas, en las decisiones que adoptan, están obligadas a conformarse a la ley, o más exactamente a la legalidad, es decir, a un conjunto de reglas de derecho de rangos y contenidos diversos.” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera MP: Ruth Stella Correa. Rad. Rad. 25000-23-26-000-2002-01216-01(27921)A, 2005)

Es así como, sobre la amigable composición, en adelante se planteará su presencia en el ordenamiento jurídico colombiano, la cual se enmarcará a partir de lo estipulado por la Ley 80 de 1993 en su Artículo 68³¹, por medio de un estudio jurisprudencial de la viabilidad de la amigable composición en contratos estatales según lo estipulado por el Consejo de Estado³² y la Corte Constitucional³³; así como la normatividad pertinente y la opinión doctrinal, una vez promulgado el Artículo 68 del cuerpo normativo citado.

Consecuentemente, se realizará un estudio de algunas de las cláusulas que hasta el momento ha pactado la ANI con los particulares, haciendo énfasis en la manera de designar el panel de amigables componedores y el fundamento de su decisión, sea en equidad o en derecho; además, las consecuencias de la permanencia de los amigables componedores durante toda la ejecución contractual.

Posterior al análisis de las cláusulas que se han pactado recientemente, es de estudiar algunas instituciones jurídicas presentes en la contratación estatal, conforme a las características de la amigable composición. Es el caso del precedente jurisprudencial, el principio de legalidad y el pronunciamiento por parte de los amigables componedores sobre la legalidad de los actos administrativos.

De esta manera, a lo largo de la presente tesis se plantearán las dificultades que un mecanismo como la amigable composición posee a la hora de servir como método para la solución de conflictos que de contratos de concesión de infraestructura pública surjan, teniendo en cuenta

³¹ Ley 80 de 1993, Artículo 68: De la Utilización de Mecanismos de Solución Directa de las Controversias Contractuales. Las entidades a que se refiere el artículo del presente Estatuto y los contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual. Para tal efecto, al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en esta ley y a la conciliación, amigable composición y transacción.

³² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Enrique José Perdomo, Rad. 11001-03-06-000-2009-00033-00, Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón, Rad. 11001-03-26-000-2010-00004-00(38053)

³³ Corte Constitucional, Sentencia T – 017 de 2005,

que estos constituyen contratos estatales, por lo cual poseen características propias de este régimen de contratación que difiere del privado.

El análisis planteado servirá para sustentar la conclusión que el mecanismo de la amigable composición, como hoy planteado en el ordenamiento jurídico colombiano, carece de la conveniencia suficiente para ser incluido como vía para solucionar controversias que de contratos estatales surjan, dado a características propias de este mecanismo, como lo son: la equidad como fundamento de su decisión, su carácter contractual, la carencia de un procedimiento preestablecido y las dificultades para su reconocimiento.

Se justifica un estudio de esta índole en la medida en que los contratos de concesión de infraestructura pública son acuerdos de voluntades con una complejidad interdisciplinar importante que inclusive afectan el PIB y la política macroeconómica de un país. (Rufián, 2002)

I. Contrato de Concesión de Infraestructura

La contratación de obra pública con inclusión de recursos privados ha evolucionado a lo largo de las últimas décadas, conforme se abordará en el presente estudio. En consecuencia, la denominación que se le ha dado a este tipo de contrato ha mutado, según la regulación de cada una de las etapas que se estudiarán.

Es así como, para exponer lo que en la actualidad se entiende como contrato de concesión de infraestructura, y cómo operan los recursos privados en este tipo de contratos, se acudirá a un análisis de lo que contuvo el Decreto 222 de 1983³⁴, para proseguir con el estudio de las generaciones de concesiones viales. El avance que la contratación de infraestructura pública ha tenido se expondrá bajo una lógica evolutiva sobre aspectos como: los cambios institucionales del país que han incidido en el contrato, las políticas públicas y la normatividad que desde 1983 se ha expedido, que atañe directamente al contrato en estudio.

Para esbozar lo pretendido se someterá el análisis a la doctrina, jurisprudencia, documentos CONPES, leyes y decretos que dan cuenta de lo que fue el contrato en cada una de las etapas que se abordarán.

Tras el estudio de los antecedentes, es menester caracterizar la actualidad del contrato de concesión de infraestructura y cómo la inclusión de las asociaciones público privadas, las políticas contenidas en el CONPES 3760 de 2013³⁵ y la creación de la Agencia Nacional de Infraestructura³⁶, sirven como marco para la actualidad de este contrato.

³⁴ “Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones.”

³⁵ “Proyectos viales bajo el esquema de asociaciones público privadas: cuarta generación de concesiones viales”

³⁶ La Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), se crea por medio del Decreto extraordinario 4165 de 2011, el cual se expide por habilitación de la Ley 1444 de 2011, que otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la República.

1.1. Antecedentes del contrato de concesión de infraestructura pública en Colombia

Sobre el desarrollo del contrato administrativo de concesión de infraestructura en Colombia deben ponerse de presente diversas fuentes que han incidido en la evolución de dicho contrato. En el caso de las políticas públicas, es oportuno un análisis de la materia en la medida en que la contratación de infraestructura pública es objeto de una importante mutabilidad, dado a las políticas públicas que cada gobierno de turno fija en documentos CONPES³⁷. Encuentra sustento lo afirmado en la medida en que la inclusión de capital privado en los contratos de obra pública incide de manera importante en la política macroeconómica del país en determinados momentos, así como en la estrategia de endeudamiento del mismo (Rufián, 2002, pág. 41), de ahí que sea dable afirmar que tras cada política pública, se moldea de alguna forma la manera de contratar infraestructura en el país.

Aunada la importancia que revisten las políticas públicas de cada gobierno en los regímenes de contratación de infraestructura con recursos privados, conviene el estudio de aquellas fuentes que se han emitido o propuesto por parte del ejecutivo para regular la materia; sin pretender desconocer la iniciativa legislativa, ni el importante aporte que la jurisprudencia constitucional³⁸, así como la emitida por el Consejo de Estado³⁹ revisten para el tema. Sino, por el contrario, plantear un engranaje compuesto por los elementos mencionados que dan cuenta de importantes características del contrato en estudio a lo largo de las últimas décadas; todo lo anterior analizado desde una óptica constitucional que permea, desde la expedición de la actual Constitución Política, el panorama jurídico colombiano.

³⁷ Documentos CONPES No 2597 de 1992, 2775 de 1995, 3045 de 1999, 3413 de 2006 y 3760 de 2013

³⁸ Sentencia T- 258 de 1995, Sentencia C- 713 de 2009;

³⁹ Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil. Rad. 2149. CP. Augusto Hernández Becerra, Sentencia de 9 de diciembre de 2004, Rad. 27921 dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas”

³⁹ “Por la cual se definen nuevos principios de los contratos. C.P. Ramiro Saavedra

1.1.1. Decreto 222 de 1983.

Mediante el Decreto-Ley 222 de 1983⁴⁰ se crea un nuevo Estatuto de la Contratación Administrativa, derogando principalmente el Decreto-Ley 150 de 1976⁴¹. La creación de dicho régimen contractual obedece al ejercicio de facultades extraordinarias otorgadas al ejecutivo por parte del Congreso, mediante la Ley 19 de 1982⁴². Por lo tanto, se realizará mención a aquellas instituciones que contiene el cuerpo normativo que caracterizan lo que en aquel momento fue el contrato de obra pactado bajo un modelo concesionario, así como instituciones jurídicas del derecho contractual del Estado, en aras a plantear su evolución.

Al abordar una lectura del articulado del Decreto referente a la contratación de obra pública, son varios los análisis que del mismo pueden realizarse. En primer lugar, aquel régimen normativo hace alusión a la concesión como manera de ejecutar y pagar la obra, no como un contrato autónomo (Bohorquez & Camacho, 2002). Es así como, el Artículo 82 regulaba las diferentes modalidades en las que este podría nacer a la vida jurídica⁴³, pero bajo un solo contrato, el de obra pública. Planteada la concesión como una modalidad de pago y no un contrato autónomo, el Decreto, en su Artículo 102 define dicha modalidad de la siguiente manera:

Mediante el sistema de concesión una persona, llamada concesionario, se obliga, por su cuenta y riesgo, a construir, montar, instalar, mejorar, adicionar, conservar, restaurar o mantener una obra pública, bajo el control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en los derechos o tarifas que, con aprobación de la autoridad competente, el primero

⁴⁰ “Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones.”

⁴¹ “Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas”

⁴² “Por la cual se definen nuevos principios de los contratos administrativos y se conceden facultades extraordinarias al Presidente de la República para reformar el régimen de contratación administrativa previsto en el Decreto 150 de 1976 y se dictan otras disposiciones.”

⁴³ 1. Por un precio global 2. Por precios unitarios, determinando el monto de la inversión. 3. Por el sistema de administración delegada. 4. Por el sistema de reembolso de gastos y pago de honorarios, y 5. Mediante el otorgamiento de concesiones.

cobre a los usuarios por un tiempo determinado, o en una utilidad única o porcentual que se otorga al concesionario en relación con el producido de dichos derechos o tarifas.”

En segundo lugar, es pertinente esbozar que el contrato de obra, siempre que se pactó bajo un modelo concesionario, se adjudicó por medio de licitación pública, según lo estableció el Artículo 103 del Decreto⁴⁴. Dicha estipulación responde al elevado costo que este tipo de contratos tuvo. Razón por la cual la Administración debía, a la luz del Decreto 222 de 1983, adjudicar estos contratos cumpliendo el principio de transparencia y el llamamiento a participar. (Salguero Basto, 1983, pág. 237).

También el cuerpo normativo que se estudia incluye, en su Artículo 105⁴⁵, el peaje⁴⁶ como manera de retribuir al contratista por la obra, definido por la Corte Constitucional como: “la tasa o retribución que el usuario de una vía pública paga por su utilización, con el fin de garantizar la existencia y el adecuado mantenimiento, operación y desarrollo de una infraestructura vial que haga posible y eficiente el transporte terrestre.” (Corte Constitucional, Sentencia T- 258 , 1995).

Por último, caracteriza la figura del contrato de obra bajo la modalidad de concesión, aquellas estipulaciones obligatorias que el Decreto 222 de 1983, mediante el Artículo 104, obliga a incluir

⁴⁴ Decreto 222 de 1983, Artículo 103: Los contratos de obras públicas por el sistema de concesión se adjudicarán siempre en licitación pública.

⁴⁵ Decreto 222 de 1983, Artículo 105: En los contratos de concesión que se celebren para conservación y mantenimiento de obras públicas sujetas a los derechos o tarifas denominadas peajes, pontazgos o similares se observarán, además de las previstas en el artículo anterior las siguientes reglas: 1. Los recaudos, se destinarán al pago de los gastos propios del objeto del contrato, de la administración del mismo y al reconocimiento de una utilidad al Contratista, cuya cuantía se convendrá en cada caso. El saldo, si lo hubiere, será invertido conforme a las normas presupuestales vigentes. 2. Se exigirá al contratista la Constitución de una garantía de manejo del producto de los derechos recaudados, no inferior al monto de lo que se calcule producirán los mismos durante un período de tres (3) meses, garantía que permanecerá vigente durante el término del contrato y seis (6) meses más. 3. El monto de los derechos o tarifas que se cobren será determinado por la entidad contratante, que podrá modificarlo cuando las circunstancias y la conveniencia lo hagan aconsejable.

⁴⁶ La doctrina colombiana se ha referido a la historia del peaje como manera de retribuir al privado, estableciendo que: En Colombia este cobro tiene su origen en 1830; en 1988 se empleó para construir el camino Cartago-Novita, pero sólo hasta 1955 el Ministerio de Obras Públicas fue facultado para cobrarlo y utilizarlo como fuente de financiación para mantenimiento y construcción de vías. (Muñoz Prieto , 2002)

en este tipo de contratos, dentro de las cuales se encuentra que su término de duración no podrá ser superior a 20 años y que siempre se deberá contar con un interventor, entre otras.⁴⁷

Además de las características propias del contrato de obra pactado bajo un modelo concesionario, se evidencian en el cuerpo normativo en estudio la presencia de métodos alternativos para solucionar las controversias en contratos administrativos, que se mencionarán toda vez que estos son de suma importancia en el presente estudio y lo contenido en el Decreto 222 de 1983 es un antecedente del régimen actual, que se estudiará con posterioridad.

Sobre este antecedente, se hará alusión a los artículos del Decreto, así como la opinión doctrinal con respecto al arbitraje, con el fin de ejemplificar cómo se planteaba la figura del arbitraje normativamente y cómo se percibía doctrinalmente.

En primer lugar, el párrafo del Artículo 24⁴⁸ y el tercer inciso del Artículo 239⁴⁹ habilitan el pacto de cláusula compromisoria para dirimir los conflictos que en interpretación unilateral y empréstito se susciten, respectivamente. Por otro lado, en el Artículo 76⁵⁰ “De la cláusula compromisoria” se expone que podrá estipularse, salvo disposición en contrario, este tipo de

⁴⁷ 1. Que el término de su duración no podrá ser superior a veinte años. 2. Que el reglamento, expedido por la entidad concedente, para la utilización de los bienes forma parte integrante del contrato, pudiendo ser modificado por ella cuando las necesidades o la protección de los usuarios así lo exijan. 3. Que el concesionario tendrá a su cargo: a. El pago de los salarios y prestaciones sociales de los trabajadores vinculados a la obra o empresa y la responsabilidad por el pasivo laboral, incluyendo la amortización del fondo de pensiones. b. La conservación y mejora de todos los bienes y elementos de propiedad de la entidad concedente adscritos al servicio de la obra y su restitución al término del contrato. c. La indemnización de los perjuicios que en desarrollo del contrato se ocasionen a terceros. d. La preparación técnica del personal colombiano que designe la entidad concedente con el fin de que, terminado el contrato, asuma la organización y dirección de la obra. e. La ejecución de los trabajos de reparación, adición o conservación que fueren necesarios para la utilización de la obra. 4. Que habrá un interventor encargado de verificar y exigir el debido cumplimiento del contrato. 5. Cuáles son los bienes que, sin reconocimiento o indemnización alguna, pasarán a propiedad de la entidad contratante cuando termine el contrato por vencimiento del plazo, declaratoria de caducidad o renuncia del concesionario, o cualquier otra causa. 6. Que le concesionario será responsable de la pérdida o deterioro de los bienes que conforme al numeral anterior, pasan a ser propiedad de la entidad contratante, salvo fuerza mayor o caso fortuito. 7. La entidad concedente podrá comprar al concesionario los bienes, distintos de los previstos en el numeral 5, que sean necesarios para la utilización de la obra.

⁴⁸ Decreto 222 de 1983, Artículo 24, Párrafo: “La interpretación que conforme a este artículo pueden hacer las entidades públicas no excluye el arbitramento que se pacte en los contratos y se hará teniendo en cuenta el objeto de los mismos, el conjunto de sus cláusulas y los principios de hermenéutica prescritos en la ley. Su finalidad es de interés público pero a través de ella no podrán introducirse modificaciones a los contratos.”

⁴⁹ Decreto 222 de 1983, Artículo 239: “Podrá estipularse la cláusula compromisoria con el fin de someter a la decisión de árbitros las controversias que se susciten durante la ejecución del contrato o en relación con la misma”

⁵⁰ Decreto 222 de 1983, Artículo 76: “Salvo disposición en contrario, en los contratos podrá estipularse la cláusula compromisoria con el fin de someter a la decisión de árbitros nacionales las diferencias que se susciten en relación con el contrato. Los árbitros serán designados en la forma prevista en el Código de Comercio y su fallo será siempre en derecho.”

cláusula para que árbitros nacionales decidan el conflicto. De la lectura en conjunto de los Artículos que se expone no es claro si procedió para todos los casos o solo los casos en que se habilite expresamente. Doctrinalmente, Salguero Basto, sobre el tema arguyó:

La formación de tribunal de arbitramento de que habla el Artículo precedente (76) se debe efectuar para las controversias que surjan de la interpretación de las cláusulas del contrato o algunas de ellas, y no en las diferencias que se susciten porque entonces en qué quedaría el principio del poder sancionador de la Administración en la contratación administrativa. Además no es lógico ni procedente extraer de la competencia contencioso administrativa los conflictos que genere el contrato y entregarla al árbitro de accidentales y particulares jueces nacidos en un convenio...esos jueces no estarán en la capacidad de resolver cuestiones tan delicadas en la contratación administrativa como la ejecución del contrato de acuerdo a un derecho exorbitante que pone a la Administración en condiciones especiales en aras al bien común, junto al bien individual del contratita. (Salguero Basto, 1983, págs. 183-184)

Así las cosas, conforme a la interpretación doctrinal que se cita sobre dicha normatividad, en esta se da un habilitación al arbitramento para dirimir conflictos entre la Administración Pública y los particulares, aunque de manera limitada a las materias que se enunciaron con anterioridad (Urueta Rojas , 2006, págs. 221-223) y no de manera amplia a todas las controversias surgidas entre Administración Pública y particulares con ocasión a un contrato estatal; siendo hoy en día un régimen muy distinto que contempla una competencia más amplia que la planteada en el Decreto 222 de 1983 para la justicia arbitral, este constituye un antecedente de los métodos alternativos de solución de conflictos para los contratos administrativos de obra pública.

Otra característica que se abordará de este régimen normativo, es lo respectivo a los anticipos, toda vez que en adelante se planteará la actualidad de esta institución jurídica, siguiendo con la lógica evolutiva a la que se hizo alusión.

La regulación de esta figura ejemplifica de manera importante la concepción que sobre la institución jurídica se tuvo al incluirse en aquella normatividad. Es así como, el Decreto-Ley 222 de 1983 planteó la figura jurídica del anticipo como una forma de apoyo a la industria colombiana, más específicamente a la pequeña y mediana industria.

De esta manera el Artículo 271 , estipula que “Las entidades a las cuales se aplica este estatuto, que celebren contratos de adquisición de bienes muebles con empresas de la pequeña y mediana industria nacional, deberán entregar un anticipo no inferior al veinticinco por ciento (250%) del valor del contrato.”.

Resulta dicente la opinión de la doctrina al momento de emitirse la norma acerca de la figura del anticipo, en la medida en que Salguero Basto sostuvo que:

Celebramos el haberse legislado sobre el asunto, porque la determinación del Artículo 271 tiene una finalidad muy bien intencionada, con destino a la pequeña y mediana industria, al establecer en todo contrato que se celebre con esta clase de empresas, que debe incluir la cláusula de anticipo no inferior al 25% del valor inicial. Lo decimos porque precisamente en aquellos contratos, donde en los pliegos de la licitación, no se indica el pago del anticipo, las pequeñas empresas se ven en la imposibilidad de participar como oferentes, por faltarles recursos iniciales suficientes, para impulsar la ejecución del contrato.” (Salguero Basto, 1983, págs. 363-364)”

La opinión doctrinal que se cita, junto con la norma en sí, exponen de manera inequívoca la voluntad del legislador al momento de incluirse el anticipo dentro del Decreto por parte del ejecutivo con facultades legislativas.

1.1.2 Constitución Política de 1991.

Tras la promulgación del Decreto 222 de 1983 y su vigencia durante algunos años, se promulga la Constitución Política de 1991, la cual permea todo el ordenamiento jurídico colombiano y

plantea el Estado Social de Derecho⁵¹ como el eje fundamental de la sociedad. De esta manera, se erige la Constitución como la base del sistema jurídico al cual deben ceñirse todas las regulaciones, reglamentaciones y providencias judiciales que con posterioridad se emitirán por parte de las ramas del poder público.

Importa para la contratación pública la promulgación de la Constitución, en tanto esta introduce conceptos íntimamente ligados a la contratación del Estado con los particulares, que serán la base para la promulgación de la normatividad que se estudiará.

En primer lugar, al analizar lo introducido por la Carta Política que incide directamente en la contratación como actividad de la Administración, es pertinente el estudio de los fines esenciales del Estado⁵² previstos en el primer inciso del Artículo 2⁵³ de la Constitución Política, del cual se emanan, entre otros, los siguientes: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.

Ahora bien, como planteado por la Corte Constitucional:

El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes

⁵¹ El concepto de Estado social de derecho ha sido un modelo constitucional acogido por múltiples naciones. Citando algunas disposiciones doctrinales que sobre el tema se han planteado, vale esbozar lo estipulado por Velasco Cano: “El Estado Social de Derecho ocasionó una transición para los Estados tanto en el aspecto teórico como en lo jurídico, político y social, esto hizo que empezara a concebirse el derecho desde una perspectiva diferente, incluso la teoría jurídica que se desarrollaba en la época era una teoría en la que se proponían nuevas funciones para la estructura del Estado, es por esta razón que los países que adoptaron este modelo estatal se vieron enfrentados a asumir nuevos retos y de paso promover una intervención estatal, asumir y garantizar nuevos derechos, establecer una nueva estructura y participación judicial, entre otras” (Velasco Cano, 2016)

⁵² Es de destacar la relación existente entre los fines esenciales del estado y la contratación administrativa que expone el doctrinante Ibáñez Najar de la siguiente manera: “Dentro de la misma finalidad, el Estado cuenta con instrumentos apropiados para alcanzar esos fines a través del ejercicio de la autonomía para contratar que detenta. De esta forma, los contratos de la administración pública no constituyen por sí mismos una finalidad sino que representan un medio para ... la adquisición de bienes y servicios tendientes a lograr los fines del Estado en forma legal, armónica y eficaz” (Ibáñez Najar, 2007)

⁵³ Constitución Política, Artículo 2: Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. El interés general, además de guiar y explicar la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa, determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas, estos últimos vinculados al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato y por ende supeditados al cumplimiento de los fines del Estado. (Corte Constitucional, Sentencia C- 713 , 2009)

De estos fines se concluye que el Estado se hace garante del cumplimiento de ciertas obligaciones, así como la concepción de que el interés general debe prevalecer sobre el particular y que el legislador, así como los actores de la contratación pública deben ceñirse a él sobre el bienestar particular, en cualquier actuación que se encuentre relacionada con la contratación pública.

Asimismo, se introducen mediante el Artículo 333⁵⁴ de la Constitución Política, conceptos que van a servir de marco para la participación de las empresas en procesos de contratación. Se colige de la lectura del Artículo que la libre competencia⁵⁵ es un derecho; además, erige a la empresa como base del desarrollo y plantea que el Estado garantizará la libertad económica. (Bejarano Roncanio, págs. 103-104). Todos los anteriores son conceptos ligados a la contratación de obra pública concesionada que adopta un modelo más competitivo para quienes

⁵⁴ Constitución Política de 1991, Artículo 333: La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación

⁵⁵ Desde la óptica del ordenamiento jurídico colombiano, como garantía derivada del artículo 333 de la Constitución Política, corresponde al Estado garantizar la libre competencia en los sectores de la economía nacional y que conmine a los agentes que participan en un mercado determinado a respetar las reglas, principios y derechos que orientan la actuación empresarial. Con ello, la posibilidad de exigir a estos sujetos el cumplimiento de los fines propuestos con el establecimiento del llamado derecho de la competencia con la “amenaza” de que, ante el incumplimiento, pueden ser sujetos de sanción por los efectos adversos que puedan generar con su actuación. (Ossa Bocanegra , 2014)

participan en licitaciones públicas y le agrega una visión de negocio sometido a la competencia entre los proponentes, tras la expedición de la Carta.

Las disposiciones constitucionales a las que se hace mención que plantean los fines del Estado y lo atinente a la regulación económica constitucional, han permeado el sistema de contratación pública y, por supuesto, la contratación de obra con recursos privados en la Nación, de manera que la expedición de la Carta Política supone un punto de quiebre de la contratación pública, en la medida en que la Constitución permeó toda la normatividad que con posterioridad a la promulgación de esta se emitió.⁵⁶

Por último, resulta completamente pertinente hacer mención al cuarto inciso del artículo 116⁵⁷ de la Constitución Política del que emanan los mecanismos alternativos de solución. En este se plantea habilitación a los particulares de ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, haciendo referencia únicamente a los conciliadores y a los árbitros; sin embargo, como se verá en el acápite de esta tesis que estudia la amigable composición, la Corte Constitucional ha interpretado que el Constituyente quiso plantear en el ordenamiento jurídico colombiano una serie de mecanismos que se sustentan no solo en el artículo 116 si no a lo largo del texto constitucional. En esa medida, arguye la Corte, es completamente viable que el legislador prevea todo tipo de mecanismos alternativos para la solución de los conflictos, más allá de aquellos que se enuncian de manera expresa en el artículo 116. Este es el caso de la amigable composición, el cual encuentra sustento legal y no se enuncia expresamente en la Constitución Política. (Corte Constitucional, Sentencia 163, 1999)

⁵⁶ El Congreso de la República, en ejercicio de la atribución contenida en el artículo 150 de la C.P., tiene la competencia para expedir el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y el Estatuto de Contratación de la Administración Nacional. El primero de ellos – general – aplicable a todas las entidades estatales, tanto nacionales como descentralizadas territorialmente y por servicios – como ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, unidades administrativas especiales, establecimientos públicos nacionales, empresas industriales y comerciales del orden nacional, sociedades de economía mixta nacionales, departamentos, municipios y sus entidades descentralizadas. (Pino Ricci, 2005)

⁵⁷ Constitución Política, artículo 116: (...) Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

1.1.3 Primera Generación de Concesiones Viales.

Con fundamento en lo que sostuvo sobre las concesiones el Decreto 222 de 1983 y tras la expedición de la Carta Política en 1991, se crea mediante documento CONPES 2597 de 1992⁵⁸ la primera generación de concesiones viales.

Como fue advertido al introducir el estudio, las políticas públicas fueron determinantes para la evolución del contrato de concesión de infraestructura; en este caso es el CONPES mencionado el que da los lineamientos para lo que sería esta etapa de dicho contrato en el país.

En el documento se hace hincapié en la necesidad que se tiene de acudir a la inversión privada para ejecutar proyectos que favorezcan a la apertura económica⁵⁹ introducida por la Constitución Política, sosteniendo textualmente que:

El país requiere de grandes inversiones en infraestructura vial para fortalecer el proceso de apertura que ha puesto en marcha el presente gobierno...Como complemento a la acción gubernamental en ambos tipos de proyectos, del orden nacional y territorial, es necesario el esfuerzo privado en la construcción, mejoramiento y mantenimiento de vías. Este documento propone desarrollar los contratos de obra pública por el sistema de concesión como un sistema con grandes posibilidades de logro durante el presente gobierno.” (Subrayado por fuera del texto).
(Documento CONPES No 2597 “Contratos de obra Pública por el Sistema de concesión”, 1992, pág. 3)

⁵⁸ “Contrato de obra pública por el sistema de concesión”

⁵⁹ Se dio en Colombia la apertura económica o la reforma del mercado con instrumentos como la liberalización de ciertos mercados, la privatización de empresas públicas, y las reformas a la regulación económica existente. Lo anterior se podría resumir, diciendo que Colombia reformuló el papel del Estado y lo orientó hacia uno regulador, con una experiencia previa de regulación sectorial en el periodo de 1929 a 1990 dentro del modelo de protección industrial y Estado empresario. Pese a esta experiencia, es de reconocer que no existieron antecedentes doctrinales ni jurisprudenciales sobre lo que se conoce hoy como teoría de la regulación económica, con sus elementos, alcances y características, con excepción quizás de la regulación financiera. De ahí entonces se puede decir que es dentro del contexto de la apertura económica y de los principios de un Estado mixto consagrado en la Constitución de 1991 que se hacen las reformas del mercado y las reformas de la regulación económica reorientada hacia el mercado (Moreno, 2016)

Los recursos públicos en el gobierno del ex presidente César Gaviria eran insuficiente para las necesidades viales que se tenían en el momento, razón por la cual se optó por un método como el concesionario en el cual se pudieran destinar los recursos públicos en otras necesidades en las cuales no se tuviera la posibilidad de acudir a recursos de los privados, al no ser actividades rentables para estos. (Contraloría Departamental del Valle del Cauca , 2015)

Asimismo, se estructura el peaje como la vía mediante la cual se iba a retribuir al contratista por la construcción de la obra, según su aporte de capital a la ejecución de la misma. Como es evidenciable en el CONPES, se plantea un esquema de inversión mixta, en el cual se encuentra una parte estatal (máximo del 30% del costo de la obra), una privada y otra proveniente del sistema financiero (Documento CONPES No 2597 “Contratos de obra Pública por el Sistema de concesión”, 1992, págs. 6-8), de modo que se garantice la ejecución de todas las obras que en aquella Administración se pretendieron adelantar.

Bajo este panorama se definen los proyectos que van a ser parte de la denominada primera generación de concesiones viales, los cuales fueron 11 que se realizarían bajo un sistema concesionario.⁶⁰

Emitido por parte del Consejo Superior de Política Económica y Social el documento que cristalizaría las concesiones de infraestructura en lo respectivo a la primera generaciones de concesiones viales, se emiten dos normas que van a regular el contrato de cara a los proyectos que en aquel momento se pretendieron llevar a cabo.

La primera de estas es la Ley 80 de 1993⁶¹, norma que pertenece al actual Régimen de la Contratación Administrativa en Colombia y que se refiere continuamente a las concesiones; esta

⁶⁰ Santa Marta-Riohacha-Paraguachón, Barranquilla-Ciénaga, Cartagena-Barranquilla, Los Patios-La Calera-Guasca-El Salitre-Sopó-Briceño, Bogotá – Cáqueza, Malla Vial del Meta, Buga- Tulúa -La Paila, Girardot – Espinal – Neiva, Desarrollo del Oriente de Medellín y Valle Río Negro, Desarrollo vial del norte de Bogotá, Fontibón-Facatativa- Los Alpes y Armenia-Pereira-Manizales. Fuente: Instituto Nacional de Vías. El Sistema de Concesión de Carreteras en Colombia

fue promulgada solo un año después de la emisión del CONPES que creó la primera generación de concesiones de infraestructura.

Innova la Ley 80 al regular el contrato de concesión de manera autónoma⁶², modificando el régimen estudiado con anterioridad en el cual la concesión fue una modalidad de pactar el contrato de obra. (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil Rad. 2149. CP. Augusto Hernández Becerra)

Además de lo anterior, el cuerpo normativo en estudio incluye en su articulado varias disposiciones atinentes al contrato de concesión que conviene esbozar. Es el caso de las cláusulas excepcionales contenidas en los artículos 14 y siguientes. Sobre estas cláusulas debe argüirse que: son la “concreción del poder de dirección que tiene la administración pública, sobre el desarrollo y cumplimiento del contrato estatal, y en especial, del objeto contractual,” en la medida en que se le otorga a las entidades públicas “la posibilidad de utilizar las denominadas *cláusulas* de caducidad, terminación, interpretación y modificación unilateral, sometimiento a las leyes nacionales y de reversión” (Osorio Moreno , 2013).

⁶¹ El doctrinante Ibáñez Najar, al referirse a la Ley 80 de 1993, como nuevo Estatuto de la Contratación Administrativa planteó: “Como instrumento contractual que facilita la consecución de los fines estatales, en el entendido de que la contratación es uno de los recursos más importantes para alcanzarlos, el Legislador ordinario expidió el nuevo Estatuto General de la Contratación Administrativa contenido en la Ley 80 de 1993, objeto de reglamentación gubernamental. Esa legislación en materia contractual pretende armonizar las exigencias de la dinámica propia del funcionamiento del Estafo en su nueva concepción, con los instrumentos legales apropiados para el mismo, partiendo de parámetros generales para su interpretación y aplicación en la contratación estatal, sustancialmente diversos del régimen contractual anterior (Decreto-Ley 222 de 1983 y demás normas complementarias), de las cuales se destacan: la incorporación, en forma general, de la legislación privada para regulación de convenios y acuerdos de origen estatal, el reconocimiento y prevalencia de la autonomía de la voluntad para la celebración de los contratos celebrados por las entidades estatales y la eliminación de una tipificación legal de los llamados contratos administrativos, a fin de incorporar un criterio orgánico para su definición. (Ibáñez Najar , 2007, pág. 784)

⁶² Ley 80 de 1993, Artículo 32, Numeral 4: Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

Aunado el concepto de esta figura del derecho contractual del Estado, cabe mencionar que en el numeral segundo del Artículo 14 de la Ley 80 de 1993 se ordena a que se pacten las “cláusulas exorbitantes al derecho común” en los contratos de concesión y obra, entre otros.

Reviste relevancia que se tengan que incluir estas cláusulas en la contratación de obra pública concesionada, en la medida en que aquellas le dan un poder privilegiado a las entidades públicas sobre los negocios jurídicos que pacten con particulares, en este caso contratistas que ejecutan la obra pública. (Osorio Moreno , 2013).

Por otro lado, la Ley 80 de 1993 en el Parágrafo 2 del Artículo 32⁶³ ya habilitaba a los privados para presentar propuestas a las entidades estatales competentes para la realización de proyectos. Aquellas propuestas debían contener como mínimo la prefactibilidad técnica y financiera de la obra, y la evaluación del impacto ambiental de la obra. (Rufián, 2002, pág. 44).

Aun cuando este régimen quedó derogado por el nuevo sistema de asociaciones público privadas que en adelante se estudiará, ejemplifica como con el transcurrir del tiempo se le da mayor importancia a la intervención privada en proyectos de infraestructura pública.

En el mismo año de expedición de la Ley 80 se promulga la Ley 105⁶⁴, la cual dictó disposiciones del sector transporte, incluyendo un título dedicado a la infraestructura del transporte. Este régimen normativo resulta de especial importancia para la construcción de

⁶³ La exposición de motivos de la Ley 80 de 1993, aborda el Artículo 32 del cuerpo normativo, que enuncia los contratos estatales, de la siguiente manera: El artículo 32 igualmente establece que son contratos estatales los previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, así como los que a título enunciativo son definidos en la citada disposición. Corresponden ellos a los llamados contratos nominados o típicos. La definición que se hace de algunos contratos radica en el hecho de que son contratos que en la actualidad resultan ser de frecuente utilización y que no se encuentran reglamentados en otras disposiciones. Se trata, como se indicó, de un listado meramente enunciativo, pues, no son ellos los únicos contratos que las entidades estatales pueden celebrar, ya que, también pueden pactar los que se encuentran definidos en otras normas y además todos aquellos acuerdos que encuadran dentro de la noción del contrato, en cuanto que es un acuerdo de voluntades que se orienta a producir obligaciones. La remisión a las normas del derecho común, hace innecesaria la definición de los contratos que como los de compraventa, suministro, transporte, arrendamiento, etc., están claramente reglados y cuya concepción es el fruto de una larga tradición jurídica. Como se ha indicado aquellos aspectos que por pertenecer al ámbito público son recogidos en el proyecto, excepcionan la aplicabilidad de las normas privadas en materia de contratación estatal.

⁶⁴ Ley 105 de 1993: “Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones.”

infraestructura pública por cuanto es una ley especial de la contratación administrativa. (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil Rad. 2149. CP. Augusto Hernández Becerra).

Dicho régimen normativo especial de las obras de infraestructura vial emitió disposiciones que regularon lo referente a las concesiones de este tipo de obras, como lo planteado en el inciso segundo del Artículo 30⁶⁵ al estipular que el peaje sería la manera de recuperar la inversión por parte de los particulares con los cuales contrate la Administración. También se hace referencia a garantías de ingreso mínimo que deberán otorgar a los contratistas e, igualmente, permite a las entidades fijar topes de ingresos para estos, estableciendo un margen como limitación para las ganancias de los contratistas⁶⁶.

Adicionalmente, estableció que solo las cláusulas excepcionales de interpretación, modificación y terminación unilateral serán las que podrán incluirse en los contratos cobijados por esta Ley.⁶⁷ (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil Rad. 2149. CP. Augusto Hernández Becerra)

Enunciada la normatividad promulgada durante la primera generación de concesiones viales es de estudiar el cambio en la institucionalidad colombiana presentada durante los años de permanencia de la primera generación de concesiones viales, que incidió de manera directa en la contratación de concesiones viales.

⁶⁵ Ley 105 de 1993, Artículo 30 Inciso 2: Para la recuperación de la inversión, la Nación, los Departamentos, los Distritos y los Municipios podrán establecer peajes y/o valorización. El procedimiento para causar y distribuir la valorización, y la fijación de peajes se regula por las normas sobre la materia. La fórmula para la recuperación de la inversión quedará establecida en el contrato y será de obligatorio cumplimiento para las partes.

⁶⁶ Ley 105 de 1993, Artículo 33°.- Garantías de ingreso. Para obras de infraestructura de transporte, por el sistema de concesión, la entidad concedente podrá establecer garantías de ingresos mínimos utilizando recursos del presupuesto de la entidad respectiva. Igualmente, se podrá establecer que cuando los ingresos sobrepasen un máximo, los ingresos adicionales podrán ser transferidos a la entidad contratante a medida que se causen, ser llevados a reducir el plazo de la concesión, o utilizados para obras adicionales, dentro del mismo sistema vial.

⁶⁷ Artículo 32°.- Cláusulas unilaterales. En los contratos de concesión, para obras de infraestructura de transporte, sólo habrá lugar a la aplicación de los artículos 15, 16 y 17 de la Ley 80 de 1993, mientras el concesionario cumple la obligación de las inversiones de construcción o rehabilitación, a las que se comprometió en el contrato.

El panorama antes del inicio de la primera generación de concesiones viales, en cuanto a la institucionalidad del sector, era el siguiente: como cabeza del sector administrativo se encontraba el Ministerio de Obras Públicas, el cual fue creado en 1905⁶⁸ y emitió las políticas del sector en gran parte del siglo XX (Alvear Sanín , 2007, pág. 208). Posteriormente, en el año 1967 se crea el Fondo Nacional Vial, el cual se introduce “con el propósito de mejorar y extender la red de carreteras nacionales, conservar y mejorar las vías fluviales y realizar con mayor eficiencia la inversión en las mismas”⁶⁹, también se crean otras entidades para apoyar al sector como el Fondo Nacional de Caminos Vecinales (Documento CONPES 3857 2016, 2016, pág. 11).

Ahora bien, de cara a un nuevo panorama de infraestructura en el país, introducido por factores como: la nueva Constitución Política, la primera generación de concesiones viales creada por el CONPES 2597 de 1992 y una nueva normatividad en la materia, se reestructura todo el sector administrativo de la infraestructura.

La modificación del Ministerio de Obras e Infraestructura constituye ese primer paso hacia una nueva visión de la infraestructura. Es así como, en el año 1992- el mismo año de la expedición del CONPES 2792-, se reestructura la cabeza del sector administrativo de la infraestructura para dar entrada al Ministerio de Transporte⁷⁰. El cambio en la nomenclatura del Ministerio obedece, más allá de un nuevo nombre, a una concepción más racional de su función para ubicarlo en el entorno institucional creado por la Constitución Política de 1991. (Alvear Sanín , 2007)

Junto con la modificación del Ministerio, se reestructura el sector administrativo dándole paso al Instituto Nacional de Vías (INVIAS), reemplazando en sus funciones al ya mencionado Fondo

⁶⁸ Se crea el Ministerio de Obras mediante el Decreto Legislativo No 7 de 1905 (17 de enero)

⁶⁹ Ley 64 de 1967

⁷⁰ Decreto 2171 de 1992

Nacional Vial. Dicha modificación institucional se realiza mediante el mismo Decreto⁷¹ que crea el Ministerio de Transporte.

1.1.4 Segunda Generación de Concesiones Viales.

En 1994 se da en Colombia un cambio de gobierno y, con este, un cambio en las políticas públicas que dictaron los lineamientos de las obras de infraestructura en el país. Este período denominado Segunda Generación de Concesiones Viales, transcurre solo por la etapa de permanencia del gobierno del ex presidente Ernesto Samper Pizano. Por medio del CONPES 2775 de 1995⁷² lo que se buscó fue mejorar el sistema que ya se venía implementando en el país mediante la reestructuración de puntos específicos, como lo son: “la asignación de riesgos, el sistema de compensación, el esquema de responsabilidades, los aspectos financieros, la programación macroeconómica de los proyectos, la protección a la inversión y aspectos de tipo legal y procedimental”.⁷³ (Vargas Jimenez , 2006, pág. 32)

En esta generación se sigue haciendo énfasis en la “participación del sector privado en la infraestructura física”, tal como fue nombrado el documento CONPES, cimentando de esta manera la inclusión de la participación privada en la estructuración de proyectos de obras de infraestructura⁷⁴. Así las cosas, se crean una serie de proyectos⁷⁵, con el mismo esquema que se venía utilizando en la primera generación, modificando los puntos ya enunciados.

En cuanto a la institucionalidad, el CONPES introduce lo denominado como coordinación interinstitucional para la ejecución de cada proyecto, la cual se integró por representantes de las siguientes entidades: Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Departamento Nacional de

⁷¹ Decreto 2171 de 1992, Artículo 52

⁷² “Participación del sector privado en infraestructura física”

⁷³ CONPES 2775 de 1995 , página 10

⁷⁴ SECTOR TRANSPORTE: 5.246.459 millones de pesos para la inversión pública y 2.568.739 millones de pesos para la inversión privada, para un total de: 7.815.198. Fuente: CONPES 2775 de 1995

⁷⁵ Bogotá- Villavicencio, Meta- El Cortijo – El Vino, Santa Marta- Paraguachón, Patios- Guasca, Cartagena- Barranquilla

Planeación, Ministerio del sector al cual se asocia el proyecto y el Director de la entidad ejecutora⁷⁶.

Para la definición de los proyectos que se estructuraron en esta generación de concesiones viales no se tuvo en cuenta un concepto que en las siguientes generaciones va a ser fundamental, hablamos de los corredores viales para conectar los centros de producción con los de consumo. (Vargas Jimenez , 2006, pág. 35), concepto que se abordará en el estudio de la siguientes generaciones de concesiones viales.

1.1.5 Tercera Generación de Concesiones Viales.

Como consecuencia del fin del mandato del ex presidente Ernesto Samper, entra un nuevo gobierno que introduce nuevas políticas públicas que inciden directamente en el contrato de concesión de infraestructura. Es así como, mediante el CONPES 3045 DE 1999, se da paso a una nueva etapa del contrato de concesión en Colombia; de igual forma, durante los 15 años que esta política pública enmarcó el contrato de concesión se presentaron reformas institucionales y normativas que se abordarán a continuación.

En cuanto a las políticas públicas emitidas en esta etapa, se estudiarán dos documentos CONPES que moldearon, desde el ejecutivo, la infraestructura concesionada en el país. De la lectura del primer CONPES - 3045 de 1999 – emitido en esta etapa, se destaca la creación del concepto de “corredores viales”⁷⁷, estructurando una política con base en el diseño de proyectos de

⁷⁶ CONPES 2775 de 1995, página 28

⁷⁷ Ha sido definido por parte del Gobierno, más específicamente el Ministerio de Transporte, el concepto de corredor vial como: los ejes principales de concentración de flujos de movilidad y transportes de pasajeros y/o mercancías motivados por el desempeño económico y social de los centros emisores y atractores de la movilidad: principales ciudades, áreas de concentración de actividades económicas y logísticas, grandes terminales de transportes y flujos de productos de comercio exterior. Los corredores se definen a partir de: 1. Los nodos principales de actividades económicas que articulan la red, 2. Los sistemas infraestructurales que soportan los flujos de relaciones que entre los mismos se establecen, 3. Los conectores naturales sobre los que en ocasiones se implantan y 4. La articulación e integración regional (Ministerio de Transporte)

infraestructura, contratados por concesión, en los cuales se pretendió unir los centros productivos con los puertos.

Es diciente el texto del CONPES en cuanto a la finalidad de los proyectos de infraestructura al establecer que “La definición de los proyectos y de las inversiones a realizar, debe basarse en criterios de optimización de la operación, buscando maximizar los beneficios de los usuarios al menor costo.”; Al referirse a los comerciantes y su eficiencia al producir, tras la construcción de los corredores viales. (CONPES 3045 de 1999, pág. 8)

A su vez, es menester analizar el CONPES 3413 de 2006, que también se emite en esta tercera generación y sigue los lineamientos del documento CONPES ya mencionado. Este documento fija sus políticas de acuerdo al crecimiento del comercio exterior del país. De esta manera establece este que:

De acuerdo con la base de comercio internacional del DANE y la DIAN, en 2003 se movilizaron 24 millones de toneladas de comercio exterior. El 83% de esta carga salió a través de los puertos marítimos, un 10% por las fronteras terrestres y el 1,6% por los aeropuertos. La red vial se constituye así en un eje dinamizador del comercio exterior, teniendo en cuenta que la carga movilizada a través de los puertos ha sido principalmente transportada a través de la infraestructura vial

Sobre la tercera generación de concesiones viales y el concepto de corredores viales introducidos por esta, el Consejo de Estado ha sostenido que:

Los procesos de Concesiones de Tercera Generación, están dirigidos a la ejecución de grandes corredores viales que deben conectar los grandes centros productivos, que se encuentran en el centro del país con los puertos, de modo que dicho corredor integre los principales centros de consumo con los centros de producción y éstos a su vez con los puertos. (Consejo de Estado, (citado por: Araújo y Sierra), 2013)

Aunado lo referente a las políticas públicas que marcaron esta etapa, se abordará lo concerniente a la normatividad en esta generación de concesiones viales. En el año 2007 se expide la Ley 1150⁷⁸, la cual hace parte del actual Estatuto de la Contratación Pública; sobre esta, se hará mención al régimen de adiciones y prórrogas que contuvo esta normatividad en la medida en que, como se ha pretendido a lo largo del análisis, se busca realizar un recuento evolutivo del contrato; por lo tanto, al ser el régimen de las adiciones y prórrogas modificado por las actuales asociaciones público privadas, conviene el estudio de este punto en aquel cuerpo normativo, para entender el cambio introducido por el nuevo régimen. Es así como, el Artículo 28 de la Ley 1150 de 2007 estipuló:

En los contratos de concesión de obra pública, podrá haber prórroga o adición hasta por el sesenta por ciento (60%) del plazo estimado, independientemente del monto de la inversión, siempre que se trate de obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado o de la recuperación de la inversión debidamente soportada en estudios técnicos y económicos. Respecto de concesiones viales deberá referirse al mismo corredor vial.

⁷⁸ Tras la expedición de dicho cuerpo normativo múltiples doctrinantes nacionales plantearon posiciones sobre lo introducido por dicha Ley. En el caso de Rincón Salcedo, este arguyó: "... el principio de selección objetiva consagrado en el Artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 de acuerdo con el cual la finalidad de todo proceso de selección es la de escoger ofertas y no oferentes, en otros términos que prime en la selección de contratistas no los criterios relacionados con la calidad de los oferentes sino los criterios relacionados con la calidad de las ofertas realizadas por los participantes en el proceso de selección." (Rincón Salcedo, 2011). En el caso de lo estipulado por Gómez Lee, tras la expedición de la Ley 1150 de 2007, este denominó la normatividad de la contratación pública como una trilogía de regímenes: "Así, en Colombia, en medio de una diversidad de normas excepcionales de puede identificar una trilogía de regímenes: primero, la contratación estatal en sentido estricto, el del Estatuto General de Contratación (L. 80 de 1993 y L. 1150 de 2007)...segundo, una contratación estatal en un sentido amplio o general, que comprende todos los regímenes contractuales excepcionales sometidos al derecho privado y normas especiales, para entidades públicas o para temas específicos como el de las Asociaciones Público Privadas... tercero, el régimen de las organizaciones privadas que no son administración pública, sino particulares que contratan con recursos públicos y se someten a los principios constitucionales de la gestión fiscal para la buena administración... La existencia de una trilogía de regímenes la confirma el Artículo 1 de la Ley 1150 de 2007, al establecer que el objeto de esa ley, además de referirse a modificaciones a la Ley 80 de 1993, es de dictar otras disposiciones generales aplicables a toda contratación con recursos públicos. (Gómez Lee, 2012). Por su parte, el doctrinante Suárez Beltrán, sobre la entrada al ordenamiento jurídico de la Ley 1150 de 2007, estipuló: "La Ley se ocupa de cerrar espacios que durante la aplicación de la Ley 80 demostraron ser aprovechados para manejos poco transparentes. En este sentido, la nueva ley innova en el tratamiento dado a circunstancias tales como la publicación de prepliegos y estudios previos, la contratación con cooperativas, la celebración de contratos interadministrativos y convenios con organismos de cooperación internacional, la aplicación del principio mantenimiento de la educación económica del contrato, la adjudicación en audiencia pública, la aplicación universal de principios y del régimen de inhabilidades e incompatibilidades a toda contratación con dinero público y aclara la posibilidad de aplicar multas y cláusula penal, entre otros. (Suárez Beltrán, 2009)

Se advierte que el artículo, como mencionado, fue derogado expresamente por el Artículo 39 de la Ley 1508 de 2012⁷⁹ que introdujo las asociaciones público privadas, régimen que se estudiará en adelante.

Ahora bien, conviene, adicionalmente, realizar un estudio de la institucionalidad y cómo bajo la lógica propuesta por la tercera generación de concesiones viales se modifica lo referente al contrato de concesión de obra pública.

Con anterioridad se hizo mención al INVIAS y cómo esta entidad, creada en la primera generación de concesiones viales, suscribió los contratos de obra concesionados en el país. De esta entidad, en el año 2003, se escinde la subdirección de concesiones para crear por parte del Gobierno Nacional, en ejercicio de facultades extraordinarias⁸⁰, la entidad denominada Instituto Nacional de Concesiones (INCO)⁸¹, la cual se encargó del manejo de todas las concesiones del sector transporte. (Contraloría Departamental del Valle del Cauca , 2015).

La entidad estatal se crea con el objeto de “planear, estructurar, contratar, ejecutar y administrar los negocios de infraestructura de transporte que se desarrollen con participación del capital privado y en especial las concesiones, en los modos carretero, fluvial, marítimo, férreo y portuario.”⁸²

El cambio institucional respondió a la necesidad de tener una entidad que se encargara con exclusividad de los contratos de concesión de infraestructura de transporte, dado al auge que los mismos tuvieron desde la primera generación de concesiones viales. De esta manera, el INCO,

⁷⁹ Fue establecido en la exposición de motivos de la Ley 1508 de 2011 que: “es necesario promover la competitividad, mediante el fortalecimiento del sector transporte en su arquitectura institucional, la profundización de la política y la regulación de servicios de transporte y a través de proyectos que permitan la participación privada en la oferta de bienes públicos, mediante esquemas de asociación público privadas (APP), así como mediante una mejor estructuración de los proyectos y el establecimiento de criterios de selección de alternativas de provisión de infraestructura, profundizando en el diseño de esquemas de financiación que promuevan el uso del mercado de capitales por el sector privado.”

⁸⁰ Ley 790 de 2002 “Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades Extraordinarias al Presidente de la República

⁸¹ Decreto 1800 de 2003 “Por el cual se crea el Instituto Nacional de Concesiones, Inco, y se determina su estructura.”

⁸² Artículo 2 del Decreto 1800 de 2003

centralizó las funciones y responsabilidades para la estructuración, planeación, contratación, ejecución y administración de los contratos de concesión. Al ser un instituto especializado, el Estado contó con un ente con mayores y mejores herramientas para el desarrollo de los contratos que suscribieron. (Alvear Sanín , 2007, págs. 655-666)

Lo abordado hasta el momento, constituye el antecedente al régimen actual, que a continuación se esbozará. Se buscó poner de presente con todo el análisis planteado, cómo la intervención privada fue en auge en contratos de concesión de infraestructura y cómo estas concesiones, a su vez, aumentaron con el tiempo. También consideramos relevante los antecedentes en cuanto a las políticas públicas, la normatividad y la institucionalidad, toda vez que estos puntos han sido antecedentes importantes para entender de manera integral el contrato de concesión de infraestructura desde diferentes perspectivas. Además, esta visión global del contrato nos permite entender de mejor manera el contexto en el que se presentan las controversias en el contrato estudiado, que son en últimas, el objeto del presente escrito.

1.2. Cuarta Generación de Concesiones Viales

Sin desconocer los avances que en materia de contratación de infraestructura pública se presentaron en las últimas décadas, antes de la entrada de la Cuarta Generación de Concesiones Viales; se debe decir, que el país se encontró hace algunos años en una situación en la cual la infraestructura pública no era suficiente ni de calidad idónea, en comparación con otros países. Tal situación se evidenció en estudios que se hicieron del país, en este tópico en específico. Es el caso del *ranking* que realiza el Foro Económico Mundial, en el cual todos los años evalúa diferentes puntos de la actualidad de los países, siendo uno de estos puntos el de la infraestructura. Concretamente, en la evaluación de la calidad de las vías, realizada para los años

2011-2012, el país ostentó el puesto 108 entre 142 evaluados, con un puntaje de 2.9 sobre 7, resultado que podríamos considerar bastante bajo en comparación con el rendimiento de Colombia en los demás *rankings*. (World Economic Forum)

También la Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE) ha realizado estudios sobre la situación colombiana en cuanto a la infraestructura del país, ahondando un poco más en las razones que llevan a tal situación de la infraestructura pública colombiana. Es así como, estableció que en el país existía una falta de regulación que aborde la concesión de manera directa, derivando en un panorama jurídico que no es claro y con un marco incompleto. (OCDE, 2013)

Además de los estudios de organismos internacionales, algunos sectores especializados atribuyeron el poco crecimiento de los índices económicos a la baja cantidad y calidad de infraestructura con la que cuenta el país. Tal es el caso del porcentaje de crecimiento económico que se evidencia en el país; así como, la baja productividad multifactorial que mantiene este. (ANIF, 2014) y (Colfecar).

Por toda la situación que se plantea, sobre el panorama en que se encontró el país hace algunos años en cuanto a la infraestructura pública, se crea por parte del gobierno de Juan Manuel Santos la Cuarta Generación de concesiones viales.

Ahora bien, a continuación se realizará el estudio de todos los elementos que forman parte de la actualidad del contrato de concesión de infraestructura en el país, los cuales se constituyen como el marco que incide de manera directa en la amigable composición como mecanismo alternativo de solución de conflictos en la actualidad.

Se abordarán bajo la misma lógica hasta el momento utilizada, en primera medida el documento CONPES que crea la cuarta generación, para proseguir con los cambios institucionales que se

han implementado. En el siguiente acápite se abordará lo atinente a las asociaciones público privadas, las cuales constituyen un nuevo instrumento de concesión, introducido por la Ley 1508 de 2012.

Así las cosas, en el año 2013 se expide, como es usual, un nuevo documento CONPES - 3760 - , que fija todo lo respectivo a esta nueva etapa de concesiones de infraestructura. En este se aborda una vez más la necesidad de conectar los centros de producción con los puertos y fronteras; así como, la conexión de las principales ciudades del territorio nacional, teniendo una vez más como objetivo el fortalecimiento de un sistema de vías, de cara al comercio exterior.

Consciente el gobierno sobre lo opinado anteriormente, con respecto al poco crecimiento económico y la influencia de la infraestructura con aquel, plantea el documento CONPES que:

Es indudable que la mencionada inversión (las que se llevarán a cabo durante esta generación) tendrá efectos en el crecimiento de la economía por la vía de una mayor acumulación de capital fijo, lo cual traerá consigo aumentos en la tasa de inversión de la economía frente al escenario actual (CONPES 3760 de 2013 , pág. 26)

El CONPES que da inicio a esta nueva generación de concesiones viales hace referencia continuamente a los errores de generaciones pasadas que se buscan corregir con el inicio de esta nueva etapa. Este es el caso de las renegociaciones de los contratos, las cuales tras estudios de la OCDE, (OCDE, 2013) se buscan mermar para esta nueva generación, de esta manera establece el CONPES que:

El costo fiscal de estas renegociaciones ha sido muy alto. En promedio se han desembolsado 265 millones de dólares, 31 por contrato en las concesiones renegociadas analizadas, lo que significa adiciones que representan un 280% del valor inicial de los contratos. En parte, este elevado costo se debe a la constante práctica de aumentar los trazados que originalmente estaban pactados (en

promedio se incrementaron en 50 km) que explica la tercera parte de las renegociaciones estudiadas.

En lo referente a la institucionalidad, el cambio institucional de cara a la nueva generación fue transversal, este acaparó desde la cabeza del sector – el Ministerio de Transporte- hasta las entidades involucradas directamente con la contratación y financiación de las obras.

El año 2011 fue crucial para el sector transporte, dado a la modificación del Ministerio de Transporte y la creación de dos órganos de la administración pública en aquel año. En primer lugar, en enero del año 2011 mediante Decreto 087⁸³, se modifica la estructura del Ministerio de Transporte mediante la creación del Viceministerio de Infraestructura, otorgándole un amplio apoyo en direcciones y subdirecciones a esta área del Sector Transporte. Son dos las novedades introducidas con respecto a la estructura anterior⁸⁴, por un lado que el Viceministerio se fundamente únicamente en la infraestructura y, por otro, una serie de despachos de apoyo para esta área.

Adicionalmente, después de ocho años tras su creación, el Instituto Nacional de Concesiones (INCO), fue sustituido por la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), por medio de facultades extraordinarias⁸⁵ otorgadas al Presidente, por parte del Congreso. De esta manera, el ejecutivo modificó la naturaleza jurídica del INCO, mediante el Decreto 4165 de 2011, para dar paso a la ANI. La naturaleza jurídica de esta entidad responde a una Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial, del sector descentralizado a la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica, adscrita

⁸³ Decreto 087 de 2011: “Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Transporte, y se determinan las funciones de sus dependencias.”

⁸⁴ Decreto 2053 de 2003: “por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Transporte, y se dictan otras disposiciones.”

⁸⁵ Ley 1444 de 2011 “ Por medio de la cual se escinden unos Ministerios, se otorgan precisas facultades extraordinarias al Presidente de República para modificar la estructura de la Administración Pública y la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones”, Artículo 18 literales e) y f)

al Ministerio de Transporte. Como planteado en el acto de creación de la entidad, el surgimiento de esta entidad se da:

Con el fin de lograr mayor eficiencia y eficacia en la administración de la infraestructura del país, así como fortalecer la vinculación de capital privado a los proyectos asociados con la infraestructura del sector transporte y el desarrollo de las asociaciones público privadas, y hacer coherente la organización y funcionamiento de la administración de los proyectos de infraestructura es necesario cambiar la naturaleza jurídica del Instituto Nacional de Concesiones (INCO) para adaptarla a las condiciones del mercado y otorgarle la estructura acorde con las actuales necesidades y potencialidades del país.⁸⁶

Además, ha sido sostenido que la transformación del INCO en la ANI, responde a una necesidad del sector de la infraestructura de una mayor organización institucional y un marco jurídico moderno y claro (Araújo & Sierra , 2013 , pág. 187).

La ANI, entidad que se crea con los objetivos y por las razones que se esbozaron, tiene especial importancia en la tesis que se pretende plantear, toda vez que es esta entidad la competente para celebrar contratos de concesión de infraestructura y, por ende, pactar con los contratistas la amigable composición para solucionar las controversias.

Con respecto a los cambios institucionales que se presentaron en esta Cuarta Generación de concesiones viales, concretamente en el año 2011, vale mencionar adicionalmente, la creación de la Financiera de Desarrollo Nacional. Este órgano es una sociedad de economía mixta vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que fue creada por medio del Decreto 4174 de 2011⁸⁷ con el objetivo de que el Gobierno Nacional cuente con “instrumentos para promover, financiar y apoyar empresas o proyectos de inversión en todos los sectores de la economía y

⁸⁶ Decreto 4165 de 2011

⁸⁷ Decreto 4174 de 2011: “Por el cual se modifican y determinan la denominación, los objetivos y la estructura orgánica de la Financiera Energética Nacional S. A. (FEN).”

ejecutar las actividades requeridas para la promoción de los mismos entre los inversionistas nacionales o extranjeros.”

De la lectura de la Misión, la Visión y la Propuesta de valor de la entidad se colige que este órgano se estructura teniendo como eje la financiación de los proyectos de infraestructura de manera que se erige como el “Banco de Desarrollo que promueve la infraestructura para la transformación y bienestar del país.” y establece como sus servicios aquellos “productos innovadores y especializados de asesoría y financiación, que permitan movilizar recursos y faciliten la participación del sector privado en el desarrollo de la infraestructura en Colombia.” (Financiera de Desarrollo Nacional)

Es así como, tras la situación en la cual se encontró el país hace algunos en cuanto a la infraestructura pública, se realizan modificaciones estructurales de varios factores que atañen de manera directa a la contratación de infraestructura pública en el país.

Aunados los elementos que constituyen la actualidad del contrato de infraestructura en Colombia, mediante el estudio de lo referente a la Cuarta Generación de Concesiones Viales, es dable concluir que con la entrada de esta última generación, el sector infraestructura se fortaleció, al aumentar la cantidad de obras de infraestructura construidas.

Así las cosas, teniendo de presente la importancia de la infraestructura, de acuerdo a su evolución en los últimos años, se debe determinar la relevancia que para la evolución del sector ha contado la inversión privada; lo cual, de manera indirecta incide en la relación entre contratistas y la ANI – actual competente para celebrar contratos de concesión -, lo cual, a su vez, tiene relación directa con la solución de conflictos que entre estos surjan.

Comparación en kilómetros de vías pretendidas en las generaciones de concesiones viales:

Generación	Rehabilitación y construcción (Km)
Primera	1,144.4
Segunda	2,900
Tercera	2,900
Cuarta	7,000

Fuentes: CONPES 3045 de 1991, CONPES 2775 de 1992, “Colombia Genera 2015, Encadenamiento: una oportunidad en otro sector, Luis Fernando Andrade, ex presidente – ANI.

1.2.1. Las asociaciones público privadas (APP) como instrumento de contratación

Administrativa en las concesiones de cuarta generación.

Para abordar el estudio de las APP's, se planteará, en primer lugar, el concepto de esta institución jurídica y su surgimiento a nivel mundial. Posteriormente, se analizará el caso colombiano y las características que este ostenta; y, por último, se esbozarán aquellas instituciones jurídicas, abordadas con anterioridad en el presente escrito, que modifica el nuevo sistema, concretamente los anticipos, adiciones y prórrogas.

Las APP son un instrumento de contratación, en el cual se incluyen recursos privados a la contratación de infraestructura pública⁸⁸. Sin embargo, esta manera de contratar no es propia de Colombia, por el contrario, es un sistema que ha sido acogido por un mayor número de países en

⁸⁸ El doctrinante Dávila Vinuesa se ha referido a las asociaciones público privadas según las necesidades de infraestructura del país, en este sentido ha sostenido que: “La premura por ampliar una infraestructura que le permita al país afrontar retos sociales y económicos, ha originado la exploración de alternativas de financiación diferentes o complementaria a las que se incorporan en el presupuesto de la Nación, destacándose la importancia de involucrar al sector privado en función del interés general. El marco normativo aplicable a las asociaciones público privadas se consagra primeramente en la Ley 1508 de 2012, la cual vinculó tales asociaciones al régimen de la contratación pública, al disponer que se aplicará lo dispuesto en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, a los procesos de selección y a la celebración y ejecución de los contratos que incluyan esquemas de APP, salvo en las materias particularmente reguladas en dicha ley (...) En realidad un proyecto de APP requiere mayores estudios y planeación que un proyecto de inversión ejecutado bajo obra pública tradicional, dado a que se está concretando una relación a largo plazo entre el sector público y el sector privado. (Dávila Vinuesa, 2016)

los últimos años. En líneas generales, una APP se refiere a un acuerdo entre el sector público y el sector privado en el que parte de los servicios o labores que son responsabilidad del sector público son suministradas por el sector privado bajo un claro acuerdo de objetivos compartidos para el abastecimiento del servicio público o de la infraestructura pública. (World Bank Group).

La doctrina le ha dado como fuente de las APP's la liberalización económica, la cual da cabida a la entrega total o parcial de lo público a los particulares (Aranguren Tarazona). Así las cosas, para esbozar lo que constituye este nuevo método de participación privada en obras públicas, se citará lo que la doctrina española ha esbozado respecto a la relación entre privado y Estado en este nuevo sistema de contratación.

(Las APP's) Constituyen técnicas de cooperación entre el sector público y privado, de modo tal que combinando las fortalezas de ambas partes -y con ganancia neta para todos los involucrados-, apuntan a satisfacer, con eficacia y eficiencia, necesidades de interés público. Son, en definitiva, una suerte de «matrimonios por conveniencia», que para que funcionen, es necesario que satisfagan de modo básico las expectativas mínimas de las diferentes partes. (Aragone Rivoir)

Es de esta manera, como con las APP's se modifica la visión de que los particulares y las entidades tengan propósitos encontrados en la ejecución de una obra, para introducir un régimen en el cual ambas partes desarrollen el proyecto con intereses paralelos o en un “matrimonio por conveniencia” como lo establece el doctrinante español. Esta situación, al modificar la relación de los particulares con las entidades públicas, a su vez modifica los conflictos que de esta relación se susciten, incidiendo indefectiblemente en la solución de aquellos.

Entrando al caso colombiano, se insiste en el hecho que la participación privada ha ido en aumento en el desarrollo de la infraestructura pública en el país, conforme se ha establecido anteriormente. Ahora bien, la inclusión de las APP's supone un desarrollo de ciertas políticas

públicas que favorecen aún más la participación del capital privado en el desarrollo de este sector. (Aranguren Tarazona)

La Ley 1508 de 2012, que introduce las APP's, no deroga la totalidad de lo referente a las concesiones en el Estatuto de la Contratación Pública, ni el proceso de contratación por este regulado. En la medida en que hace mención a las concesiones de que trata la Ley 80 de 1993, estableciendo que estas se registrarán por lo dispuesto en la Ley de APP – 1508 de 2012 - ⁸⁹, complementando el régimen que se encontraba en el Estatuto, más no derogándolo en su totalidad. (Guarín Prieto & Torres Ramirez , 2015); lo anterior siempre y cuando los proyectos superen la suma de 6,000 salarios mínimos legales mensuales vigentes⁹⁰.

El contrato de APP's, como regulado en la Ley 1508 de 2012, tiene dos formas de surgir al mundo jurídico. Por un lado, se encuentran las APP's de iniciativa pública, en esta modalidad son las entidades las que proponen la realización de un proyecto, los particulares tras conocerlo entran al proceso de selección para licitar e intentar obtener su adjudicación. Aún en este caso de iniciativa pública la Ley exige un proceso de planeación importante por parte de la entidad antes de abrir el proceso. Sobre el tema sostiene Londoño Vallejo que:

Antes de la apertura formal del proceso la entidad debe haber realizado estudios de carácter técnico, socioeconómico, ambiental, predial, financiero y jurídico acordes con el proyecto. Además, una evaluación estricta de costo beneficio y una clara explicación del por qué la figura de la app es el mecanismo idóneo para el desarrollo de la obra (Londoño Vallejo)

⁸⁹ Ley 1508 de 2012, Artículo 2: Las concesiones de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80, de 1993, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de Asociación Público Privadas. Las concesiones vigentes al momento de la promulgación de la presente ley se seguirán rigiendo por las normas vigentes al momento de su celebración. Y Artículo 3, Inciso 3: Los procesos de selección y las reglas para la celebración y ejecución de los contratos que incluyan esquemas de Asociación Público Privada se registrarán por lo dispuesto en l. Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, salvo en las materias particularmente reguladas en la presente ley.

⁹⁰ Ley 1508 de 2012, Artículo 3, parágrafo 1: Sólo se podrán realizar proyectos bajo esquemas de Asociación Público Privada cuyo monto de Inversión sea superior a seis mil (6000) smmlv.

Sujetándose de manera estricta al principio de planeación que permea la contratación pública colombiana.

Por otro lado, la ley regula las APP's de iniciativa privada, en las cuales los particulares presentan a la entidad de manera confidencial una propuesta para llevar a cabo un proyecto de infraestructura. El proceso que debe seguirse en esta modalidad consta en la evaluación de prefactibilidad, factibilidad, revisión previa de la iniciativa privada y evaluación de la iniciativa privada.

De igual forma a como se presenta en la modalidad estudiada anteriormente, se hace hincapié en la planeación⁹¹ que el contrato deberá tener. Este concepto surge de la filosofía de este nuevo sistema de contratación en el cual se hace especial énfasis en la planeación y en la previsión (Londoño Vallejo). Tras la aceptación del proyecto por parte de la entidad se evaluará si se necesitan recursos públicos para la ejecución de la obra o, si por el contrario, no se requiere de estos. En cada uno de estos eventos se seguirá un proceso diferente, antes de llegar a la adjudicación del contrato, la cual puede no necesariamente ser a quien propuso el proyecto.

Al ser un sistema novedoso para contratar las concesiones de infraestructura, introduce modificaciones a instituciones específicas, que se abordarán con el fin de plantear la evolución, conforme a lo argüido anteriormente.

⁹¹ Entiéndase por planeación en la contratación estatal como: Todo proceso requiere de planeación con el fin de identificar las diferentes etapas, insumos necesarios, responsables, posibles riesgos, entre otros aspectos que permitan una mayor eficacia y eficiencia de cualquier proceso en la esfera de la actividad contractual privada y pública. En el campo de la contratación estatal, el principio de planeación se presenta entonces como el faro en la delimitación de los aspectos procesales de esta expresión de la función administrativa que deben ser evaluados y tenidos en cuenta durante las diferentes etapas del proceso de contratación pública. El mencionado principio se construye de la mano de los principios de transparencia y eficiencia, pues garantizan que los interesados en el proceso, conozcan todos los aspectos relevantes sobre el ya mencionado proceso, dando así cuenta de una de las máximas que se formulan en el ámbito de la contratación estatal, la cual consiste en que nada puede ser dejado a la improvisación, salvo esta, las situaciones que se construyen sobre la base de los conceptos de fuerza mayor y el caso fortuito. (Amaya Rodríguez, 2012)

En el primer acápite de este estudio se hizo mención al Decreto 222 de 1983, esbozando lo que este contenía en cuanto a los anticipos⁹², junto con una opinión doctrinal sobre la figura del anticipo, en aquel momento. Ahora bien, en el régimen de las APP's se ha optado por eliminar esta figura (Contraloría Departamental del Valle del Cauca , 2015 , pág. 42).

También la Corte Constitucional se ha pronunciado al respecto, citando la exposición de motivos de la Ley 1508 de 2012, estableciendo que entre los logros que se buscan obtener con las APP se encuentra la:

Optimización de los recursos del Estado, no solo basado en la capacidad del privado para la financiación de la construcción de la infraestructura física, sino también en la capacidad del privado de gestionar, operar y mantener dicha infraestructura, ya que lo que se busca es la prestación de servicios asociados a un activo a cambio de un pago, por parte del Estado, ligado a la disponibilidad de la infraestructura, niveles y calidad del servicio suministrado. Es decir, los pagos que hace el Estado o los derechos que permite cobrar por el uso de la infraestructura están ligados a la calidad y desempeño en la prestación del servicio y no a anticipos o hitos constructivos. (Corte Constitucional, Sentencia C- 595 de 2014 (citando la Gaceta del Congreso 823 de 2011))

También conviene abordar lo referente a las prórrogas y adiciones que al contrato pueden realizarse. Igualmente, sobre este aspecto se abordó lo que el anterior régimen- Ley 1150 de 2007- contenía en cuanto a estos puntos.

⁹² Con respecto a los anticipos, cabe abordar lo argüido por el Consejo de Estado, estableciendo que: “no puede perderse de vista que los dineros que se le entregan al contratista por dicho concepto son oficiales o públicos. El pago de dicha suma lo era y lo sigue siendo un adelanto del precio que aún no se ha causado, que la entidad pública contratante hace al contratista para que a la iniciación de los trabajos disponga de unos fondos que le permitan proveerse de materiales y atender los primeros gastos del contrato, tales como los salarios de los trabajadores que disponga para la obra. No es otra la razón por la cual adicionalmente se exige que sea garantizada, que se presente un plan para su utilización y que se amortice durante la ejecución del contrato en cada acta parcial de cobro (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Exp. 10.607, 1999)

Ahora bien, en aras a corregir errores del pasado, la Ley 1508 de 2012 busca limitar el tema de las adiciones y prórrogas para evitar los grandes sobrecostos evidenciados con anterioridad (CONPES 3760 de 2013).

Es así como este nuevo régimen incluye en el Artículo 7⁹³ una delimitación temporal para estas figuras jurídicas – adiciones y prórrogas –. Constituyendo un término a partir de los 3 años desde el inicio de la obra y hasta antes de las $\frac{3}{4}$ partes del plazo pactado. También el Artículo 13⁹⁴ establece que no podrán hacerse adiciones que superen el 20% del valor del contrato.

Por medio del régimen expuesto, se busca una limitación de las adiciones y prórrogas de los contratos, en comparación a regímenes anteriores– Artículo 28 de la Ley 1150 de 2007 – (Londoño Vallejo)

II. La amigable composición como mecanismo alternativo de solución de controversias

Como fue delimitado al introducir el presente estudio, la amigable composición se enmarcará a partir de lo dispuesto por parte del Artículo 68 de la Ley 80 de 1993, según el estudio doctrinal y jurisprudencial que del tema se ha realizado, así como la normatividad pertinente. De esta forma, en adelante se efectuará un análisis del método alterno de la amigable composición de manera amplia, abordando las diferentes fuentes que inciden en este mecanismo, con el fin de entender la figura en su conjunto y asimilar su inclusión en los contratos de concesión de infraestructura ya analizados.

⁹³ Adiciones y prórrogas de los contratos para proyectos de asociación público privada. Sólo se podrán hacer adiciones y prórrogas relacionadas directamente con el objeto del contrato, después de transcurridos los primeros tres (3) años de su vigencia y hasta antes de cumplir las primeras tres cuartas (3/4) partes del plazo inicialmente pactado en el contrato

⁹⁴ Primer inciso: Adiciones y prórrogas de los contratos para proyectos de asociación público privada de iniciativa pública. En los contratos para la ejecución de proyectos de asociación público privada de iniciativa pública, las adiciones de recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos al proyecto no podrán superar el 20% del valor del contrato originalmente pactado. En dichos contratos, las prórrogas en tiempo deberán ser valoradas por la entidad estatal competente. Las solicitudes de adiciones de recursos y el valor de las prórrogas en tiempo sumadas, no podrán superar el 20% del valor del contrato originalmente pactado.

La Corte Constitucional ha definido este mecanismo como uno

Eminentemente contractual, por medio del cual las partes deciden delegar en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de decidir, con fuerza vinculante entre ellas, el estado y la forma de cumplimiento de una relación jurídica sustancial susceptible de transacción. Dicho amigable componedor puede sea nombrado directamente por las partes o a través de un tercero designado por éstas. (Corte Constitucional, Sentencia C-330 , 2012)

Para diferenciar la amigable composición de los demás métodos alternativos para la solución de los conflictos la Corte se ha encargado de plantear los requisitos esenciales de esta, definidos de la siguiente manera:

i) delegación que hacen dos o más particulares (ii) en un tercero, denominado amigable componedor - que podrá ser singular o plural-, (iii) de la facultad de precisar con fuerza vinculante para ellas y con los efectos legales de la transacción, (iiii) el estado, las partes y la forma de cumplimiento de un negocio jurídico particular. Las partes (iiii) pueden hacer la designación del amigable componedor directamente o delegarla en un tercero, que puede ser persona natural o jurídica. (Corte Constitucional SU- 91 , 2000)

La amigable composición constituye un negocio que depende de una relación jurídica preexistente entre quienes tienen una controversia. En otras palabras, debe existir un negocio jurídico determinado, específico y actual para que pueda subsistir el acuerdo de amigable composición (Gil Echeverry J. H., La Conciliación extrajudicial y la amigable composición , pág. 379)

2.1.Fuentes normativas de la amigable composición

La amigable composición es el mecanismo alternativo de solución de conflictos que, revistiendo relevancia para el ordenamiento jurídico, no se encuentra planteado constitucionalmente, aun cuando estuvo dispuesto en varias normas anteriores a la Carta Política, como: el Código de Procedimiento Civil, la Ley 2297 de 1989 y la Ley 23 de 1998. Aun cuando esta es la situación y el Artículo 116 de la Carta no lo prevé expresamente, la Corte Constitucional ha establecido que

El arbitramento como la conciliación o la amigable composición, han de entenderse como institutos a los que el Constituyente les reconoció una función fundamental dentro la administración de justicia, pues son mecanismo a los que pueden recurrir opcionalmente las personas para poner término a sus controversias, sin la intervención directa del Estado, lo que permite no sólo la descongestión del aparato de justicia sino la participación activa de los particulares en la definición de sus conflictos (Corte Constitucional, Sentencia C- 098 , 2001)

También esta Corporación, en este mismo sentido, ha sostenido que:

Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos encuentran base constitucional no sólo en su reconocimiento expreso en el artículo 116 superior sino también en otros principios y valores constitucionales (...) En ese orden de ideas, es perfectamente posible que el Legislador estimule la resolución de conflictos directamente por los propios afectados, por medio de figuras como la conciliación o la amigable composición. (Corte Constitucional, Sentencia 163, 1999)

En síntesis, aun cuando no fue prevista expresamente la amigable composición constitucionalmente, la Corte Constitucional mediante su interpretación le ha dado igual valor

que a aquellos mecanismos que sí se prevén de manera expresa, como visto en los apartes citados.

Legalmente ha sido la Ley 1563 de 2012 la que se ocupa de actualizar lo dispuesto para la amigable composición, aun cuando dedica solo tres artículos para abordar el tema – 59 a 61 –, es la base para su utilización en las diferentes áreas del derecho.

En cuanto a las partes que pueden acudir a este mecanismo el Artículo 59⁹⁵ del cuerpo normativo hace referencia a quienes pueden hacer uso de este método para solucionar sus controversias, planteando que “dos o más particulares, un particular y una o más entidades públicas, o varias entidades públicas, o quien desempeñe funciones administrativas”, estipulando un amplio margen de personas de derecho público o privado, que pueden utilizar este mecanismo.

2.2.Decisiones en equidad como característica de la amigable composición

Como se planteó con anterioridad el cuerpo normativo que regula la amigable composición es la Ley 1563 de 2012, de ahí que este expone en su Artículo 60, tercer inciso que:

Salvo convención en contrario, la decisión del amigable componedor estará fundamentada en la equidad, sin perjuicio de que el amigable componedor haga uso de reglas de derecho, si así lo estima conveniente.

Entonces, se colige que la regla general va a ser la equidad y la excepción los fallos en derecho, característica que dentro de los mecanismos alternativos de solución de conflicto, solo esta ostenta. Siendo este el panorama de la amigable composición, resulta relevante para el estudio establecer qué son las decisiones en equidad y cómo se han presentado en el país a partir de lo

⁹⁵ Ley 1563 de 2012, Artículo 59: La amigable composición es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, por medio del cual, dos o más particulares, un particular y una o más entidades públicas, o varias entidades públicas, o quien desempeñe funciones administrativas, delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de definir, con fuerza vinculante para las partes, una controversia contractual de libre disposición. El amigable componedor podrá ser singular o plural. La amigable composición podrá acordarse mediante cláusula contractual o contrato independiente.

dispuesto sobre la materia por parte de la jurisprudencia constitucional, toda vez que la misma Corte Constitucional ha denominado a la equidad como institución indeterminada, que ha sido constitucionalizada⁹⁶.

Es así como, es dable concluir que las decisiones en equidad ciertamente no son la regla general en el ordenamiento jurídico colombiano, sino, por el contrario, son los fallos que se profieran en derecho la regla general en el país. Sin embargo, la Corte Constitucional se ha pronunciado acerca de este tipo de decisiones, sosteniendo que:

Implica(n) que la solución de un conflicto está más dirigida a la recomposición de los vínculos sociales que a la aplicación de una norma jurídica preexistente. Las decisiones, por ende, deben obedecer a una concepción de justicia que sea aceptable en el contexto comunitario específico de que se trate. ii) Si bien para algunos de los mecanismos o figuras de justicia comunitaria, está previsto un procedimiento básico que el operador o facilitador deben seguir, por regla general se puede afirmar que estas formas alternativas de justicia se rigen por la informalidad, pues más que el sometimiento a formas preestablecidas, los operadores de justicia comunitaria tienen como responsabilidad la búsqueda de vías adecuadas para la solución de las controversias sometidas a su conocimiento. (Corte Constitucional, Sentencia C- 631 , 2012)

Es por esto que se le debe dar una concepción de justicia a la decisión en equidad, pero una justicia diferente a las normas preestablecidas, en los casos en que las decisiones en derecho no supongan una herramienta suficiente en consideración de las partes de un conflicto- siempre y cuando estas puedan disponerlo o el legislador lo haya hecho previamente - .

⁹⁶ Corte Constitucional, Sentencia T- 046 de 2002

También el Alto Tribunal Constitucional se ha referido, en tratándose de la equidad, a temas como: límites a la autoridad, elementos característicos, y aquellas instituciones jurídicas contenidas en nuestro ordenamiento que son inspiradas en la equidad.

La jurisprudencia ha optado por otorgarle a la equidad, siendo un concepto indeterminado, límites a la decisión de aquellas autoridades que se fundamenten en equidad, siendo imperativo su planteamiento por cuanto supone ambigüedad al no ser un sistema preestablecido ni con reglas claras.

No obstante, el debido proceso arbitral en equidad comprende unos límites sustanciales de orden constitucional. Un claro límite constitucional de las decisiones de los árbitros en equidad consiste en que si bien éstas no tienen que ser razonadas, de cualquier forma deben ser razonables. Una decisión razonada, o sea, justificada de manera expresa con base en argumentos expuestos en la parte motiva del laudo es, prima facie, una decisión que no carece de razonabilidad, salvo que se demuestre lo contrario...La equidad impone, a lo menos, dos límites a la autoridad que la invoca para justificar sus decisiones. El primero toca con el proceso decisorio, el cual no puede ser evidentemente irrazonable como se acaba de mostrar. El segundo toca con el contenido de lo decidido y sus efectos. (Corte Constitucional, Sentencia T- 046 de 2002)

En cuanto a las características de la figura se han esbozado tres, a saber:

El primero es la importancia de las particularidades fácticas del caso a resolver. La situación en la cual se encuentran las partes – sobre todo los hechos que le dan al contexto empírico una connotación especial – es de suma relevancia para determinar la solución equitativa al conflicto. El segundo es el sentido del equilibrio en la asignación de cargas y beneficios. La equidad no exige un equilibrio perfecto. Lo que repugna a la equidad son las cargas excesivamente onerosas o el desentendimiento respecto de una de las partes interesadas. El tercero es la apreciación de los efectos de una decisión en las circunstancias de las partes en el contexto del caso. La equidad es

remedial porque busca evitar las consecuencias injustas que se derivarían de determinada decisión dadas las particularidades de una situación. (Corte Constitucional, Sentencia T-046, 2002)

Por último, consideramos conveniente esbozar lo dispuesto por la Corte Constitucional sobre aquellas instituciones que han encontrado fundamento en la equidad, que se incluyen en nuestro ordenamiento:

Estos elementos de la equidad, han inspirado numerosas doctrinas jurídicas consideradas novedosas al momento de su articulación pero que hoy parecen necesarias. La teoría de la imprevisión, la teoría sobre el equilibrio económico de los contratos, la teoría del enriquecimiento sin causa, son tan sólo algunos ejemplos. (Corte Constitucional, Sentencia T-046, 2002)

Es relevante poner de presente estas instituciones jurídicas del derecho colombiano, toda vez que parte de la doctrina fundamenta la viabilidad de las decisiones en equidad en contratos de concesión vial de cuarta generación en que no es un elemento novedoso en este tipo de contratos, por cuanto elementos como los mencionados se encuentran arraigados en el ordenamiento y aplicables a la contratación estatal.

Es así como, se otorga un esbozo general de una figura que ciertamente no ha sido regulada expresamente, toda vez que constituiría un contrasentido, pero que ha sido abordada por parte de la Corte Constitucional en aras a otorgar un marco de actuación y de caracterización para aquellas autoridades que se fundamenten en la equidad para proferir sus decisiones.

2.3. La amigable composición en controversias contractuales

En cuanto a la amigable composición respecta, esta ha tenido un desarrollo particular como método alternativo para la solución de los conflictos en los contratos estatales, principalmente por desarrollos jurisprudenciales que no han seguido la misma línea de pensamiento. Por esto, se realizará un estudio de la jurisprudencia proferida con posterioridad a la expedición del Artículo

68 de la Ley 80 de 1993 que, como ya se dijo, abordó la amigable composición como método alternativo de solución de conflictos en contratos estatales.

La evolución de la institución que se estudia, en los contratos estatales, inicia con una sentencia emitida en el año 2005 por parte de la Corte Constitucional- T- 017 - . De esta se colige un visto bueno por parte de la Corporación para, por medio de este mecanismo, solucionar las controversias que entre Administración y contratistas se susciten. De manera que planteó la Alta Corte:

Dada la esencialidad de algunos de los servicios que presta el Estado, y ante la imposibilidad de suspender su cumplimiento y ejecución; las diferencias entre las partes susceptibles de transacción, se pueden someter a fórmulas de autocomposición, lo que no sólo propende por la prestación continua, regular y eficiente de los servicios públicos, sino también por la efectividad de los derechos y obligaciones de las partes. (Corte Constitucional, Sentencia T- 017 , 2005)

Argüido lo anterior por parte del Alto Tribunal Constitucional este establece unas etapas mínimas que debe contener el procedimiento de la amigable composición. Exponiendo una pertinencia del método de la amigable composición, siempre y cuando se garantice un procedimiento para la utilización de dicho mecanismo, estableciendo:

A juicio de esta Corporación, es indispensable que los centros especializados en el manejo de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, sometan el adelantamiento de los trámites de la amigable composición como mínimo a tres etapas. En primer lugar, a una audiencia de apertura, en donde se proclame la autoridad del amigable componedor, se fije el alcance y naturaleza de la disputa, se determine el tiempo de su duración y el de cada una de sus etapas y, además, se inste a las partes para presentar los elementos de juicio que pretendan hacer valer. En segundo término, una etapa de investigación, para identificar y estudiar el problema, examinar documentos, realizar entrevistas con terceros y las partes, y en general, todas las gestiones esenciales para que el amigable componedor se forme su propio juicio. Finalmente, la etapa de

decisión, audiencia en la cual se presenta la solución a las partes debidamente firmada por el amigable componedor, y se explica su alcance jurídico. (Corte Constitucional, Sentencia T- 017 , 2005)

Es así como, el Alto Tribunal destaca la importancia de un mecanismo de esta naturaleza para dirimir conflictos en contratos estatales, estableciendo un mínimo de requisitos procesales, en aras de cumplir con el derecho fundamental del debido proceso.

Ahora bien, solo 4 años después de que se emitiera la providencia que se estudió, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, conceptuó tras una cuestión planteada por el Ministerio de Transporte sobre la viabilidad de la amigable composición para dirimir conflictos en contratos de infraestructura. Empieza la Sala por conceptuar sobre la procedencia de la misma, haciendo un análisis de las normas que al momento del cuestionamiento se encontraban vigentes. (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 2009)

Considera la Sala de Consulta y Servicio Civil que “En los términos usados por el texto legal que la define, la amigable composición sólo está prevista para los particulares”; el raciocinio utilizado por la Sala se funda en que, si bien la Ley 80 en su Artículo 68 habilita la amigable composición para conflictos entre entidades públicas y particulares en el marco de un contrato estatal, la Ley 446 de 1998⁹⁷ en su Artículo 130⁹⁸, derogó ese régimen.

La razón por la cual la Sala consideró que se presentó una derogatoria tácita del Artículo 68 de la Ley 80 por parte del Artículo 130 de la Ley 446 es que este último establece que la amigable composición es un “mecanismo de solución de conflictos, por medio del cual **dos o más**

⁹⁷ “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.”

⁹⁸Ley 446 de 1998, Artículo 130: La amigable composición es un mecanismo de solución de conflictos, por medio del cual dos o más particulares delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de precisar, con fuerza vinculante para ellas, el estado, las partes y la forma de cumplimiento de un negocio jurídico particular. El amigable componedor podrá ser singular o plural.

particulares delegan en un tercero”. Reforzando su argumento en que, con respecto a la amigable composición, la Ley 446 de 1998 es una ley especial. Todo el análisis realizado por la Sala concluye que las entidades estatales no pueden hacer uso de la amigable composición para dirimir sus conflictos, planteando que:

La facultad que tienen las entidades estatales de transigir no es suficiente para permitirles acudir a la amigable composición, no sólo porque éste es un mecanismo de solución de conflictos autónomo, sino porque las competencias en el derecho público deben ser expresas, con mayor razón cuando está de por medio la defensa del interés y el patrimonio público envuelto en los conflictos que se generan con la contratación estatal

En el año 2015, el Consejo de Estado se vuelve a pronunciar sobre la amigable composición en controversias contractuales, esta vez en el marco de una acción de nulidad simple en contra de una parte del Artículo 226 del Decreto 1818 de 1998⁹⁹, el cual habilita a las entidades y particulares a acudir a mecanismos alternativos de solucionar controversias. Específicamente, el demandante ataca por medio de esta vía, la expresión “amigable composición” del Artículo, considerando que existía una falta de competencia para la expedición de dicha norma, toda vez que se estaba reproduciendo una norma derogada- Artículo 68, Ley 80 de 1993-. Se argumenta que la Ley 446 de 1998 la derogó tácitamente, tal como expuso la Sala de Consulta y Servicio Civil en la providencia con anterioridad mencionada.

Ahora bien, al decidir sobre la demanda interpuesta, la Sección Tercera acoge una teoría opuesta al concepto abordado anteriormente, estableciendo que:

⁹⁹ Decreto 1818 de 1998, Artículo 226: De la utilización de mecanismos de solución directa de las controversias contractuales. Las entidades a que se refiere el artículo 2°. Del presente estatuto y los contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual. Para tal efecto, al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en esta ley y a la conciliación, amigable composición y transacción. (Ley 80 de 1993, artículo 68, inciso 1° y 2°).

Se concluye que la amigable composición pasible para las entidades estatales no requería una autorización especial dentro de la Ley 446 de 1998, **ni tampoco fue derogada por la definición de la figura entre particulares que esa Ley adoptó**, por el contrario, a la postre, en virtud de la integración normativa, la determinación del objeto de la figura contractual definida para las controversias entre particulares resultó aplicable en los contratos de las entidades estatales, habilitadas por la Ley 80 de 1993, pudiendo acudir a la aplicación de las normas referidas a los respectivos contratos, en cuanto los mismos estaban previstos en el Código de Comercio y en el Código Civil. (Consejo de Estado, Sección Tercera CP: Hernán Andrade Rincón, Radicación número: 11001-03-26-000-2010-00004-00(38053))

Adicionalmente, tras darle paso a la amigable composición para dirimir conflictos entre Administración y contratistas, expone ciertos eventos en los cuales no va a ser posible acudir a este mecanismo, como excepción a la regla general. Considera la Sala que en los asuntos en los cuales surjan conflictos contractuales con entidades sin facultad de contratación; adicionalmente, para dirimir asuntos extracontractuales en los que no se tenga capacidad para transigir; y, por último, controversias sobre actos administrativos contractuales.

Sin perjuicio de las teorías jurisprudenciales que sobre el tema se esbozaron, a partir del año 2012 se regula la materia, zanjando la discusión que por años se tuvo en las Altas Cortes. Nos referimos a las Leyes 1563 de 2012, 1682 de 2013¹⁰⁰ y 1742 de 2014¹⁰¹, La primera de estas habilita a las entidades públicas a acudir al mecanismo de la amigable composición, estableciendo en su Artículo 59 que: “La amigable composición es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, por medio del cual, dos o más particulares, un particular y una o más entidades públicas, o varias entidades públicas, o quien desempeñe funciones administrativas”,

¹⁰⁰ “Por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias”

¹⁰¹ “Por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte, agua potable y saneamiento básico, y los demás sectores que requieran expropiación en proyectos de inversión que adelante el Estado y se dictan otras disposiciones”

aparte que termina la discusión sobre la viabilidad de la amigable composición para solucionar controversias entre entidades públicas y contratistas. Con respecto a las dos últimas normas, estas abordan la amigable composición como mecanismo de solución de controversias en contratos de concesión de infraestructura pública.

2.3.1. La amigable composición en contratos de concesión de infraestructura pública.

Aunado lo referente al contrato de concesión de infraestructura de manera integral, al abordar los conceptos normativos, jurisprudenciales, institucionales y de políticas públicas que inciden en el mismo; así como, lo respectivo a la amigable composición y su presencia en contratos estatales, es menester abordar la presencia de este mecanismo de solución de controversias en dicho contrato administrativo.

En primer lugar, resulta conveniente esgrimir la normatividad que ha permitido la materialización de dicho pacto entre entidades públicas y contratistas y, a partir de ahí, estudiar concretamente las cláusulas que se han podido evidenciar en los contratos de infraestructura concesionada, pertenecientes a la cuarta generación de concesiones viales ya celebrados.

De igual manera, dado a las grandes cuantías que ostentan los contratos de cuarta generación y la importancia del régimen de solución de conflictos que de estos contratos surjan, consideramos pertinente abordar, desde algunas instituciones jurídicas que hacen parte del régimen de contratación estatal en el país, la amigable composición.

2.3.2. Régimen de solución de controversias introducido por la Ley 1682 de 2013 modificada por la Ley 1742 de 2014.

Tras la promulgación de la Ley 1563 de 2012, que en sus Artículos 59-61 hace referencia a la amigable composición, se expide la Ley 1682 de 2013¹⁰², norma que regula lo respectivo a la solución de conflictos en el contrato de concesión de infraestructura de transporte. En referencia a la amigable composición, este cuerpo normativo planteó que las partes podrán acudir a mecanismos alternativos para solucionar sus conflictos¹⁰³, estableciendo que las decisiones tomadas en ejercicio de estos mecanismos debían ser siempre en derecho¹⁰⁴.

Transcurrido un poco más de un año de promulgada esta ley, se expide la Ley 1742 de 2014¹⁰⁵ que deroga algunas disposiciones de la Ley 1682 de 2013, modificando lo atinente a los mecanismos alternativos de solución de conflictos, agregando que, aun cuando la regla general serán los fallos en derecho, en el caso de la amigable composición, podrá hacerse uso de la equidad para fundamentar la decisión¹⁰⁶.

2.3.3. Cláusula de amigable composición en contratos celebrados por la ANI.

De conformidad con la normatividad expuesta en el acápite anterior, la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), ha optado por utilizar el mecanismo de la amigable composición en los

¹⁰² “Por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias.”

¹⁰³ Ley 1682 de 2013, Artículo 14. Solución de controversias. Para la solución de las controversias surgidas por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, las partes podrán incluir cláusulas compromisorias, debiendo siempre observar lo previsto en la Ley 1563 de 2012 y demás normas que la adicionen, modifiquen, sustituyan o reglamenten, en especial, las normas que regulen el uso de mecanismos alternativos de solución de controversias para las entidades públicas.

¹⁰⁴ Ley 1682 de 2013, Artículo 14, Literal A: Las decisiones proferidas en ejercicio de los mecanismos alternativos de solución de controversias, relativas al contrato, deberán proferirse en derecho

¹⁰⁵ “Por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte, agua potable y saneamiento básico, y los demás sectores que requieran expropiación en proyectos de inversión que adelante el Estado y se dictan otras disposiciones.”

¹⁰⁶ Ley 1742 de 2014, Artículo 2: Modifíquese el literal “a” del artículo 14 de la Ley 1682 de 2013, el cual quedará así: “a. Las decisiones proferidas en ejercicio de los mecanismos alternativos de solución de controversias relativas al contrato, deberán proferirse en derecho, salvo en el evento de la amigable composición en el que la decisión podrá adaptarse en equidad, de conformidad con el artículo 60 de la Ley 1563 de 2012

contratos de infraestructura pública que ha celebrado con particulares, bajo la modalidad de concesión y el sistema de APP's, pertenecientes a la cuarta generación de concesiones viales.

Como abordado con anterioridad en el presente análisis, la amigable composición supone un método heterocompositivo de solucionar controversias, eminentemente contractual – Sentencia C- 330 de 2012, Corte Constitucional-. De lo cual se colige que las partes van a determinar el campo de acción del método, al determinar factores como: manera de designar los amigables componedores, la fundamentación de la decisión en derecho o equidad, impedimentos y recusaciones, procedimiento, alcance de la decisión, y demás reglas que consideren pertinentes.

Todo lo anterior nos sirve como razón para analizar la cláusula de amigable composición que las partes han optado por incluir en algunos de los contratos de concesión de infraestructura¹⁰⁷, celebrados desde la entrada en vigencia de la Ley 1742 de 2014, hasta el momento. Al ser un método alternativo para solucionar conflictos cuya fuente es eminentemente contractual, conviene hacer un análisis desde los contratos celebrados hasta el momento, para entender las consecuencias que se derivan de este pacto contractual.

En primer término se esbozará lo respectivo a la designación de los amigables componedores, contrastándolo con las reglas que estos utilizarán para decidir- en derecho o en equidad- , de lo cual se plantearán conclusiones, tras abordar una lectura en conjunto de los puntos que se mencionan.

¹⁰⁷ Contrato celebrado entre la ANI y Estructura plural concesionaria aeropuertos Colombia SPV – Grupo Aeroportuario del Caribe S.A.S.(VJ-VE-IP-LP-012-2013), Contrato celebrado entre la ANI y Estructura plural autopista del Meta- Concesión vial de los llanos S.A.S.(VJ-VE-APP-IPV-001-2015), Contrato celebrado entre la ANI y Concesión Cesar-Guajira S.A.S (VJ-VE-APP-IPV-003-2015), Contrato celebrado entre la ANI y Concesión del Sisga S.A.S.(VJ-VE-APP-IPB-003-2014), Contrato celebrado entre la ANI y Concesionaria Vial del Oriente S.A.S.(VJ-VE-IP-LP-015-2013), Contrato celebrado entre la ANI y Concesionaria Vial Unión del Sur S.A.S.(VJ-VE-IP-LP-014-2013), Contrato celebrado entre la ANI y Autopista Urabá S.A.S. (VJ-VE-APP-IPB-002-2015), Contrato celebrado entre la ANI y Autovía Bucaramanga Pamplona S.A.S.(VJ-VE-APP-IPB-004-2015)

2.3.3.1. Designación del panel de amigables componedores y fundamento para decidir por parte de este – en equidad o en derecho-

Analizando lo pertinente a la designación de los amigables componedores, vale decir que los contratos suscritos incluyen la manera en que se deberá efectuar dicha designación, acogiéndose de manera supletiva al Reglamento de la Cámara de Comercio de Bogotá¹⁰⁸, en la medida en que todos los contratos estudiados han otorgado facultad a este organismo para servir a las partes y al amigable componedor en el procedimiento de la amigable composición.

Varias han sido las formas de pactar la designación de los amigables componedores, dado a que la cláusula introducida en los contratos celebrados por la ANI ha respondido a una evolución desde la entrada en vigencia de la Ley 1742 de 2014, aun cuando en todos los casos ha sido 3 el número escogido para conformar el panel de amigables componedores.

En primer lugar, se establece en uno de los contratos¹⁰⁹ un mecanismo en el cual las partes de común acuerdo escogerán los 3 miembros del panel, con la condición que al menos uno tenga que ser abogado y los siguientes 2 profesionales en ingeniería, economía, administración de empresas o profesiones afines.

En otros de estos contratos analizados¹¹⁰ incluyen, para la designación del panel, un método consistente en la elaboración de tres listas, cada una conformada por un número de profesionales con carreras afines, para un posterior sorteo. (Lista 1: profesionales en derecho, lista 2: profesionales en economía, finanzas y áreas afines; y, lista 3: profesionales en Ingeniería Civil, arquitectura o áreas afines. Todos los anteriores con una experiencia mínima de 8 años en

¹⁰⁸ Reglamento de la amigable composición
file:///C:/Users/user/Downloads/Reglamento%20amigable%20composici%C3%B3n.pdf

¹⁰⁹ Contrato celebrado entre la ANI y Estructura plural concesionaria aeropuertos Colombia SPV – Grupo Aeroportuario del caribe S.A.S.(VJ-VE-IP-LP-012-2013)

¹¹⁰ Contrato celebrado entre la ANI y Estructura plural autopista del Meta- Concesión vial de los llanos S.A.S.(VJ-VE-APP-IPV-001-2015,

contratación estatal), de estas listas elaboradas por la ANI, el contratista podrá remover el 20% de los miembros de cada uno, con el fin de que no sean parte del sorteo.

Una tercera forma de designación se ha evidenciado¹¹¹, en la cual cada parte realiza una lista de 5 profesionales en: economía, finanzas, ingeniería civil, arquitectura o carreras afines, para que la parte contraria escoja uno de la lista de su contraparte. A su vez, el abogado se escoge mediante la delegación al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Se concluye de lo expuesto, que el panel de amigables componedores, independientemente de la manera en que se escoja, será conformado por profesionales de diferentes carreras.

De conformidad con la fundamentación a la cual deben acogerse los amigables componedores para decidir – en equidad o derecho- , se planteó con anterioridad que la regla general son las decisiones tomadas en equidad y, en caso de pacto expreso, podrá acudirse a las reglas del derecho¹¹²; sin excluir la posibilidad de que aun decidiendo en equidad se acudan a ciertas reglas de derecho si lo estiman conveniente, como lo establece el Artículo 60 de la Ley 1563 de 2012.

Ahora bien, de lo analizado en los diferentes contratos, se evidencia que en algunos de estos se encuentra el pacto expreso de que el panel deberá fundamentar su decisión en derecho¹¹³, en

¹¹¹ Contrato celebrado entre la ANI y Concesión Cesar-Guajira S.A.S (VJ-VE-APP-IPV-003-2015), Contrato celebrado entre la ANI y Concesión del Sisga S.A.S.(VJ-VE-APP-IPB-003-2014), Contrato celebrado entre la ANI y Concesionaria Vial del Oriente S.A.S.(VJ-VE-IP-LP-015-2013), Contrato celebrado entre la ANI y Concesionaria Vial Unión del Sur S.A.S.(VJ-VE-IP-LP-014-2013), Contrato celebrado entre la ANI y Autopista Urabá S.A.S. (VJ-VE-APP-IPB-002-2015), Contrato celebrado entre la ANI y Autovía Bucaramanga Pamplona S.A.S.(VJ-VE-APP-IPB-004-2015)

¹¹² Ley 1563 de 2012, Artículo 60. El amigable componedor obrará como mandatario de las partes y, en su decisión, podrá precisar el alcance o forma de cumplimiento de las obligaciones derivadas de un negocio jurídico, determinar la existencia o no de un incumplimiento contractual y decidir sobre conflictos de responsabilidad suscitados entre las partes, entre otras determinaciones.

La decisión del amigable componedor producirá los efectos legales propios de la transacción.

Salvo convención en contrario, la decisión del amigable componedor estará fundamentada en la equidad, sin perjuicio de que el amigable componedor haga uso de reglas de derecho, si así lo estima conveniente.

¹¹³ Contrato celebrado entre la ANI y Autopista Urabá S.A.S. (VJ-VE-APP-IPB-002-2015), Contrato celebrado entre la ANI y Autovía Bucaramanga Pamplona S.A.S.(VJ-VE-APP-IPB-004-2015)

otros se pacta la equidad¹¹⁴ y también se opta en otros tantos por guardar silencio¹¹⁵, caso en el cual aplicará lo estipulado en el párrafo anterior.

Contrastando las ideas expuestas con respecto a la designación del panel y la fundamentación de la decisión de aquel – en derecho o equidad -, no se evidencia justificación alguna en cuanto a la designación de los amigables componedores, de conformidad con la manera en que estos deban proferir su decisión.

Es así como, es posible que un profesional de una carrera diferente al derecho – economista, administrador de empresas, profesional en finanzas o ingeniero civil, entre otros- tenga que fundamentar su decisión en derecho, más allá de su experticia.

Lo que se quiere poner de presente es lo poco conveniente que resultaría una decisión fundamentada en derecho, sobre una controversia con una complejidad jurídica, sustentada en los largos plazos de ejecución de estos contratos y la vasta jurisprudencia y normatividad aplicable, cuando el panel esté conformado, en su mayoría, por profesionales de áreas distintas al derecho.

Sin perjuicio de lo expuesto, se considera conveniente que en dichos casos se incida por parte de profesionales en áreas que tienen relación directa con la ejecución de las obras, como es el caso de los rubros financieros y de ingeniería que indefectiblemente hacen parte de estos contratos de infraestructura pública. Lo que se busca es plantear la importancia de la **incidencia** de dichos profesionales, diferenciándola de la **capacidad de decisión** sobre las controversias que de estos contratos se susciten, en tratándose de casos decididos en derecho.

De esta manera, se busca plantear la importancia del régimen procesal actual, en el cual profesionales con experticia en áreas diferentes a la abogacía inciden por medio del peritaje en

¹¹⁴ Contrato celebrado entre la ANI y Concesión Cesar-Guajira S.A.S (VJ-VE-APP-IPV-003-2015), Contrato celebrado entre la ANI y Concesión del Sisga S.A.S.(VJ-VE-APP-IPB-003-2014), Contrato celebrado entre la ANI y Concesionaria Vial del Oriente S.A.S.(VJ-VE-IP-LP-015-2013)

¹¹⁵ Contrato celebrado entre la ANI y Estructura plural concesionaria aeropuertos Colombia SPV – Grupo Aeroportuario del caribe S.A.S.(VJ-VE-IP-LP-012-2013), Contrato celebrado entre la ANI y Estructura plural autopista del Meta- Concesión vial de los llanos S.A.S.(VJ-VE-APP-IPV-001-2015)

los diferentes procesos en los cuales se requiere de su intervención, sin tener la capacidad de decisión del caso – al ser controversias suscitadas en contratos estatales, serán los procesos de competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo o tribunales de arbitramento - .De igual manera en el caso de la amigable composición, en tratándose de controversias surgidas con ocasión a un contrato estatal, vale la incidencia de profesionales en el mismo sentido que lo ostentan los métodos jurisdiccionales de solucionar controversias. La lógica planteada por los métodos jurisdiccionales debe ser tenida en cuenta para la amigable composición por medio de la inclusión de un procedimiento que contenga la participación de profesionales de otras áreas que inciden en la ejecución contractual de la infraestructura, otorgando la capacidad de decisión de manera exclusiva a abogados que decidan con base en lo estipulado por los diferentes profesionales. De una regulación sobre el procedimiento en el sentido que se propone, también se lograría la estipulación de reglas claras para los contratistas, de manera que no se rija en su totalidad por la voluntad de las partes, que en últimas se ve mermada dado a la baja capacidad de negociación con la que cuenta el contratista en razón a la inclusión de la minuta del contrato desde la publicación de los pliegos de condiciones.

2.3.3.2. Impedimentos y recusaciones

Aunado lo referente a la designación de los amigables componedores, junto con la fundamentación de su decisión, vale realizar un análisis de los impedimentos y las causales de recusación de los amigables componedores para ser parte de un panel. La manera de abordar el tema planteado será, en primer lugar, esbozar lo visto en los contratos analizados, para proseguir con un estudio de las figuras procesales como tal y, por último, contrastar los dos puntos abordados para argüir las conclusiones pertinentes.

Los impedimentos y recusaciones también fueron objeto de mutaciones en los diferentes contratos analizados, evidenciándose dos maneras de ser pactadas. Por un lado, en uno de estos contratos¹¹⁶, se remite como causales de impedimentos y recusaciones a las del Artículo 16 de la Ley 1563 de 2012¹¹⁷, además de causales específicas que las partes acordaron mediante su negocio jurídico.

La otra manera en que la ANI acordó con los contratistas este punto fue pactando una cláusula que contiene una declaración de independencia por parte de los amigables conponentes, so pena del impedimento o recusación; además de la obligación de los miembros del panel de revelar hechos sobrevinientes que pudieren generar duda de independencia o imparcialidad.¹¹⁸

¹¹⁶ Contrato celebrado entre la ANI y Estructura plural concesionaria aeropuertos Colombia SPV – Grupo Aeroportuario del caribe S.A.S.(VJ-VE-IP-LP-012-2013) 17.1 (F) “A los Amigables Conponentes les son aplicables las causales de impedimento y recusación, establecidas en el Artículo 16 de la Ley 1563 de 2012 o en las normas que la modifiquen, complementen o sustituyan. En todo caso, ninguno de ellos puede ser empleado o contratista del Concesionario, de quienes lo integren ni de sus respectivos socios, ni funcionario o contratista de la ANI, el Ministerio de Transporte o sus entidades descentralizadas, adscritas o vinculadas, ni del Interventor. Tampoco pueden ser socios del Interventor, del Concesionario ni de cualquier empresa socia de estos, ni estar vinculados por parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil con los funcionarios y empleados del nivel directivo de la ANI, ni con el Concesionario, sus integrantes, los socios y administradores de uno y otros, los de las empresas matrices o subordinadas, con los empleados de dirección, confianza y manejo del Concesionario, del Interventor, o de los miembros o accionistas del uno y otro.”

¹¹⁷ Ley 1563 de 2012, Artículo 16 : Los árbitros y los secretarios están impedidos y son recusables por las mismas causales previstas para los jueces en el Código de Procedimiento Civil por las inhabilidades, prohibiciones y conflictos de intereses señalados en el Código Disciplinario Único, y por el incumplimiento del deber de información indicado en el artículo anterior. En los arbitrajes en que sea parte el Estado o alguna de sus entidades, se aplicarán además de lo previsto en el inciso anterior las causales de impedimento y recusación previstas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Los árbitros nombrados por el juez o por un tercero serán recusables dentro de los cinco (5) días siguientes a la comunicación de su aceptación a las partes o de la fecha en que la parte tuvo o debió tener conocimiento de los hechos, cuando se trate de circunstancias sobrevinientes. Los árbitros nombrados por acuerdo de las partes no podrán ser recusados sino por motivos sobrevinidos con posterioridad a su designación, y dentro de los cinco (5) días siguientes a aquel en que la parte tuvo conocimiento de los hechos.

¹¹⁸ “Dentro de los dos (2) Días siguientes a su designación, los Amigables Conponentes harán una declaración de independencia e imparcialidad respecto de las Partes al momento de aceptar la designación, y manifestarán en ella no tener ninguna inhabilidad o incompatibilidad de conformidad con lo exigido por la Ley Aplicable, tiempo en el cual si alguna de las partes manifestare por escrito dudas justificadas acerca de la imparcialidad o independencia del miembro del panel y su deseo de relevarlo con fundamento en la información suministrada por este, se procederá a su reemplazo en la forma prevista para tal efecto. Si durante el curso del Contrato se llegare a establecer que alguno de los integrantes del Amigable Conponente no reveló información que debía suministrar al momento de aceptar el nombramiento, por ese solo hecho quedará impedido, y así deberá declararlo, so pena de ser recusado. En este último caso, los restantes miembros del panel decidirán sobre la separación o continuidad del miembro respectivo. A falta de unanimidad, el miembro respectivo será reemplazado conforme la sección respectiva. En todo caso, el impedimento o la recusación del integrante del Amigable Conponente no afectará la fuerza vinculante de las decisiones adoptadas con anterioridad con excepción de lo previsto en la sección respectiva. En caso de sobrevenir un hecho que pudiere generar duda a alguna de las Partes sobre la independencia o imparcialidad de un miembro del panel de Amigables Conponentes, éste deberá revelarlo a las Partes sin demora; si cualquiera de las Partes considera que tal circunstancia afecta la imparcialidad o independencia del integrante del panel de Amigables Conponentes, los restantes miembros del panel decidirán sobre el particular. A falta de unanimidad, el miembro respectivo será reemplazado conforme con la Sección respectiva.”(subrayado por fuera del texto)

De esta segunda cláusula, en contraste con la primera estudiada, se colige que introduce un régimen más ambiguo de aplicar lo respectivo a los impedimentos y recusaciones, que no hace referencia a una norma preexistente específica.

Se recalca, como mencionado anteriormente, que la amigable composición es un mecanismo contractual, contrario al arbitraje y la conciliación en los cuales se deposita la función jurisdiccional temporalmente en cabeza de un particular. Importa el hecho, dado a que las causales de impedimento y recusación deben estudiarse según la fuente de la decisión que se profiere, en consecuencia, en el caso de la amigable composición es el contrato el que dará luces de este aspecto.

Para un entendimiento detallado de las figuras procesales que se abordan, conviene plantear un estudio de lo considerado por parte de la jurisprudencia constitucional sobre los impedimentos y recusaciones, en tratándose de métodos jurisdiccionales de dirimir conflictos, con el fin de caracterizar las figuras procesales.

Con respecto a las causales de impedimento y recusación, la Corte Constitucional recientemente se ha pronunciado arguyendo que, estas se prevén con el fin de que la actividad del juez se encuentre libre de intereses personales o cualquier situación que vicie o comprometa al juez por medio del prejuzgamiento, es decir, que se mantenga la imparcialidad y transparencia del juez en todo momento. Todo esto se encuentra enmarcado en el derecho fundamental al debido proceso, que se debe encontrar presente en todo proceso judicial. En la providencia que se estudia, en la cual se analiza el deber de información¹¹⁹ por parte de los árbitros, se plantea una diferencia

¹¹⁹ El deber de información, revelación o “*disclosure*”, es una figura aplicada al proceso arbitral en numerosas legislaciones foráneas y en la mayoría de reglamentos de instituciones arbitrales internacionales, que tiene como propósito dar transparencia a la actividad de los árbitros, en la medida que los obliga a que expresen a las partes, en el momento de aceptación de su nombramiento, las circunstancias que podrían dar lugar a que las mismas tuvieran dudas sobre su independencia e imparcialidad, elementos éstos que se constituyen como garantía ciudadana desde la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. En Colombia, esta figura fue adoptada por la Ley 1563 de 2012 (artículo 15), y dada la novedad de la misma y su redacción ausente de concreción en algunos de sus apartes, en la práctica, ha dado lugar a disímiles interpretaciones basadas en subjetivismos y en

tajante entre los impedimentos y el deber de suministrar información por parte del árbitro, planteando que:

Como se observa, el deber de información regulado en la norma acusada es un trámite diferente al de los impedimentos y recusaciones de los árbitros y secretarios. En el primer caso, de lo que se trata es que estas personas, como condición para la aceptación del cargo, expresan un informe que da cuenta de las circunstancias que pudiesen afectar su imparcialidad e independencia...En cambio, el régimen de impedimentos y recusaciones está remitido a las causales previstas en la legislación común. (Corte Constitucional, C- 538, 2016).

De ahí que la Corte considerara viable que el deber de información constituyera un concepto jurídico indeterminado, contrario a los impedimentos y recusaciones que, como mencionó están remitidos a las causales previstas en la legislación común.

También el Tribunal Constitucional, en sentencia anterior a la citada, sostuvo que los impedimentos y recusaciones operan sobre las causales expresamente descritas en la ley, en tanto no puede hacerse uso de aquellas de manera caprichosa, sino, bajo una estricta taxatividad. (Corte Constitucional, T- 176, 2008)

Aunada la teoría que expone la Corte Constitucional, se estudiará esta en el caso concreto; Se insiste, nuevamente, que la amigable composición es un método contractual, razón por la cual es el acuerdo de voluntades el que planteará lo respectivo a los impedimentos y recusaciones, sin que haya lugar a la remisión de alguna norma que adicione lo planteado en el contrato.

De la lectura de la segunda cláusula expuesta- referencia en pie de página 117-, que no remite a ninguna de las causales legales de impedimentos y recusaciones encontramos que solo prevé como impedimento el incumplimiento al deber de información. Situación que la Corte

asuntos casuísticos, que pueden afectar el proceso arbitral, insertándole demoras o creando situaciones de inseguridad jurídica, por lo cual se requiere analizar esta institución desde elementos objetivos y situaciones que tiendan a su estandarización, tal como sucede con algunos reglamentos privados sobre conflictos de intereses. (Bernal Mesa)

Constitucional ha avalado como viable; sin embargo, es de tener en cuenta que en virtud de la taxatividad que cobija dichas figuras procesales, solo en este caso van a ser posibles que operen. Contrario al arbitraje que ostenta un régimen legal autónomo, además del deber de información. Además, sobre el deber de información, tampoco se plantea con exactitud qué tipo de información se debe proveer, haciendo uso del concepto jurídico indeterminado para determinar el deber.

Todo lo contrario ocurre en la primera cláusula expuesta (perteneciente al Contrato celebrado entre la ANI y Estructura plural concesionaria aeropuertos Colombia SPV – Grupo Aeroportuario del caribe S.A.S.(VJ-VE-IP-LP-012-2013)) que remite a las causales del Artículo 16 de la Ley 1563 de 2012, además de plantear contractualmente causales adicionales que según su acuerdo de voluntades derivarán en posibles impedimentos o recusaciones hacia los amigables componedores, en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes. En este régimen se evidencian causales taxativas legales y contractuales que dan cuenta de una seguridad jurídica a la hora de aplicar estas figuras procesales.

En síntesis, la característica contractual de la amigable composición no le otorga un régimen claro a los impedimentos y recusaciones, sino el que se pacte expresamente, haciendo uso de conceptos jurídicos indeterminados que no otorgan la claridad suficiente que contratos de tal magnitud merecen.

2.3.3.3. Permanencia del panel durante toda la ejecución contractual

Ahora bien, otra de las disposiciones contenidas en la cláusula que caracteriza a la figura de la amigable composición, a la hora de operar como mecanismo de solución de controversias es el pacto de que el panel permanecerá activo desde su designación, hasta la fecha en que se suscriba

el Acta de Reversión¹²⁰. Durante todo este término el panel está en la obligación de conocer en detalle las características del contrato respectivo, además de conocer todos los aspectos de la ejecución y modificación del contrato.

Situación que lleva a disponer, adicionalmente, que en la mayoría de los contratos se establezca un plazo de 30 días posteriores a la solicitud de alguna de las partes para proferir su decisión.

Teniendo en cuenta la complejidad financiera, técnica y jurídica, entre otras, que estos contratos ostentan, es un término realmente corto que puede darse a cabo dado al constante estudio del panel del caso y la ejecución del mismo.

Este es un punto a resaltar del pacto de la amigable composición para resolver contratos de concesión vial, en la medida en que se resuelven controversias que versen sobre temas de libre disposición por las partes, en un tiempo más corto que la mayoría de métodos de solución de conflictos.

Cabe aclarar que las disposiciones contractuales se citan a manera de ejemplo sobre las cláusulas que en contratos de concesión de infraestructura se han pactado entre la ANI y contratistas, sin perjuicio que esta entidad y futuros contratistas opten por modificar dichas disposiciones en contratos en específico, en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes que cobija estos acuerdos de voluntades. Igualmente, las expuestas constituyen disposiciones de común utilización con base en lo estudiado en dichos contratos y sirven como caracterización de lo que está siendo el pacto de amigable composición en millonarios contratos de concesión de infraestructura.

¹²⁰ En razón de la cláusula de reversión, la cual se encuentra regulada esencialmente en el artículo 19 de la Ley 80 de 1993, una vez el término de ejecución del contrato de concesión haya finalizado, los bienes afectos al contrato de concesión deberán ser entregados o transferidos al Estado. Tal como se expone en este proyecto, la cláusula de reversión encuentra justificación en la continuidad de la prestación del servicio y en el hecho según el cual una vez los bienes adquiridos para la ejecución del contrato sean entregados a la entidad contratante, ya deben haberse amortizado y pagado de acuerdo con la estructuración financiera de la concesión. (Fernández Bonilla, 2015)

También es de aclarar que de los contratos analizados, en los cuales las partes pactaron la equidad o se guardó silencio¹²¹, se suscribieron en todos los casos otrosíes que modificaban la cláusula de la amigable composición, de tal manera que el panel debió fundamentar su decisión en derecho y no en equidad como inicialmente fueron pactadas. Resulta inquietante por qué la ANI optó por modificar esta cláusula en todos los contratos que inicialmente contenían la equidad como fundamento de su decisión. De igual manera, aun cuando la tendencia de la ANI ha propendido por pactar paneles de amigable composición en derecho y modificar las que inicialmente fueron pactadas en equidad a un fundamento en derecho, la posibilidad del pacto en equidad de la amigable composición sigue siendo viable en el ordenamiento jurídico para esta entidad o cualquiera que realice su función de celebrar contratos de concesión de infraestructura pública. Esto último justifica el análisis de la amigable composición en equidad a la luz de un contrato estatal, como lo es el de infraestructura pública concesionada.

2.4. Implicaciones de la amigable composición a la luz de instituciones jurídicas presentes en el régimen de contratación estatal

Tras el planteamiento de la amigable composición, enfatizando en la equidad como fundamento para decidir en este método, pro seguiremos analizar todo el esquema planteado a la luz de instituciones jurídicas presentes en el régimen de contratación estatal vigente en Colombia. Se tratarán de esta manera la seguridad jurídica y la competencia de los amigables componedores para decidir sobre la legalidad de los actos administrativos¹²². En este último punto se hará

¹²¹ Contrato celebrado entre la ANI y Concesión Cesar-Guajira S.A.S (VJ-VE-APP-IPV-003-2015), Contrato celebrado entre la ANI y Concesión del Sisga S.A.S.(VJ-VE-APP-IPB-003-2014), Contrato celebrado entre la ANI y Concesionaria Vial del Oriente S.A.S.(VJ-VE-IP-LP-015-2013), Contrato celebrado entre la ANI y Estructura plural concesionaria aeropuertos Colombia SPV – Grupo Aeroportuario del caribe S.A.S.(VJ-VE-IP-LP-012-2013), Contrato celebrado entre la ANI y Estructura plural autopista del Meta- Concesión vial de los llanos S.A.S.(VJ-VE-APP-IPV-001-2015)

¹²² En palabras del doctrinante Dr. Luis Enrique Berrocal: “El acto administrativo se convierte en el medio o instrumento de gestión administrativa por excelencia, el medio de los medios, toda vez que el Estado requiere de él para ejercer o hacer uso de

mención, además de la competencia que tienen los amigables compondores en cuanto a los actos administrativos, al alcance de la decisión que puedan estos tomar.

2.4.1. Seguridad jurídica.

La seguridad jurídica, principio rector del ordenamiento jurídico colombiano, se analizará a partir de dos instituciones presentes en la contratación pública: el principio de legalidad y el precedente jurisprudencial. Sobre estos, se busca plantear su incidencia en la contratación pública, para poder ser vistos desde la amigable composición en equidad, en la medida en que el panel de amigable composición en equidad no se tendrá que sujetar a ninguna de estas instituciones jurídicas que garantizan la seguridad jurídica.

Citando a la Corte Constitucional, daremos luces sobre la incidencia del principio de legalidad en la seguridad jurídica, para posteriormente plantear cómo permea este principio la contratación pública.

La determinación de lo justo o de lo injusto plantea muchas dificultades y, en esa medida, se afecta la certeza del derecho positivo en tanto pueden existir muchas concepciones acerca de la justicia. Ello puede desconocer el principio de legalidad y seguridad jurídica. Es por eso que el Estado de Derecho reivindicó la importancia del principio de legalidad de manera que los jueces deben ajustar todas sus decisiones a la Ley, acudiendo a los métodos de interpretación previstos para el efecto. En consecuencia, la medida de lo justo o injusto depende de las normas establecidas en el ordenamiento. (Corte Constitucional, Sentencia C-284 MP: Mauricio González Cuervo, 2005)

muchos de los restantes, y de llevar a la práctica o hacer efectivos sus demás actos jurídicos. De allí en palabras de Jean Riveró, constituya el modo de acción normal o tipo de la administración, el más utilizado en la práctica y el más característico desde el punto de vista material.” También a la hora de destacar su importancia, se la atribuye a dos aspectos, principalmente: “1. Al papel que cumple y a la amplitud del campo de su aplicación, comoquiera que de una u otra manera esá presente en el funcionamiento de todo el Estado y en sus relaciones con los particulares. 2. Igualmente, a sus características, que confluyen en lo que en él se destaca dentro del contexto de los actos jurídicos unilaterales del Estado: eficacia (Berrocal Guerrero , 2014)

Como lo establece la Corte Constitucional, el principio de legalidad es un garantizador directo de la seguridad jurídica.

Abordado más al caso concreto, el principio de legalidad constituye uno de esos dogmas que han influenciado la contratación entre particulares y Administración Pública, por cuanto supone un límite a los poderes del Estado. Este principio establece que los servidores públicos deben adelantar sus funciones con observancia al ordenamiento jurídico. Como planteado por el Consejo de Estado, esta obligación se predica en el desarrollo de la actividad contractual del Estado. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Gil Botero, Enrique)

Abordando lo respectivo al precedente jurisprudencial, también este es garantizador de la seguridad jurídica, por cuanto en Colombia la doctrina jurisprudencial constituye fuente formal de derecho¹²³, a la cual deben acogerse los jueces o argumentar el porqué de su decisión de apartarse de aquella. De esta manera, también la Corte Constitucional ha sostenido al respecto que

Finalmente, el carácter vinculante de los precedentes de las altas cortes se explica, desde la perspectiva teórica expresada, de la necesidad de eficacia a principios básicos del Estado Constitucional, como la igualdad y la seguridad jurídica. (Corte Constitucional, Sentencia C- 634 , MP: Luis Ernesto Vargas Silva, 2011)

En síntesis, lo que se expone es que la seguridad jurídica encuentra sus bases en la legalidad y la jurisprudencia, ambos presentes en el régimen de contratación estatal en la actualidad. En este sentido, lo que resta es analizar la seguridad jurídica, garantizada por el principio de legalidad y el precedente jurisprudencial, bajo el prisma de la amigable composición.

¹²³ El reconocimiento de la jurisprudencia como fuente formal de derecho, opción adoptada por el legislador en la norma demandada, se funda en una postura teórica del Derecho que parte de considerar que los textos normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente, sino que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas, estas sí dotadas de significado concreto, previo un proceso de interpretación del precepto. Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante. (Corte Constitucional, Sentencia C - 634 , 2011)

No es claro, pues, que en tratándose de una decisión en equidad tenga el panel de amigables compondores que acogerse al precedente jurisprudencial ni al principio de legalidad; lo que desconoce, en nuestro concepto la seguridad jurídica, en la medida en que las partes de un proceso en el que se incluya la cláusula de la amigable composición en equidad no tendrán reglas claras bajo las cuales se pueden basar para una eventual estrategia de defensa, más aun si se considera el hecho que los amigables compondores podrán hacer uso de **algunas** reglas del derecho si lo estiman conveniente.

Ahora, si el acuerdo de voluntades determina que el panel debe fundamentar su decisión en el derecho, es claro que la decisión de los amigables compondores debe ceñirse al principio de legalidad, por cuanto se encuentra inmerso en el ordenamiento jurídico al cual se están acogiendo las partes por medio del contrato.

Se ve cómo, una vez más, el carácter contractual de la amigable composición incide en que los amigables compondores no tengan obligatoriamente que ceñirse al principio de legalidad ni al precedente, en la medida en que el amigable compondor no constituye una autoridad administrativa, ni judicial, únicamente un panel designado por las partes para solucionar el conflicto, en el marco de un método heterocompositivo; por lo tanto, los amigables compondores, cuando pactado – decisión fundamentada en la equidad-, no deben acogerse al precedente de las altas cortes ni ceñirse a una estricta legalidad.

En materia procedimental se encuentra, adicionalmente, una afectación por parte de la inseguridad jurídica que permea el método de la amigable composición, cuando pactada en equidad. Lo planteado en la medida en que, una vez más, es por medio del contrato que se estipulará todo lo respectivo al procedimiento, dando pie a vacíos en cuanto al proceso a seguir y **sin una fuente legal** que otorgue un marco claro en el cual se desempeñe la amigable

composición. De esto se colige inseguridad jurídica a la hora de acudir a un panel de amigables componedores, dado a que no existe, como en el caso del arbitraje, un proceso claro que garantice la contradicción y, en general, el derecho de defensa.

De igual forma, se esbozará lo que parte de la doctrina ha planteado para argumentar que la amigable composición en equidad, en tratándose de controversias surgidas en contratos de concesión de infraestructura, no constituye un desmedro a la seguridad jurídica. Para esto, se alude a lo expuesto por el abogado José Vicente Blanco, que sostiene que

Considero que la aplicación de la equidad en la contratación estatal no genera riesgos de inseguridad jurídica por la inexistencia de antecedentes, dado que tanto la doctrina nacional y extranjera como la misma jurisprudencia nacional y comparada, han profundizado lo suficiente en conceptos tales como el equilibrio económico del contrato, el enriquecimiento sin causa, la distribución de riesgos, etc., instituciones estas que tiene su origen precisamente en el principio de equidad, y frente a las cuales existen suficientes fuentes de información que le permiten a los operadores jurídicos sustentar adecuadamente sus decisiones, sin necesidad de improvisar o inventar conceptos nuevos. (Blanco , 2015)

De esta manera el doctrinante argumenta que no hay lugar a la inseguridad jurídica, en la medida en que instituciones de la contratación estatal ostentan como fuente la equidad, por lo cual no son novedosas ni carecen de antecedentes en su estudio.

También consideramos pertinente plantear otro argumento del mismo doctrinante en el cual, basado en la práctica contractual entre entidades y contratistas, argumenta:

Las entidades todos los días endurecen más las estipulaciones de los pliegos y de las cláusulas contractuales, en desmedro de los derechos de los contratistas. Partiendo de este supuesto, puedo afirmar que, al estipular que la amigable composición se resolverá en equidad, se abre la posibilidad de analizar y resolver las controversias contractuales, por fuera del estrecho marco de la “ley del contrato”, buscando soluciones inspiradas en la equidad, lo cual no significa nada

diferente a buscarlas en los principios generales de la contratación estatal que han sido abandonados en la práctica administrativa y de alguna manera en la actividad jurisprudencial (Blanco , 2015)

Vale decir que múltiples instituciones, como las mencionadas, **tienen fundamento en criterios de equidad**, con el fin de equiparar las condiciones en los acuerdos de voluntades; **sin embargo, estas instituciones ya se encuentran reguladas en el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia se ha referido a aquellas, razón por la cual suponen instituciones con fuentes suficientes en las normas y providencias para que se decida sobre ellas, aun cuando su fundamento sea la equidad.**

Lo que se busca poner de presente es que la inseguridad jurídica derivada de una decisión en equidad se fundamenta en el hecho en que la decisión de la amigable composición, cuando pactada en equidad, no le otorga a las partes ni al amigable componedor la garantía que esa decisión se ajustará a las normas y al precedente jurisprudencial. En palabras de la Corte Constitucional, en sentencia ya citada: “La determinación de lo justo o de lo injusto plantea muchas dificultades y, en esa medida, se afecta la certeza del derecho positivo en tanto pueden existir muchas concepciones acerca de la justicia”; lo que se afirma va más allá de que instituciones jurídicas de la contratación estatal tengan fundamento en la equidad, lo cual no exime el hecho de que, al tomarse una decisión por parte de los amigables componedores, las fuentes de derecho no se encuentran claramente establecidas.

2.4.2. Alcance de la decisión de los amigables componedores y la capacidad de estos para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos.

Las fuentes normativas y jurisprudenciales que atañen a la amigable composición se han abordado a lo largo del presente escrito; sobre estas, conviene estipular lo que contienen con

respecto al alcance que tienen los amigables componedores para decidir, en los casos en que se pacte la amigable composición como mecanismo de solución de controversias.

Normativamente, la Ley 1563 de 2012, ha establecido un amplio espectro de decisión, planteando que el amigable componedor puede: “determinar la existencia o no de un incumplimiento contractual y decidir sobre conflictos de responsabilidad suscitados entre las partes, **entre otras determinaciones.**”¹²⁴, otorgándole a las partes, en virtud de su autonomía, la capacidad para decidir sobre las controversias que opten por poner en conocimiento del amigable componedor. Siempre y cuando la controversia sea susceptible de transacción, dado a la característica de este método de que las decisiones que se tomen tengan los efectos de aquella institución.

Concretamente, en los contratos estatales de concesión de infraestructura pública, la Ley 1682 de 2013 establece que en virtud de los mecanismos alternativos de solución de conflictos “Las partes podrán acordar los asuntos jurídicos, técnicos o financieros que someterán a decisión, total o parcialmente”¹²⁵, también estableciendo un amplio régimen de aspectos que pueden ser sometidos al panel de amigable composición.

Jurisprudencialmente, en sentencia del 15 de abril de 2015, el Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón, decidió sobre la viabilidad de la amigable composición en contratos estatales, providencia a la que ya se hizo mención en el capítulo de esta monografía: “Amigable composición en controversias contractuales” (Consejo de Estado, Sección Tercera CP: Hernán Andrade Rincón, Radicación número: 11001-03-26-000-2010-00004-00(38053))

¹²⁴ Ley 1563 de 2012, Artículo 60: El amigable componedor obrará como mandatario de las partes y, en su decisión, podrá precisar el alcance o forma de cumplimiento de las obligaciones derivadas de un negocio jurídico, determinar la existencia o no de un incumplimiento contractual y decidir sobre conflictos de responsabilidad suscitados entre las partes, entre otras determinaciones. La decisión del amigable componedor producirá los efectos legales propios de la transacción. Salvo convención en contrario, la decisión del amigable componedor estará fundamentada en la equidad, sin perjuicio de que el amigable componedor haga uso de reglas de derecho, si así lo estima conveniente.

¹²⁵ Ley 1682 de 2013, Artículo 14, Literal B: “Las partes podrán acordar los asuntos jurídicos, técnicos o financieros que someterán a decisión, total o parcialmente”

En esta providencia se establecen límites a los amigables componedores a la hora de ser pactado este método alterno en contratos estatales, por medio de la interpretación de la Ley 80 de 1993.

Los cuales se plantean como:

Se puede identificar que la figura de la amigable composición, permitida por la Ley 80, estaba vedada en los siguientes supuestos :i) para aquellos entes estatales que carecían de facultades de contratación. ii) sobre asuntos extracontractuales, incluyendo el supuesto de la inexistencia del contrato estatal, puesto que el mecanismo estaba previsto por la Ley 80 como un medio de solución de controversias del contrato estatal. Incluso en la normativa entre particulares, se estableció como referido a un negocio jurídico. (Consejo de Estado, Sección Tercera CP: Hernán Andrade Rincón, Radicación número: 11001-03-26-000-2010-00004-00(38053))

Además de las limitaciones expuestas, en el caso de los actos administrativos, la normatividad, más específicamente la Ley 1682 de 2013, Artículo 14, Literal B estableció, que al igual que los árbitros, los amigables componedores no podrán conocer de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades extraordinarias¹²⁶.

Sin embargo, la jurisprudencia en providencia posterior a la promulgación de la Ley 1682 de 2013, ha interpretado la norma de manera aún más amplia, excluyendo de la competencia de los amigables componedores, no solo los actos administrativos en ejercicio de facultades extraordinarias, sino a todo acto administrativo. De esta forma, estableció el Consejo de Estado que:

Esta delimitación excluyó la competencia de las entidades estatales para acudir a la amigable composición en relación con las controversias acerca de los actos administrativos contractuales expedidos en ejercicio de las facultades excepcionales del numeral 2º artículo 14 de la Ley 80 de 1993 (terminación, interpretación, modificación unilateral y caducidad del contrato).

¹²⁶ Ley 1682 de 2013, Artículo 14, Literal C “c) Tanto los árbitros como los amigables componedores no tendrán competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales”

A juicio de la Sala, se encontró también por fuera del alcance de este mecanismo contractual de solución de conflictos, la composición del desacuerdo sobre cualesquiera acto administrativo expedido por la entidad estatal en el seno del contrato estatal, por ejemplo el acto de liquidación unilateral y el acto administrativo mediante el cual se ordenó la exigibilidad de las garantías contractuales.

La anterior apreciación se apoya en la falta de jurisdicción en cabeza de los componedores y de las mismas partes del contrato estatal, para obrar como jueces del acto administrativo y disponer contra la presunción de legalidad y la fuerza vinculante del mismo. Se agrega a ello la tradición jurídica sobre el principio de la no negociabilidad del ejercicio de las potestades públicas que se ha predicado en el pacto arbitral, el cual, en criterio de la Sala, se hace más fuerte en la amigable composición, donde las potestades de los componedores derivan de las partes en conflicto, sin las atribuciones propias de la jurisdicción [53].

Al margen, se hace notar la situación diferente en el ámbito del arbitramento, respecto del cual la Corte Constitucional advirtió una limitante a la jurisdicción arbitral exclusivamente en materia de las controversias relacionadas con los actos administrativos expedidos en ejercicio de las facultades exorbitantes, en la oportunidad en que dispuso la constitucionalidad condicionada de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, con apoyo en las consideraciones expuestas en la sentencia C- 1436 de 2000. (Consejo de Estado, Sección Tercera CP: Hernán Andrade Rincón, Radicación número: 11001-03-26-000-2010-00004-00(38053))

En consecuencia, vale poner de presente como el Consejo de Estado en su posición actual considera que no solo los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades extraordinarias se encuentran por fuera de la competencia de los amigables componedores, sino todo acto administrativo.

De lo expuesto se colige que la autonomía de la voluntad de las partes le otorga a estas, en términos genéricos, la facultad de que acudan a la amigable composición en cualquier

controversia susceptible de transacción. No obstante, en el caso de que sean controversias surgidas en contratos estatales, la jurisprudencia y la normatividad han establecido límites como cualquier acto administrativo, materias extracontractuales y que no podrán acudir a este método aquellos órganos de la Administración Pública sin capacidad de contratación.

Es pertinente aclarar que en los contratos analizados, todos incluyen como campo de acción del amigable componedor “controversias patrimoniales y conciliables.”

2.5.Arbitraje y la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo como maneras paralelas de solucionar los conflictos en contratos que incluyan la amigable composición como método alterno

En la medida en que los contratos que se han analizado, además de la amigable composición, han incluido el arbitraje nacional y el internacional dentro de su cláusula de solución de conflictos; y, teniendo en cuenta que la jurisdicción competente de conocer de los conflictos surgidos en estos contratos es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo¹²⁷, es menester un estudio de las competencias que cada una de estas maneras de solucionar conflictos ostenta dentro de estos contratos.

El amigable componedor, como visto, no podrá pronunciarse sobre la legalidad de ningún acto administrativo y en el caso de los contratos a los que se ha hecho mención en este análisis, solo se pronunciarán de cuestiones patrimoniales y conciliables – por pacto expreso de las partes -.

En el caso del arbitraje, en todos los contratos se establece como el método por medio del cual se solucionarán las controversias que no sean de conocimiento del panel de Amigables

¹²⁷ Función específica del Estado, mediante el cual el poder público representado en los servidores autorizados por este, satisfacen pretensiones fundadas directa o indirectamente en normas de derecho administrativo, formuladas por los particulares o por las autoridades públicas, según el caso. (Galindo Vácha , 2013)

Componedores¹²⁸. Adicionalmente, en la medida en que los amigables componedores no tienen la facultad para conocer de la legalidad de actos administrativos, va a ser el panel arbitral el competente para conocer de controversias surgidas sobre actos administrativos, siempre y cuando no se expidan en ejercicio de facultades extraordinarias.

De la lectura de la cláusula se colige un régimen que ha sido proscrito por parte del Código General del Proceso¹²⁹, en el cual se excluye la competencia de la vía judicial, sea la Jurisdicción o el arbitraje, por medio de requisitos para el acceso de la vía judicial, toda vez que se ha planteado: “las controversias que surjan entre las partes con ocasión al presente contrato, **que no sean de conocimiento del panel de amigables componedores**”, en los contratos que fueron analizados.

Además, los contratos han establecido que “también podrán ser del conocimiento del Tribunal de Arbitramento las decisiones definitivas adoptadas por el panel de Amigables Componedores”. **Teniendo la facultad de conocer de las decisiones cuando, a juicio de alguna de las partes, se está ante la nulidad del contrato.** Presentándose un contrasentido, una vez más, en el evento en que sea una decisión fundamentada en equidad, dado a que los árbitros tendrán que revisar en derecho una decisión en equidad.

Es así como, resulta a nuestro juicio incompatible que un panel de árbitros, que deben decidir en derecho, conozca de la decisión de un panel de amigables componedores que decidieron en equidad. Toda vez que los primeros deberán tener en cuenta, en la revisión de la decisión, el

¹²⁸ Las controversias que surjan entre las Partes con ocasión al presente Contrato, que no sean de conocimiento del panel de Amigables Componedores, serán resueltas por un Tribunal de Arbitramento de conformidad con la Ley 1563 de 2012, en armonía con las normas de procedimiento aplicables a la controversia y el artículo 14 de la Ley 1682 de 2013, o en las normas que los modifiquen, complementen o sustituyan y las reglas que a continuación se establecen.

¹²⁹ Ley 1564 de 2012, Artículo 13: Las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley. Las estipulaciones de las partes que establezcan el agotamiento de requisitos de procedibilidad para acceder a cualquier operador de justicia no son de obligatoria observancia. El acceso a la justicia sin haberse agotado dichos requisitos convencionales, no constituirá incumplimiento del negocio jurídico en donde ellas se hubiesen establecido, ni impedirá al operador de justicia tramitar la correspondiente demanda. Las estipulaciones de las partes que contradigan lo dispuesto en este artículo se tendrán por no escritas.

régimen legal y jurisprudencial, mientras que los segundos para proferir esa decisión no lo tienen que hacer necesariamente.

También el arbitraje internacional ha sido previsto en estos contratos de concesión de infraestructura pública, estableciendo que siempre y cuando la controversia cumpla las causales de este tipo de arbitraje¹³⁰, podrá adelantarse ante un panel de arbitraje internacional. De igual forma que en el arbitraje nacional, este tendrá que ser fundamentado en derecho.

Por último se hará mención a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que es la competente para conocer de los actos administrativos expedidos en el ejercicio de facultades extraordinarias. De esta manera, independientemente de la voluntad de las partes, siempre que la Administración haga uso de estas cláusulas, la controversia será competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Lo que se evidencia de las maneras de solucionar conflictos en estos contratos es que, en el caso de la amigable composición y el arbitraje, cada uno ostenta una competencia propia, según el tipo de controversia que surja, lo cual pareciera plantear un régimen de solución de conflictos “por niveles”, que va a depender de la controversia, aun cuando todas se deriven del mismo contrato. Sobre esto se deberá tener en cuenta la prohibición procesal que dicta que no podrá excluirse la competencia de la vía judicial ni constituirse requisitos que la ley no contenga para acudir a aquella, como pareciera se planteara a la hora de incluir la amigable composición.

¹³⁰ Ley 1563 de 2012, Artículo 6, Inciso cuarto: Se entiende que el arbitraje es internacional cuando: a) Las partes en un acuerdo de arbitraje tengan, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus domicilios en Estados diferentes; o b) El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, está situado fuera del Estado en el cual las partes tienen sus domicilios; o c) La controversia sometida a decisión arbitral afecte los intereses del comercio internacional.

Conclusiones

Tras el estudio que con anterioridad se realizó, vale recalcar una primera reflexión tendiente a determinar la importancia de los mecanismos alternos de solución de conflicto en controversias que surjan de contratos de concesión de infraestructura. Como se planteó, este tipo de contratos cuentan con valores cuantiosos, con un considerable plazo de ejecución, además de una importante interdisciplinaria en su ejecución – financiera, técnica, ingeniera y jurídica-. De ahí que sea imperativo la presencia de métodos que, teniendo en cuenta las variables que se mencionan, solucionen el conflicto de manera rápida, eficaz, eficiente, a un bajo costo y que la decisión cuente con garantías para su cumplimiento, de manera que la solución del conflicto efectivamente suponga una salida a la controversia y no una traba mayor a la que en un principio se tenía. Todo lo anterior en razón a que la justicia que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo provee, si bien otorga una seguridad jurídica respaldada por un amplio precedente y una aplicación estricta de las normas, también supone un tiempo excesivo en la solución de las controversias. De esta manera, no es viable prorrogar la ejecución contractual tras cada controversia, mediante una solución por medio de la Jurisdicción, en últimas afectando el interés general que las obras buscan cumplir.

Sin embargo, a la hora de analizar los métodos alternos con los que cuenta el ordenamiento jurídico colombiano para dirimir conflictos surgidos en contratos estatales, se evidencia que la contratación pública se encuentra permeada por una aplicación estricta del principio de legalidad y el interés general, lo cual le imprime a los mecanismos alternativos de solución de conflictos la necesidad de contar con reglas preestablecidas que no provean ambigüedades, que sean de obligatorio cumplimiento y que las partes cuenten con la seguridad jurídica pertinente para estructurar su defensa.

La amigable composición, como planteada actualmente, responde a un método ágil de solucionar controversias, lo cual constituye un fin loable de este mecanismo. Sin embargo, este método presenta problemáticas puntuales a la hora de dirimir conflictos entre entidades públicas y contratistas en cuanto a la equidad como fundamento de la decisión, el carácter contractual del método y la parte procedimental.

Con respecto a la equidad, este tipo de fundamentación evidencia un régimen ambiguo que plantea ciertas dudas en cuanto a los límites de la decisión. Problemática que atañe, tanto al panel, para la toma de la decisión, como a las partes, en las estrategias de defensa que llevarán a cabo. Es así como, para enmarcar la amigable composición en un método alternativo que cumpla con los estándares que contratos de la magnitud de los de concesión de infraestructura pública necesitan, debe obligarse a las decisiones en derecho que otorgan un marco claro ceñido a la legalidad y jurisprudencia que en la materia se han proferido, tal como fue planteado inicialmente por parte de la Ley 1682 de 2013.

Se propone una decisión fundada únicamente en el derecho y no en la equidad, en virtud de lo etéreo de este último concepto, utilizado principalmente en escenarios cuya incidencia no atañe más allá de las partes, no siendo el caso de los contratos estatales, los cuales, como estipulado a lo largo del presente trabajo, se encuentran permeados por el interés general.

En este sentido, las consecuencias que podrían derivarse de una fundamentación en equidad pueden ser tan vastas como la creatividad jurídica de los amigables componedores pueda llegar a ser, por lo cual no se justifica un proceso imaginativo de todos los posibles escenarios que puedan surgir de una decisión de un panel en equidad, más aun, se reitera, si se utilizan las reglas de derecho si el amigable componedor lo estima conveniente. Lo anterior explica la común

práctica de las partes en los contratos analizados de suscribir otrosíes en los cuales se modifica la fundamentación en equidad, establecida inicialmente por la ANI, por una en derecho.

El carácter contractual que posee un método alternativo de solución de conflictos como la amigable composición, es de resaltar a la hora de ser introducido para una controversia entre entidad pública y contratista. Lo anterior en la medida en que no supone criterios claros a la hora de presentarse el conflicto entre ambos, sumado a la desigualdad de cargas que existe entre Administración Pública y particulares, dado a que si bien el contrato estatal no constituye uno por adhesión, tampoco su capacidad de negociación debe igualarse a la de los contratos privados, en principio en razón a que la minuta del contrato es elaborada con anterioridad a su celebración y adicionada a los pliegos de condiciones, por parte de la ANI – en este caso -.

Si bien la Ley 80 de 1993, en su artículo 40¹³¹ introduce la autonomía de la voluntad de las partes a la contratación pública, debe ponerse de presente que, cuando se trata del proceso precontractual, las observaciones que hacen los proponentes a la entidad en cuanto al contrato a suscribir no son de obligatorio cumplimiento para la entidad, por el contrario, pueden no acogerse. Siendo lo anterior un claro ejemplo de que la capacidad de negociación de un proponente en la etapa precontractual es mínima, cosa distinta de lo que ocurre en la ejecución contractual en la cual, ahí sí las partes, pueden hacer uso de su autonomía en aras a desarrollar el objeto contractual.

¹³¹ Ley 80 artículo 40: Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza. Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales. En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración. En los contratos de empréstito o cualquier otra forma de financiación de organismos multilaterales, podrán incluirse las previsiones y particularidades contempladas en los reglamentos de tales entidades, que no sean contrarias a la Constitución o a la ley.

Esto que se plantea justifica un régimen con mayor claridad y límites legales que no deje al arbitrio de la entidad las cláusulas de amigable composición, por lo cual caben a este tema múltiples regulaciones, como se señalarán con posterioridad.

En la medida en que la amigable composición supone un mecanismo contractual y no jurisdiccional, también vale analizar el evento en que una de las partes decida no cumplir con la decisión, cuyo efecto es el de una transacción. En este sentido, se justifica un estudio de las consecuencias procesales que a futuro pueden presentarse en controversias que se encuentran con pacto de amigable composición, analizando el evento en el cual las partes decidan no acatar la decisión del amigable componedor.

Cabe aclarar que no existe en el caso concreto una segunda instancia, toda vez que constituye un método contractual y no jurisdiccional. En esta medida, se debe incoar un proceso ejecutivo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para hacer cumplir la decisión del panel, que constituye un título ejecutivo para la parte beneficiada. Ahora, si la decisión que se tomó fue en equidad, el juez administrativo se va a ver en una situación en la cual va a tener que fallar sobre una decisión que no se acogió a ningún parámetro legal ni jurisprudencial, arriesgando su sentido del fallo a un posible prevaricato¹³², en el evento de no ceñir su sentencia a la legalidad y jurisprudencia, omitida por el panel de amigables componedores.

Tampoco debe descartarse la posibilidad de que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, al evaluar su competencia decida no conocer de aquel, por cuanto existe cláusula compromisoria que le da competencia a un tribunal arbitral, el cual, a su vez, podrá no

¹³² Ley 599 de 2000, Artículo 431, Prevaricato: El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años

conocer del caso por cuanto, posiblemente en su criterio, no se podrá adelantar un proceso ejecutivo por vía del arbitraje.¹³³

Todo lo anterior sin perjuicio de que se haga caso omiso a la cláusula de la amigable composición desde un principio y se acuda directamente al arbitraje, con fundamento en el Artículo 13 del Código General del Proceso, argumentando que como pactada en los contratos analizados, la cláusula pretende ser un requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción, en este caso reemplazada por el arbitraje.

En síntesis, la decisión del amigable componedor, cuyos gastos de honorarios se elevan a sumas importantes y acarrea un proceso que desgasta a las partes y al panel de amigables componedores, podrá ser desconocido sin consecuencias. Consideramos la situación que se esboza, indeseable desde todo punto de vista.

Sin embargo, la implementación de un control judicial posterior, como en el caso de la conciliación, le imprime a la parte no beneficiada la garantía de que la decisión no favorable a esta se realiza, aunque de manera rápida, ajustada a la legalidad y con la obligatoriedad que una

¹³³ La competencia que se tiene por parte de los tribunales de arbitramento para conocer de procesos ejecutivos ha sido discutida por parte de la doctrina nacional, como ha sido reconocido por el doctrinante Gil Echeverry (Gil Echeverry J. , 2013). Este autor es de la tesis de que efectivamente el proceso arbitral admite aquellos ejecutivos, con base en que, a su juicio “cualquier reclamación que ante la justicia ordinaria se tramite por un proceso que no sea declarativo, pero que la ley expresamente no ha exceptuado de la jurisdicción arbitral, puede ser resuelta por intermedio de árbitros, por la única cuerda procesal del juicio arbitral, incluso, respecto de las denominadas acciones populares o de grupo.” Sin desconocer este autor la posición contraria sostenida por otros importantes doctrinantes nacionales como el caso de Rafael H. Gamboa y Hernando Morales, los cuales sostienen la tesis de que existen procesos, como el ejecutivo, que no se acomodan al arbitraje.

Por parte de la jurisprudencia nacional, la Corte Constitucional ha sostenido la tesis que no existen limitaciones para que la justicia arbitral conozca de los procesos ejecutivos, específicamente en sentencia C – 294 de 1995 se estableció que: “Los particulares solamente pueden ser investidos de la función de administrar justicia, en calidad de conciliadores o en la de árbitros, transitoriamente. Esta transitoriedad es evidente no sólo por el texto mismo de la norma, sino porque al ser las partes en conflicto potencial o actual las que habilitan a los árbitros, al resolverse el conflicto desaparece la razón de ser de la función arbitral. La segunda, que son las partes quienes habilitan a los árbitros para fallar, en derecho o en conciencia. Y una última, que los árbitros administran justicia “en los términos que determine la ley”. Esto permite al legislador, por ejemplo, establecer las reglas a las cuales debe someterse el proceso arbitral. No existen otras limitaciones. Por ello, no es admisible sostener que los asuntos que se ventilan, o podrían ventilarse, en el proceso de ejecución, están excluidos del proceso arbitral.”.

También la Corte Constitucional, el mismo año en que se profirió la sentencia estudiada con anterioridad, expide la Sentencia T-057 – 1995-, en esta plantea una posición contraria, esbozando que: “la legislación no contempla la posibilidad de pactar la cláusula compromisoria con el objeto de excluir ex ante la competencia radicada en los jueces para adelantar la ejecución. El proceso ejecutivo es inescindible y conserva ese carácter aún en la fase cognitiva que se debe recorrer a fin de resolver las excepciones presentadas contra el título.”. Lo cierto es que la Ley 1563 de 2012, expedida con posterioridad a los pronunciamientos jurisprudenciales abordados, no aclara el asunto, manteniendo la discusión que al respecto se tiene; en esta medida, no es un régimen claro, de ahí que se diga que **posiblemente** en criterio del tribunal no se podrán adelantar ejecutivos por medio de esta vía.

revisión de índole judicial le imprime. Es de aclarar, adicionalmente, que la revisión judicial supone celeridad, dado a que el juez no conoce de todo el caso, pero sí realiza un control posterior que le imprime seguridad jurídica a la decisión.

En razón a las problemáticas que se han señalado, sintetizando las ideas esbozadas, se proponen regulaciones específicas en aras a contar con un mecanismo alternativo eficiente que si bien le otorgue a las partes rapidez en la decisión, también cuenten estas con garantías de cumplimiento y que dicha decisión se emita bajo un marco claro preestablecido. En este sentido, aspectos puntuales a regular serían: en primer lugar el alcance de la decisión, de manera que todos los contratos tengan los mismos límites, contrario al régimen actual que plantea de manera amplia toda “controversia jurídica, técnica y financiera”, al final otorgándole a la entidad un margen muy amplio de estipularlo contractualmente. Sobre este particular también resulta imperativo que se regule con respecto a la capacidad que tienen los amigables compondores de proferir decisiones sobre la legalidad de los actos administrativos, teniendo en cuenta que al día de hoy la interpretación de que no pueden estos paneles proferirse en este sentido es jurisprudencial y no legal – lo anterior en la medida en que el artículo 14 de la Ley 1682 de 2013 solo hace referencia a los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales- ; en segundo término, la implementación de un control judicial, tal como se tiene para la conciliación, que suponga un análisis posterior de la decisión, toda vez que, se debe tener en cuenta dicha decisión no cuenta con una segunda instancia, dado a que no es un proceso jurisdiccional; en tercer lugar, una regulación atinente a un procedimiento dictado por norma – ley o decreto - como en el caso del arbitraje, aunque de mayor brevedad que este último, en el cual partes y amigables compondores tengan reglas claras y no procedimientos ad hoc, según la entidad lo estipule en cada contrato, ni tampoco un procedimiento no vinculante y aplicable de manera supletiva como

el de la Cámara de Comercio de Bogotá; y, en cuarto lugar se sugiere la estipulación de un régimen de inhabilidades y recusaciones que sea claro y aplicable a toda controversias surgidas en contratos estatales. Todas las propuestas expresadas con anterioridad tendrán como fin limitar la autonomía de la voluntad de las partes, así como limitar el mandato que reciben los amigables componedores y establecer disposiciones pétreas en caso de acudir a este mecanismo; por último, se recomienda la obligatoriedad de una fundamentación en derecho y no equidad, que provea un régimen jurídico preestablecido, garantizador, para las partes y amigables componedores, de la seguridad jurídica que la solución de los conflictos de dichos contratos merece.

Esto que se propone no es más que unificar el régimen de solución de controversias surgidas en contratos estatales, por medio de los mecanismos alternativos, en la medida en que se cuenten con diferentes métodos, pero que en todo momento sigan una lógica común y, en consecuencia, que estos métodos no se contrapongan entre sí. Reconociendo de esta manera diferencias entre cada método y su pertinencia dependiendo del conflicto, pero con una misma lógica, en tratándose de temas de contratación estatal que supone una alta rigurosidad para la solución de los conflictos.

Sobre los puntos específicos que se proponen regular y tras un análisis de las problemáticas que la regulación escueta actual acarrea, vale hacer mención a la manera en que países latinoamericanos regulan la figura del amigable componedor, de manera que, atendiendo al derecho comparado, se pueda vislumbrar las regulaciones que del tema se proponen. Mediante el estudio de la normativa extranjera, nos encontramos que en muchos casos, en vez de regular el arbitraje en derecho y en equidad, confunden las figuras de árbitros en equidad y amigables componedores, es el caso de Argentina, Guatemala y Paraguay. (Blanco Carrasco , 2009)

En el caso argentino, al estudiar la regulación pertinente a la amigable composición, es evidente que, aun cuando se refiera a la figura de manera genérica y no para ser utilizada en contratos estatales, esta provee suficiencia en su regulación, evitando dejar al arbitrio de las partes una gran cantidad de puntos.

Ahora bien, al ahondar en la regulación de este método alternativo de solución de conflictos, se evidencia como en varios puntos, como el del procedimiento aplicable, se remite a la regulación del arbitraje. Sin embargo, en otros se hace una regulación autónoma a la amigable composición, es el caso de las recusaciones, el término para decidir y las causales de anulación - artículos 767 – 771-.

En el caso de las recusaciones, la ley establece 3 causales específicas de recusación para los amigables componedores¹³⁴. Además, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación argentina hace alusión al plazo en que se tomará la decisión, estableciendo que la decisión del amigable componedor se adelantará en el plazo que las partes pacten, teniendo un plazo de 3 meses en caso de guardar silencio¹³⁵. Adicionalmente, la decisión no será recurrible, si no bajo causales específicas como: si se pronunció por fuera del plazo o si decidió sobre puntos no previstos con anterioridad por las partes. En estos casos se podrá demandar la nulidad.¹³⁶

De esta manera se evidencia como, analizando normativa latinoamericana y, realizando un ejercicio de derecho comparado sobre un régimen jurídico con antecedentes comunes al colombiano, encontramos una importante fuente de derecho comparado que contiene una

¹³⁴ Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Art. 768. - Los amigables componedores podrán ser recusados únicamente por causas posteriores al nombramiento. Sólo serán causas legales de recusación: 1) Interés directo o indirecto en el asunto. 2) Parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad, o segundo de afinidad con alguna de las partes. 3) Enemistad manifiesta con aquéllas, por hechos determinados.

¹³⁵ Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Art. 770. - Si las partes no hubiesen fijado plazo, los amigables componedores deberán pronunciar el laudo dentro de los TRES (3) meses de la última aceptación.

¹³⁶ Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Art. 771. - El laudo de los amigables componedores no será recurrible, pero si se hubiese pronunciado fuera del plazo o sobre puntos no comprometidos, las partes podrán demandar su nulidad dentro de CINCO (5) días de notificado. Presentada la demanda, el juez dará traslado a la otra parte por CINCO (5) días. Vencido este plazo, contestado o no el traslado, el juez resolverá acerca de la validez o nulidad del laudo, sin recurso alguno.

regulación suficiente de la figura de la amigable composición que, sin limitar excesivamente la autonomía de la voluntad de las partes, fija límites que en últimas sirven, tanto a las partes, como los amigables componedores.

En general, la amigable composición es una figura jurídica de solución de conflictos que a la hora de ser utilizada en contratos de concesión de infraestructura debe tener un marco que le otorgue a las partes y a los amigables componedores un régimen más claro en el que se pueda decidir, que garantice el interés general y la seguridad jurídicas, en tratándose de contratos estatales. De ahí que un mecanismo como la amigable composición, que cuente con un procedimiento claro, que se falle en derecho y que cuente con una revisión judicial, proferirá una decisión que evite los problemas de no ser reconocido por alguna de las partes sin consecuencias y que un juez, en caso de asumir competencia, decida en un proceso ejecutivo en los mismos términos del panel de amigables componedores, en derecho.

Bibliografía

- Alvear Sanín, J. (2007). Desarrollo del transporte en Colombia (1492-2007).
- Amaya Rodríguez, C. (2012). El principio de planeación en contratación estatal, un principio no tipificado. *Vía Iuris*, 105-119.
- ANIF. (noviembre de 2014). Concesiones de infraestructura de Cuarta Generación (4G): Requerimientos de inversión y financiamiento público-privado. Elaborado por la ANIF para la Cámara Colombiana de Infraestructura, liderado por Sergio Clavijo.
- Aragone Rivoir, I. (s.f.). La participación público-privada en el ámbito de los proyectos de inversión en sectores de infraestructuras.
- Aranguren Tarazona, A. (s.f.). Análisis del contrato de asociación público privada o APP.
- Araújo, J. & Sierra, A. (2013). Concesiones de Cuarta Generación.
- Bejarano Roncanio, J. (s.f.). Marco normativo para la contratación pública en Colombia.
- Bernal Mesa, B. (s.f.). El deber de información de los árbitros y secretarios en Colombia después de la Ley 1563 de 2012. Trabajo de grado para optar al título de Magíster, Universidad Pontificia Bolivariana.
- Berrocal Guerrero, L. (2014). Manual del acto administrativo. Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- Betancur Jaramillo, C. (s.f.). Derecho Procesal Administrativo. 5a Edición, 1999.
- Blanco Carrasco, María (2009). Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos, una visión jurídica. Madrid. Editorial Reus S.A.
- Blanco, J. (1 de mayo de 2015). La amigable composición en equidad: Un regreso al origen de la teoría del equilibrio económico del contrato. *La contratación estatal en Colombia*.
- Bohorquez, L. A. & Camacho, M. A. (2002). *El contrato de concesión*. Bogotá D.C. Trabajo de grado, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas.
- Cámara de Comercio de Medellín. (s.f.). *Métodos alternativos de solución de conflictos, un vehículo de pacificación*.
- Cangrejo Lobos, L. (2002). *El recurso de anulación de los laudos arbitrales*. Bogotá D.C. *Revista de Derecho Privado*, Universidad de los Andes .

Colfecar, E. E. (s.f.). Obtenido de http://colfecar.org.co/ESTUDIOS%20ECONOMICOS%20PDF/Informes%20Especiales/2014/3.%20MARZO%202014_INFORME_CONCESIONES%204G%20Y%20EL%20TRANSPORTE%20INTERMODAL.pdf

Consejo de Estado, (citado por: Araújo y Sierra). (2013). Sentencia de 9 de diciembre de 2004, Rad. 27921. C.P. Ramiro Saavedra (citado por: Concesiones de Cuarta Generación, Impacto sobre los seguros de cumplimiento). En J. P. Araújo & A. C. Sierra.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, C.P. Augusto Hernández Becerra. Rad. 2149. (2013).

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, C.P. Enrique José Arboleda Perdomo. Rad. 11001-03-06-000-2009-00033-00. (2009).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Exp. 10.607. (1999).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Rad. 25000-23-26-000-2002-01216-01(27921)A. (2005).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Gustavo De Greiff Restrepo.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Rad. (15469). (2007).

Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P. Enrique Gil Botero. Rad. 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009). (2008).

Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P. Hernán Andrade Rincón. Rad. 11001-03-26-000-2010-00004-00(38053). (2015).

Contraloría Departamental del Valle del Cauca . (diciembre de 2015). El modelo de concesión vial de primera generación: El caso de la doble calzada Buga-Tuluá-La Paila-La Victoria.

Corte Constitucional, C-538, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. (2016).

Corte Constitucional, Sentencia C-098, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez. (2001).

Corte Constitucional, Sentencia C-222, M.P. María Victoria Calle Correa. (2013).

Corte Constitucional, Sentencia C-284, M.P. Mauricio González Cuervo. (2005).

Corte Constitucional, Sentencia C-330, M.P. Carlos Gaviria Díaz. (2000).

- Corte Constitucional, Sentencia C-330, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. (2012).
- Corte Constitucional, Sentencia C-595, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub (2014) (citando la Gaceta del Congreso 823 de 2011).
- Corte Constitucional, Sentencia C-631, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. (2012).
- Corte Constitucional, Sentencia C-634, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. (2011).
- Corte Constitucional, Sentencia C-713, M.P. María Victoria Calle Correa. (2009).
- Corte Constitucional, Sentencia C-834, M.P. Alberto Rojas Ríos. (2013).
- Corte Constitucional, Sentencia C-893 , M.P. Clara Inés Vargas Hernández. (2001).
- Corte Constitucional, Sentencia C-902, M.P. Nilson Pinilla Pinilla. (2008).
- Corte Constitucional, Sentencia SU-91, M.P. Álvaro Tafur Galvis. (2000).
- Corte Constitucional, Sentencia T-017, M.P. Rodrigo Escobar Gil. (2005).
- Corte Constitucional, Sentencia T-046, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa (2002).
- Corte Constitucional, Sentencia T-258, M.P. Antonio Barrera Carbonell. (1995).
- Corte Constitucional, T-176, M.P. Mauricio González Cuervo. (2008).
- Dávila Vinueza, L.G., Régimen jurídico de la contratación estatal, Bogotá D.C., Editorial Legis.
- Documento CONPES No. 2597. “Contratos de obra pública por el sistema de concesión”. (15 de junio de 1992).
- Documento CONPES No. 3045. “Programa de concesiones viales 1998-2000: Tercera generación de concesiones”. (17 de agosto de 1999).
- Documento CONPES No. 3760. “Proyectos viales bajo el esquema de asociaciones público privadas: Cuarta generación de concesiones viales”. (20 de agosto de 2013).
- Documento CONPES No. 3857. “Lineamientos de política para la gestión de la red terciaria”. (25 de abril de 2016).
- Fernández Bonilla, P. (2015). *Análisis de la cláusula de reversión en los contratos de obra pública y servicios públicos domiciliarios*. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho.
- Financiera de Desarrollo Nacional*. (s.f.). Obtenido de <http://www.fdn.com.co/es/la-fdn/quienes-somos/mision-vision-y-valores>

- Galindo Vácha, J. (2013). *Derecho procesal administrativo*. Temis - Universidad Javeriana.
- Gamboa Bernate, R. (2000). Introducción a los métodos alternos de solución de controversias. Pontificia Universidad Javeriana.
- Gaviria Gil, J. A. (s.f.). “Comentarios sobre las nuevas normas colombianas en materia de arbitraje internacional”. *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado.
- Gil Echeverry, J. H. (1993). *La conciliación extrajudicial y la amigable composición*. Bogotá D.C. Editorial Temis, 2011.
- Gil Echeverry, J. H. (2013). Régimen Arbitral Colombiano, Ley 1563 de 2012. Bogotá D.C., Editorial Ibáñez
- Gómez Lee, I.D., (2012). El derecho de la contratación pública en Colombia, Bogotá, Editorial Legis.
- Guarín Prieto, P., & Torres Ramirez, L. (2015). Todo lo que necesitas saber sobre las asociaciones público privadas. Procuraduría General de la Nación, Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública.
- Hoyos Pizano, A. & Londoño Camargo, T. (s.f.). Problemática actual del arbitramento nacional en la contratación estatal (citando a Marco Gerardo Monroy Cabra). Trabajo de Grado, Universidad Javeriana.
- Ibáñez Najjar, J.E., (2007) Estudios de derecho constitucional y administrativo, Bogotá D.C., Editorial Legis.
- Londoño Vallejo, M. (s.f.). Asociaciones público privadas, modelo de desarrollo de infraestructura productiva y social en Colombia y el mundo: Marco histórico, conceptual y crítico de la Ley 1508 de 2012. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, *Revista de Derecho Público No. 33*, julio-diciembre 2004.
- López Blanco, H. (2013). *Proceso arbitral nacional*. Bogotá D.C: Dupre Editores Ltda.
- Mejía Rodríguez, M. (s.f.). “Una aproximación al régimen del arbitraje nacional del nuevo estatuto del arbitraje en Colombia, Ley 1563 de 2012”. *Revista de Derecho Privado No. 23*, julio–diciembre de 2012.
- Ministerio de Transporte. (s.f.). *Plan estratégico intermodal de infraestructura de transporte*. Obtenido de file:///C:/Users/user/Downloads/3.%20Definicion%20de%20Corredores%20de%20Transporte.pdf

- Monroy Cabra, M. G. (1997). *Metodos alternativos de solución de conflictos*. Santafé de Bogotá D.C: Oxford University Press.
- Montes Echeverri, S. (junio de 2002). La solución de controversias contractuales por la vía arbitral. *Revista de Derecho Público No. 14*, Universidad de los Andes, 135-142.
- Moreno, L. F. (2016). Precedente judicial y administrativo en la regulación económica. *Revista Derecho del Estado No. 37*, julio-diciembre , pp. 165-188.
- Muñoz Prieto, W. (2002). *Concesiones viales en Colombia, Historia y desarrollo*. Obtenido de <http://revistas.udistrital.edu.co/ojs/index.php/Tecnura/article/viewFile/5883/7369>
- OCDE. (2013). Working Paper No. 317, Opening the black box of contract renegotiations: An analysis of road concessions in Chile, Colombia and Peru.
- Osorio Moreno, N. (2013). Las cláusulas excepcionales en la actividad contractual de la administración pública: ¿Autonomía de la voluntad o imposición del legislador? en *Revista Digital de Derecho Administrativo No. 10*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 95-108.
- Ossa Bocanegra, C. (2014). Fundamentos de la aplicación pública del derecho de la competencia en Colombia. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Vol. 44, No. 120*.
- Pino Ricci, J., (2005). El régimen jurídico de los contratos estatales, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia.
- Rincón Salcedo, J. (2011). La eficiencia y eficacia en el contrato de interventoría, Bogotá D.C., Universidad Javeriana – Editorial Ibáñez.
- Rufián, D. M. (enero de 2002). *Políticas de concesión vial: Análisis de las experiencias de Chile, Colombia y Perú*. Santiago de Chile: Publicado por las Naciones Unidas.
- Salguero Basto, G. (1983). "Contratos administrativos, doctrina y jurisprudencia e interpretación de la contratación administrativa, Ley 19 de 1982 y Decreto 222 de 1983. Ediciones Librería del Profesional.
- Suárez Beltrán, G., (2009). La nueva contratación pública en Colombia, anotaciones sobre la Ley 1150 de 2007 y su reglamentación. Bogotá D.C., Editorial Legis.
- Urueta Rojas, J. (2006). El contrato de concesión de obras públicas. Universidad del Rosario.
- Vargas Jimenez, N. (2006). *Reseña de la gestión pública en las concesiones viales de Colombia y su impacto económico*.

Velasco Cano, N. (2016). Constitucionalismo y Estado Social de Derecho en Colombia. *Revista Diálogos de Saberes, Universidad Libre*.

World Bank Group. (s.f.). Obtenido de <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/es/asociaciones-publico-privadas/definicion>

World Economic Forum. (s.f.). Recuperado el 18 de 06 de 2017, de Section II, Infrastructure: <http://www3.weforum.org/docs/GCR2011-12/14.GCR2011-2012DTIIInfrastructure.pdf>