

SIEMENS REAGAN CARREÑO GONZÁLEZ

**AMIGABLE COMPOSICIÓN EN LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN
LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN EN INFRAESTRUCTURA**

**[Monografía de Maestría en Justicia y Tutela de los Derechos con
énfasis en Derecho Procesal]**

BOGOTÁ D.C., COLOMBIA

2020

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO

**MAESTRÍA EN JUSTICIA Y TUTELA DE LOS DERECHOS CON ÉNFASIS
EN DERECHO PROCESAL 2016-2017**

Rector **Dr. Juan Carlos Henao Pérez**

Decana de la Facultad de Derecho: **Dra. Adriana Zapata Giraldo**

Secretaria General: **Dra. Marta Hinestroza Rey**

**Director del Departamento de
Derecho Procesal:** **Dr. Ramiro Bejarano
Guzmán**

Presidente de la monografía: **Dr. Ramiro Bejarano
Guzmán**

Director de monografía: **Dr. Héctor Eduardo Patiño
Domínguez**

Examinadores: **Dr. Juan Pablo Estrada**
Dra. Mónica León Gil

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	VIII
JUSTIFICACIÓN.....	XII
PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	XIII
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	XIII
FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	XIV
OBJETIVOS.....	XV
Objetivo general	XV
Objetivos específicos.....	XV
MARCO REFERENCIAL	XVI
DISEÑO METODOLÓGICO PRELIMINAR.....	XVIII
1. PRIMER CAPÍTULO: LA AMIGABLE COMPOSICIÓN	1
1.1. ANTECEDENTES	1
1.1.1. Historia de la amigable composición	1
1.1.2. Antecedentes legales y evolución de la amigable composición en materia administrativa	5
1.2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA AMIGABLE COMPOSICIÓN.....	16
1.2.1. La tesis procesal de la amigable composición como el arbitraje en equidad	16
1.2.2. La amigable composición como mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos	19
1.2.3. Figura de derecho sustancial: la teoría de la relación contractual compleja.....	25
1.2.4. El contrato de composición o acuerdo de voluntades sobre la amigable composición.....	26
1.2.5. Contrato de mandato con representación, de donde surge la responsabilidad del amigable componedor	27
1.2.6. Convenio final con efectos de contrato de transacción: la decisión final de los amigables componedores	33
1.2.7. Importancia jurídica de la naturaleza de la amigable composición como instituto de carácter contractual de derecho sustantivo y no de derecho procesal.....	36

1.3. EFECTOS DE LA DECISIÓN, COMPETENCIA Y TRÁMITE DE LA AMIGABLE COMPOSICIÓN	41
1.3.1. Concepto y características	41
1.3.2. Efectos y decisión en equidad.....	44
1.3.3. Competencia	46
1.3.4. El trámite de la amigable composición	47
1.4. DIFERENCIA DE LA AMIGABLE COMPOSICIÓN CON OTROS MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS	49
1.4.1. Diferencias con la transacción.....	49
1.4.2. Diferencias con el contrato de mandato	51
1.4.3. Diferencias con el arbitramento.....	53
1.5. LA TEORÍA DE LA NULIDAD DEL NEGOCIO JURÍDICO EN LA AMIGABLE COMPOSICIÓN	57
1.5.1. La nulidad en el código civil.....	58
1.5.2. La nulidad en el estatuto general de la contratación de la Administración Pública	61
1.5.3. La aplicabilidad de la teoría de la nulidad del negocio jurídico en la amigable composición	63
1.5.4. Particularidades del trámite de la amigable composición en relación con las nulidades del negocio jurídico	66
1.6. LA AMIGABLE COMPOSICIÓN EN CONTRATOS DE CONCESIÓN DE INFRAESTRUCTURA PÚBLICA.....	68
1.6.1. Acuerdo sobre decisiones en derecho o equidad.....	74
1.6.2. Designación de los amigables componedores	85
1.6.3. Impedimentos y recusaciones	89
2. SEGUNDO CAPÍTULO: ALCANCE DE LA COMPETENCIA DE LOS AMIGABLES COMPONEDORES EN LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN VIAL.....	96
2.1. LAS CLÁUSULAS EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN	98
2.2. MANEJO DE ASUNTOS TÉCNICOS Y FINANCIEROS MEDIANTE AMIGABLES COMPONEDORES	102
2.3. EL PERFIL DEL AMIGABLE COMPONEDOR.....	104
3. TERCER CAPÍTULO: RAZONES PARA PREFERIR EL ARBITRAJE EN LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS	106

3.1. COMPETENCIA DE LAS CÁMARAS DE COMERCIO EN COMPARACIÓN CON LOS AMIGABLES COMPONEDORES	109
3.2. LA AMIGABLE COMPOSICIÓN COMO MECANISMO DE PREVENCIÓN DE PROCESOS DE ARBITRAJE O JUDICIALES	113
3.3. EVENTUALES DILACIONES GENERADAS POR LOS AMIGABLES COMPONEDORES	114
4. CUARTO CAPÍTULO MEDIDAS PARA MEJORAR LA EFICACIA DE LA AMIGABLE COMPOSICIÓN EN LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.....	117
CONCLUSIONES	119
BIBLIOGRAFÍA.....	125

RESUMEN

Los contratos de concesión de infraestructura son realmente acuerdos que implican una importante inversión para las partes involucradas, además de que representan una gran complejidad en términos técnicos y financieros, razón por la que incluyen cláusulas en las que se establecen los mecanismos para la solución de conflictos; uno de estos mecanismos es la amigable composición. La presente investigación plantea como meta principal la elaboración de medidas propuestas para ser adoptadas en los contratos de concesión a fin de mejorar la eficacia de la amigable composición en la solución de controversias. Para lograr el objetivo formulado, se aplicó una metodología acorde con la naturaleza del objeto de estudio, basada en la hermenéutica como método y en la revisión documental como técnica de recolección de información. La investigación aborda el análisis del mecanismo de la amigable composición desde los ámbitos legal, doctrinal y jurisprudencial como una forma de aclarar el alcance de los amigables componedores en el caso de la resolución de controversias en los contratos de concesión vial. El marco de información revisado permitió identificar y analizar las razones por las cuales permanece la tendencia a preferir el arbitraje en la resolución de controversias. Se finaliza con la propuesta de una medida que podría contrarrestar los posibles efectos de la escogencia de este mecanismo como medida alterna para la eventual solución de conflictos entre las partes.

Palabras claves: Amigable composición, solución de conflictos, contratos de concesión.

ABSTRACT

Infrastructure concession contracts are really agreements that imply a significant investment for the parties involved, in addition to representing a great complexity in technical and financial terms. For this reason, these contracts include clauses in which the mechanisms for conflict resolution are established; such is the case of friendly composition. This investigation raises the elaboration of a proposal of measures to be adopted in the concession contracts to improve the effectiveness of the friendly composition in the solution of controversias as a main goal. A methodology was applied according to the nature of the study object based on hermeneutics as a method, and therefore, the documentary revision as a technique for collecting information for to achieve the formulated objective. The investigation addresses the analysis of the mechanism of the friendly composition from the legal, doctrinal and jurisprudential field, as a way of clarifying the scope of the friendly components in the case of the resolution of disputes in the road concession contracts. The revised information framework allowed us to identify and analyze the reasons why a preferential tendency for arbitration in dispute resolution remains. Finalizing with the proposal of a measure that could counteract the possible effects of the choice of this mechanism as an alternative measure for the eventual resolution of conflicts between the parties.

Keywords:

Friendly composition, conflict resolution, concession contracts.

INTRODUCCIÓN

La contratación de obra pública con inclusión de recursos privados ha evolucionado a lo largo de las últimas décadas en el país. Los contratos de concesión son 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 público¹.

En materia de infraestructura vial, se espera en Colombia para los próximos años el desarrollo de las concesiones de cuarta generación, que involucrarán grandes inversiones, a través de las que se llevará a cabo la transformación de 8.000 km de vías, con más de 1.200 km en doble calzada, para así alcanzar un total de 3.500 kilómetros, lo que implica llevar las obras a 24 departamentos y generar en ellos más de 180.000 empleos directos en etapa de construcción². Los contratos de concesión de infraestructura pública son acuerdos de voluntades con una complejidad interdisciplinar importante, que afectan inclusive al PIB y a la política macroeconómica de un país³.

El hecho de que existan inversiones de tal talla para la construcción de infraestructura implica que se deben contemplar los mecanismos necesarios para dar soluciones a las posibles controversias que pudieran surgir. En este caso, se cuenta con la amigable composición, que para el caso de Colombia está regulada por un marco legal. Así, la Ley 1563 de 2012 la define como un

¹ La ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en su artículo 32, numeral cuarto, define el contrato de concesión. Disponible en: <https://www.dane.gov.co/files/acerca/Normatividad/decreto-1170-2015/Ley-80-de-1993.pdf>.

² MARZOLA, María (2015). Control político: implementación en las concesiones de cuarta generación. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/cesd/v6n2/v6n2a06.pdf>.

³ RUFÍAN LIZANA, Dolores María. Manual de concesiones de obras públicas, 2ª Ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2018.

mecanismo alternativo de solución de conflictos, según el cual a un tercero, denominado el amigable componedor, le es delegada la facultad de definir una controversia de libre disposición⁴, con fuerza vinculante para las partes. En dicho marco normativo, la amigable composición se ha definido como una institución alternativa de solución de conflictos a través de la que un tercero imparcial —amigable componedor— toma la decisión que dirime las diferencias existentes entre las partes, en virtud de un mandato que le ha sido otorgado por ellas mismas.

Resulta que sobre tal concepto se precisa distinguir que el legislador decidió como regla general que el amigable componedor resuelva las diferencias en equidad como criterio fundante de decisión, y excepcionalmente en derecho, si así lo convienen las partes. Puntualmente, las Leyes 1563 de 2012 y 1742 de 2014⁵ abordan la amigable composición como mecanismo de solución de controversias en contratos de concesión de infraestructura pública.

De conformidad con lo anterior, la presente investigación se traza como meta proponer medidas a ser adoptadas en los contratos de concesión con el fin de mejorar la eficacia de la amigable composición en la solución de controversias, dada la importancia que tienen las contrataciones de concesión para el desarrollo de obras de infraestructura vial en Colombia.

La inmersión en el estudio de la amigable composición como mecanismo para la resolución de controversias conduce a la búsqueda de

⁴ Artículo 59 de la Ley 1563 de 2012. Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. N° 48489. 12 de julio de 2012. Disponible en: <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=48366>.

⁵ “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”. Diario Oficial. No. 49376. 26 de diciembre de 2014. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1742_2014.html.

alternativas metodológicas para su abordaje, dado que la metodología es el modo en que se enfocan los problemas y se buscan las respuestas⁶; es decir, la metodología es la forma que el investigador encuentra —desde su visión o enfoque— para obtener las respuestas a sus interrogantes, además de convertirse en el instrumento de orientación que le facilita avanzar en el camino trazado y que hace posible tener una visión global del fenómeno estudiado.

En correspondencia, la perspectiva metodológica desde la que se enfoca el proceso investigativo es cualitativa, la cual se materializa a través del método hermenéutico. La hermenéutica se encamina hacia el descubrimiento de contradicciones, deficiencias u omisiones entre las normas o el sistema jurídico, a través del uso del análisis inductivo. Tal análisis se sustentó en la recolección de información documental, para lo que se generó un rastreo conceptual en doctrina, jurisprudencia y leyes colombianas, así como uno de publicaciones nacionales e internacionales relacionadas con el objeto de estudio.

Para desarrollar lo anterior, el presente trabajo se dividió en nueve acápite, que comienzan con la justificación de la investigación, en la que se presenta una revisión de las causas que motivaron la realización de la investigación para luego, en el segundo capítulo, plantear el problema que condujo a elaborar los objetivos de la investigación —el general y los específicos—, que a su vez sirvieron para deslindar todos los aspectos asociados al mecanismo estudiado y hacer posible un análisis profundo que condujera finalmente a la propuesta.

En el tercer capítulo se presenta un marco referencial en el que, a través de un estado del arte, se da cuenta de las diversas investigaciones que

⁶ TAYLOR, S., y Bogdan, R. Introducción a los métodos cualitativos de investigación. Buenos Aires, Paidós, 2018.

han abordado los diferentes mecanismos de solución de conflictos, en especial la amigable composición. En el cuarto apartado se tiene la perspectiva metodológica, donde se presentan las fases de desarrollo de cada uno de los objetivos planteados.

En el quinto acápite se presenta un marco relacionado con la amigable composición, que inicia con sus antecedentes históricos y su evolución, y continúa con su naturaleza jurídica, dentro de la que se resalta el estudio de la normatividad, la doctrina y la jurisprudencia relacionadas. En tal sentido, en el apartado relacionado con la normatividad se desarrolló la evolución legislativa del mecanismo, que en nuestro ordenamiento jurídico ha estado signada por varias etapas que marcan su auge o su debilitamiento en función de la vigencia o no de las normas legales que le son aplicables. A su vez, se explican los efectos jurídicos relacionados con la doctrina.

Para el acápite seis se presenta un análisis resultante del abordaje teórico que permite conocer las razones por las cuales existe una preferencia por el arbitraje en la resolución de controversias. El capítulo siete corresponde a la propuesta argumentada de medidas para mejorar la eficacia de la amigable composición en la solución de controversias.

Más allá del análisis teórico presentado, se tiene gran expectativa acerca de que los argumentos planteados en este documento puedan ser de utilidad en el momento de elaborar los contratos de concesión para el desarrollo de obras de infraestructura, de forma que se mejore eficazmente la práctica de la amigable composición como una solución de controversias.

JUSTIFICACIÓN

El presente trabajo monográfico se justifica en la medida en que la actividad contractual pública ha sido objeto de numerosas modificaciones de relevancia en materia procesal. El tema de la contratación pública reviste un interés especial al ser una de las actividades de mayor actividad de los agentes del Estado y con una gran incidencia económica sobre los recursos de la Nación, además de que siempre está en polémica por su importancia para la ciudadanía en materia de obras públicas e infraestructura de vital trascendencia nacional.

Resulta necesario determinar y analizar los cambios y novedades relacionados con la solución de controversias contractuales, en específico con la amigable composición, ya que este mecanismo de solución de controversias aplica para grandes contratos de concesión o de infraestructura, y resulta interesante una aproximación conceptual que permita determinar si este mecanismo tal como está formulado y acogido tanto en la ley y en los contratos de infraestructura, resulta ser o no la figura más adecuada para el cumplimiento de las garantías legales que, en procura del interés general, que abarca la ejecución de este tipo de contratos. A su vez, es un tema de relevancia e interés en materia de derecho público y procesal, tanto para la academia como para el ejercicio práctico del derecho público y la contratación estatal.

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En la medida en que los contratos de concesión para el desarrollo de obras de infraestructura involucran diferentes riesgos que pueden materializarse en amenazas concretas para los intereses de las partes a lo largo de su ejecución, se presentan controversias que deben ser resueltas a través de los diferentes mecanismos previstos por la ley y por las cláusulas contractuales. Uno de esos mecanismos es el de la amigable composición, que fue supuestamente diseñado para que las partes logren resolver sus diferencias de común acuerdo, de forma que se evite que éstas se profundicen o prolonguen, y que su cuantía aumente.

A pesar de los beneficios que se podrían obtener mediante este mecanismo, su escasa utilización lleva a que las controversias lleguen hasta procesos de arbitraje o judiciales, que son demorados y onerosos, además de que deterioran la buena relación que se requiere para hacer que estos contratos se desarrollen sin mayores contratiempos.

En virtud de lo anterior, surgen inquietudes sobre aspectos tales como las razones que hacen que la amigable composición sea poco utilizada, los motivos que le restan eficiencia a tal mecanismo en la solución de controversias, la posible dilatación que se genera cuando se acude a dicho mecanismo, el aporte que se logra con la intervención de eminentes técnicos como amigables componedores, la posición de las Cámaras de Comercio sobre el tema, y el efecto jurídico que se desprende de la decisión o del concepto del amigable componedor.

Debido a que la convergencia de diferentes aspectos que rodean la operación de este mecanismo hacen que su análisis sea un tema jurídico complejo, el presente trabajo busca aportar una propuesta que contribuya a

mejorar la eficacia de la amigable composición en la solución de las controversias, con el fin de dar respuesta a la pregunta de investigación que se formula a continuación.

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Qué medidas se pueden adoptar en los contratos de concesión para mejorar la eficacia de la amigable composición en la solución de controversias?

OBJETIVOS

Objetivo general

Proponer medidas a adoptar en los contratos de concesión para mejorar la eficacia de la amigable composición en la solución de controversias.

Objetivos específicos

1. Analizar el alcance de la competencia de los amigables componedores en la resolución de controversias en los contratos de concesión vial.
2. Estudiar las razones que explican la preferencia por el arbitraje en la resolución de controversias.
3. Identificar experiencias internacionales exitosas en la utilización de la amigable composición para la resolución de controversias.

MARCO REFERENCIAL

Los contratos de concesión para el desarrollo de la infraestructura vial tienen una alta incidencia en el desarrollo económico. Hernández⁷ estima que la construcción de infraestructura genera empleo y, que una vez construida, permite que las industrias transporten sus productos para el comercio interior y para generar exportaciones. Esta finalidad hace que sean una necesidad permanente del país, especialmente debido al atraso que presenta en relación con países vecinos y, más aún, frente a países más desarrollados.

En el mismo sentido, la Organización Mundial de Comercio —OMC— plantea que:

“Los servicios de infraestructura y servicios conexos interactúan con el comercio de bienes y servicios de una manera compleja. En primer lugar, el costo y la calidad de los servicios de infraestructura son determinantes importantes del volumen y el valor del comercio internacional debido a la repercusión que tienen en los costos de las transacciones transfronterizas”⁸.

La situación de atraso de las vías que comunican los centros de producción industrial y de consumo con los puertos en donde se embarcan y desembarcan los productos del comercio exterior en Colombia ha obligado a que en los últimos años los diferentes gobiernos hayan dedicado una especial importancia a los contratos de concesión en infraestructura, tanto de carreteras como de puertos y aeropuertos. Estos contratos están expuestos a diferentes tipos de riesgos, en aspectos como construcción, tráfico, tarifa de

⁷ HERNÁNDEZ ESPINOSA, Gustavo. 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. Trabajo de grado abogado. Bogotá D.C., 2018. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas, Departamento de Derecho Público, 2018. 99 p.

⁸ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO. Abrir mercados y promover la buena gobernanza. Acuerdo sobre contratación pública, Organización Mundial del Comercio, 2005, p. 161.

los peajes, temas prediales, aspectos ambientales, asuntos tributarios, normas cambiarias, fuerza mayor y financiación⁹. La complejidad y diversidad de esos riesgos, sumada al hecho de que usualmente son contratos cuya duración se prolonga por varios años, hacen que durante su ejecución se presenten diferentes controversias entre las partes, que deben ser resueltas para que sea posible garantizar la continuidad del servicio, que es el propósito último que se busca con estos contratos.

Para la resolución de tales controversias, los contratos de concesión incluyen cláusulas en las que se especifican los mecanismos a través de los cuales las partes pueden acudir en busca de la solución de las diferentes controversias que puedan surgir durante su ejecución.

⁹ ARANA, Muriel. El riesgo de diseño en los contratos de concesión de infraestructura vial. En: Revista de Derecho Administrativo. 2016, N.º 16., p. 61-74.

DISEÑO METODOLÓGICO PRELIMINAR

De manera coherente con los objetivos previstos, el trabajo se desarrolla mediante el empleo de la metodología de revisión documental, tal como lo recomienda Bohórquez y Camacho¹⁰. Para cumplir el objetivo de análisis del alcance de la competencia de los amigables componedores en la resolución de controversias en los contratos de concesión vial, se consultó tanto la legislación como los clausulados de los contratos y la jurisprudencia disponible en relación con dicha competencia.

Por su parte, el segundo objetivo era el estudio de las razones que explican la preferencia por el arbitraje en la resolución de controversias, que se desarrolló especialmente con base en el estudio de la doctrina publicada en la que se consignan las críticas que el mecanismo ha recibido, especialmente en el caso de los contratos de concesión. A su vez, para la identificación de experiencias internacionales exitosas en la utilización de la amigable composición para la resolución de controversias se acudió tanto al derecho comparado como a las publicaciones internacionales especializadas, tanto en temas de concesión vial como en temas jurídicos de resolución de controversias.

¹⁰ BOHÓRQUEZ ZAPATA, Leonardo y CAMACHO CHAHÍN, Mario Andrés. El contrato de concesión. Trabajo de grado abogado. Bogotá D.C. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Departamento de Derecho Público, 2015. 176 p.

1. PRIMER CAPÍTULO: LA AMIGABLE COMPOSICIÓN

ANTECEDENTES

1.1.1. Historia de la amigable composición

El origen de la amigable composición data de la época imperial romana, en la que una vez se superaba el formalismo del *ius civile*, y en aplicación del *ius gentium*, se creó una modalidad de arbitraje para solucionar las controversias entre los ciudadanos romanos y los extranjeros. A la figura que se le encomendaba la tarea de resolver los conflictos se le denominó *arbitrator*, quien debía realizar tal función con fundamento en los ideales de las creencias estoicas de la razón, en la justicia y la equidad, y no en la rigurosidad del vigor literal de la ley¹¹. La figura del árbitro —*arbiter*—, a diferencia del juez —*iudex*—, tuvo especial desarrollo en un ámbito paralelo al derecho procesal oficial, en el que finalmente recaló.

Según algunos estudios, una primera recepción del *arbiter* en el ámbito oficial tuvo lugar en época de los decenviros —siglo V a.C.—, y posteriormente hacia los siglos III-II a.C. con los arbitrajes de buena fe —*arbitria bonafidei*—, cuando se caracterizó por tener una mayor discrecionalidad con respecto al *iudex* a la hora de enjuiciar.

Una tercera modalidad incorporada en el ámbito procesal del *ius civile* fue la del arbitraje compromisario, que operaba bajo la premisa del *ius honorarium*. En relación con el modo de operar de esta figura, no aparece que debieran aplicarse las reglas relativas a los juicios ordinarios, al punto de que

¹¹ ESCUDERO ALZATE, María Cristina. Mecanismos alternativos de solución de conflictos conciliación, arbitramento y amigable composición. Editorial Leyer, Bogotá, 2016, p. 201-248.

los arbitrajes compromisarios estaban desproveídos del carácter público típico de estos¹².

Así, los escenarios extraprocesales de solución de controversias se vieron fortalecidos en los años de florecimiento del *ius gentium* para las controversias que involucraban la participación de extranjeros, por medio de mecanismos extralegales fundados en creencias de razón, justicia y equidad¹³.

Fue así como, durante la Edad Media, se introdujo en las codificaciones europeas el arbitraje comercial que venían practicando los comerciantes como un mecanismo para solucionar controversias comerciales, en las que se le otorgaba a los árbitros un amplio margen de libertad para decidir sobre los requisitos de procedimiento y de fondo, así como de control judicial. En ese orden, en el Código de Procedimiento Alemán de 1877 se establecieron estipulaciones que facultaban a los árbitros para decidir las controversias comerciales mediante la aplicación del derecho positivo estricto o de la fundamentación de sus decisiones de acuerdo con lo que consideraran correcto o bueno.

En Francia fue acogida la potestad del árbitro para fundamentar sus decisiones de conformidad con lo que considerara bueno o correcto, lo que le daba al referido mecanismo la denominación de *amigable compositeur*, el cual era concebido como sinónimo del arbitraje en equidad o arbitraje en conciencia, por medio del cual las partes le otorgaban a un tercero digno de su confianza la facultad para resolver la controversia por fuera de la justicia ordinaria.

¹² PARICIO, Javier. Los arbitrajes privados en la Roma Clásica, 42. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2014.

¹³ OSORIO-Hernández, Mario Ricardo. Amigable composición y arbitraje en equidad: pasado presente y futuro de dos engendros colombianos, en Ensayos arbitrales, Cámara de Comercio de Bogotá, Kimpres, Bogotá, 2010, pp. 13-26.

Por tanto, la amigable composición surgió en Francia, aunque como una forma del arbitraje en equidad. Esta figura fue acogida posteriormente en la legislación española, con la posibilidad de que el tercero emitiera sus decisiones fundándolas en la equidad.

Fue precisamente la posibilidad de fallar en equidad la responsable de la fuerza y el reconocimiento que históricamente se le dieron a los *arbitrator* —ahora llamados *amicabilis compositor o amigables componedores*—, con base en una confianza similar a aquella que se origina en las relaciones propias de amistad, y que es la que les concede la potestad de resolver por su propia autoridad los conflictos, sin estar sujetos a reglas procesales y sin acuerdos previos de las partes; por ello, se entendía que estaban investidos de una autoridad que obligaba a las partes a cumplir de manera fiel lo decidido por ellos.

Esta noción de la amigable composición fue tomada por la legislación colombiana que, en sus comienzos, fue establecida como una especie de arbitraje en equidad. Así, en el Código Judicial 1938 se les dio a los árbitros la posibilidad de emitir fallo en conciencia en los procesos de división de grandes comunidades, de forma que fungían como amigables componedores en los términos del derecho español. Posteriormente, el Decreto 2279 separó a la amigable composición del arbitraje, otorgándole autonomía en relación con los otros mecanismos de solución de conflictos, pero la acercó a la conciliación al regularla en el mismo capítulo —Capítulo II, sección I: De la amigable composición y de la conciliación—. Este capítulo fue derogado por la Ley 23 de 1991, con lo que se dio un carácter autónomo a la amigable composición del arbitraje, por lo que fue regulada en capítulos independientes a los de la conciliación. La amigable composición también fue consagrada en el Código de Comercio de 1970 y en el Código de Procedimiento Civil de 1971 como una forma de arbitraje, aunque allí no se lograba definirla sino solo

demarcar diferencias en virtud de los efectos del laudo y la decisión del amigable componedor con fuerza contractual¹⁴.

Más tarde se expidió la Ley 446 de 1998, que derogó todas las normas que regulaban la materia hasta ese momento y le asignó a la amigable composición un carácter autónomo de los otros mecanismos alternativos de solución de controversias. Así, esta ley otorgó a dicho mecanismo un trámite informal con características contractuales, que resulta ser más ventajoso que el arbitraje al convertirse en un mecanismo ágil, puesto que está desprovisto de funciones jurisdiccionales y, sobre todo, porque no está sometido al trámite riguroso y formalista de los procesos judiciales ordinarios.

En definitiva, se expidió la Ley 1563 de 2012, que introdujo un conjunto de modificaciones en el campo de acción del amigable componedor, que en la ley precedente se circunscribía a definir “*el estado, las partes y la forma de cumplimiento de un negocio jurídico particular*”, puesto que ahora se limita a “*definir, con fuera vinculante para las partes, una controversia de libre disposición*”. Así mismo, expresó de manera contundente que el amigable componedor actúa como *mandatario de las partes*, lo que confirma con mayor fuerza el carácter contractual de este instituto. En relación con la decisión, se estableció que ella puede fundamentarse en equidad, salvo pacto en contrario, sin perjuicio de que el componedor haga uso de reglas del derecho, si así lo considera conveniente, y se consagró por primera vez que dicha decisión produce los efectos que le son propios a un contrato transacción, como una manifestación del carácter contractual del referido mecanismo. Además, este carácter se ve reflejado en el trámite de la amigable composición, que es ajeno a fórmulas procedimentales; por tanto, las partes pueden disponer el trámite mediante el cual se va a desarrollar la amigable

¹⁴ GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán. La conciliación extrajudicial y la amigable composición, Temis, Bogotá, 2003, pp. 34-85.

composición directamente en virtud de su autonomía privada, con las limitantes que impone el respeto a los derechos de las partes a la igualdad y a la contradicción de argumentos y pruebas, o pueden hacerlo con referencia a un reglamento de amigable composición determinado por un centro de arbitraje.

1.1.2. Antecedentes legales y evolución de la amigable composición en materia administrativa

Tal y como se dejó expuesto en los acápites de la historia y la naturaleza de la amigable composición, en sus inicios este mecanismo no fue regulado como un instituto autónomo sino como una especie del arbitraje en equidad. Fue así como por primera vez el Código Judicial y la Ley 2 de 1938 consagraron la figura de *“los árbitros y los arbitradores o jueces en equidad, también conocidos como amigables componedores”* al estilo del derecho español.

Más adelante, en el artículo 677 del Código de Procedimiento Civil de 1970, la amigable composición fue consagrada por primera vez en el ordenamiento jurídico colombiano como un mecanismo de solución de controversias eminentemente contractual, sin efectos jurisdiccionales; esta misma regulación sería establecida posteriormente para el ámbito de la contratación mercantil, de acuerdo con el artículo 2025 del Código de Comercio de 1971. No obstante, la amigable composición no fue establecida en forma autónoma en ninguna de las normativas, dado que en ambas se complementaba y se conectaba con el arbitraje por el objeto de la controversia, que en esencia constituía una contienda susceptible de ser resuelta por transacción.

Posteriormente, se modificó la regulación que traía el Código de Procedimiento Civil sobre la amigable composición por medio del Decreto Ley

2279 de 1989¹⁵, que le confirió autonomía y características propias a la amigable composición, facultaba a los amigables componedores para determinar “*el estado y la forma de cumplimiento de una relación jurídica*”, y limitaba su obrar a emitir pronunciamientos solamente sobre las prestaciones del contrato y su ejecución. De esta forma, tal decreto reguló a la amigable composición como una figura lejana al arbitraje, pero próxima a la conciliación, pues tenía reglas y particularidades comunes con este mecanismo, las cuales se presentaban en sus artículos 49 y 50.

La expedición de la Ley 23 de 1991 de descongestión de despachos judiciales derogó los artículos 49 y 50 del Decreto 2279 de 1989, con lo que eliminó toda dependencia entre la amigable composición y la conciliación, y reguló en capítulos diferentes el arbitraje y la conciliación, de forma que les atribuyó independencia entre sí, así como total autonomía a la amigable composición en relación con dichos mecanismos¹⁶.

La amigable composición tomó un rol protagónico entre las maneras alternas de solucionar conflictos desde el año 1991; fue así como en el artículo 68 de la Ley 80 de 1993 se estableció expresamente a la amigable composición como un mecanismo alternativo para solucionar controversias “*en forma ágil, rápida y directa*”. Sin embargo, en el citado artículo no se reguló el alcance jurídico de la amigable composición, y solo se abstuvo de referirse a ella como un mecanismo alternativo de solución de conflictos, por lo que le son aplicables las características y el régimen del derecho privado.

Con el objetivo de impulsar normas sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia, se expidió en el año 1998 la Ley 446, que promovió la

¹⁵ GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán. La conciliación extrajudicial y la amigable composición, Temis, Bogotá, 2003, pp. 100-132.

¹⁶ REY VALLEJO, Pablo. El arbitraje doméstico colombiano a la sombra de la amigable composición como mecanismo que privilegia la autonomía de la voluntad, Universitas, n.º 133, julio-diciembre, 2016. pp.229-250.

utilización de la amigable composición como resultado de la característica de informalidad que le imprimió, al mismo tiempo que derogó todas las normas del Decreto 2279 de 1989 y de la Ley 23 de 1991, y reafirmó la autonomía de la amigable composición al establecerla como mecanismo alternativo de solución de conflictos diferente del arbitraje y la conciliación. Dicha ley concedió al amigable componedor la facultad de precisar el estado de las obligaciones y la forma de cumplimiento de las partes en un negocio-juicio, y en su artículo 130 definió a la amigable composición como un mecanismo de solución de conflictos a través del cual dos o más “particulares” deciden acudir a un tercero para la solución de una controversia¹⁷.

Lo dispuesto en el citado artículo sobre la aplicabilidad de la amigable composición en asuntos de particulares colisionaba con lo establecido en el artículo 68 de la Ley 80 de 1993, que permitía expresamente la amigable composición en controversias contractuales públicas; esta situación generó controversias al interior del Concejo de Estado sobre la aplicabilidad de la amigable composición cuando una de las partes era una entidad pública. En este sentido, y de manera inicial, la referida corporación sostuvo mediante concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil que la utilización de la amigable composición no era procedente en materia de contratación estatal y que el artículo 130 de la Ley 446 de 1998 modificó el artículo 68 de la Ley 80 de 1993, que permitía expresamente la amigable composición en controversias contractuales públicas, con lo que solo se dejaba la posibilidad de acudir al mecanismo de la amigable composición en el caso de conflictos suscitados entre particulares¹⁸. Más adelante, la misma corporación sostuvo

¹⁷ El artículo 130 de la Ley 446 de 1998 definió a la amigable composición como 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*”.

¹⁸ En este sentido, el concepto del 13 de agosto de 2009 manifestó que: “*Como se aprecia en el artículo 130 transcrito (...) la celebración de un contrato o el pacto de una cláusula convencional que contenga*

que a pesar de lo dispuesto en el artículo 130 de la Ley 446 de 1998, el artículo 68 de la ley 80 de 1993 estaba vigente, por lo que en virtud del criterio de especialidad de la Ley 80 de 1993 y de que el artículo 218 del código contencioso administrativo establecía a la amigable composición como una de las formas de terminar el proceso, este mecanismo era procedente para la solución de controversias en las que una de las partes estuviera conformada por una entidad estatal¹⁹.

En definitiva, la expedición de la Ley 1563 de 2012, por medio de la cual se expidió el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, resolvió la discusión sobre la aplicabilidad de la amigable composición en las controversias cuando una de las partes es una entidad estatal, dado que en su artículo 59 permite acudir a dicho mecanismo a los particulares, entidades públicas o quienes desempeñen funciones administrativas²⁰, con lo que le concede a una entidad estatal la potestad de acordar la posibilidad de solucionar los conflictos por medio del mecanismo de la amigable composición²¹.

la amigable composición, solo es posible para los particulares, locución que en derecho colombiano excluye a las entidades estatales. Esta constatación tiene como consecuencia que el artículo 68 de la ley 80 de 1993 en tanto permitía que este tipo de entidades acudiera a tal institución se encuentra derogado parcialmente". CONSEJO DE ESTADO. Sala de consulta y servicio Civil. Concepto del 13 de agosto de 2009. CP: Enrique José Arboleda Perdomo. Rad. 11001-03-06-000-2009-00033-00 (1952).

¹⁹ En el concepto del 16 de marzo de 2000 se indicó que: "(...) por virtud del artículo 130 de la Ley 446 de 1998 no se derogó el inciso 2° del artículo 68 la Ley 80 de 1993, acerca de la competencia de las entidades para celebrar el acuerdo de amigable composición. (...) La definición incorporada en el artículo 130 de la Ley 446 de 1998, en relación con la amigable composición entre particulares, no puede entenderse como una norma que eliminó la viabilidad de la amigable composición permitida a las entidades estatales". CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 16 de marzo de 2000. CP: Luis Camilo Osorio Isaza. Rad. 1246.

²⁰ El Artículo 59 de la Ley 1563 de 2012, dispone: "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".

²¹ No obstante, la discusión que existía al interior del Concejo de Estado sobre la aplicabilidad de la amigable composición por parte de las entidades públicas fue remediada en el año 2012 por el artículo 59 de la Ley 1663, al permitir que acudan a ella tanto particulares como entidades estatales. Más tarde,

Luego de la expedición de la Ley 1563 de 2012 se expidió la Ley 1682 de 2013, por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte, en la que se estipuló en relación con el mecanismo de la amigable composición la posibilidad de que las partes envueltas en una controversia contractual acudan a mecanismos alternativos para solucionar sus conflictos, a la vez que estableció que las decisiones tomadas en ejercicio de estos mecanismos debían ser siempre en derecho²². En cuanto al primer aspecto —es decir, si las decisiones a pactar se harían en derecho o en equidad—, se planteó con anterioridad que la regla general era el recurso a las decisiones tomadas en equidad y que, en caso de pacto expreso, se podría acudir a las reglas del derecho, sin excluir la posibilidad de que aun decidiendo en equidad se acudiera a ciertas reglas del derecho si las partes lo estimaban conveniente en virtud del artículo 60 de la ley 1563 de 2012.

Se puede evidenciar la aplicación de la Ley 1682 de 2013 a raíz de su expedición en la medida que en los contratos de concesión se empezó a pactar de manera expresa que el panel deberá fundamentar su decisión en

en el año 2015, el Concejo de Estado reafirmó nuevamente su posición sobre la procedencia de la amigable composición por parte de entidades estatales a causa de una acción de nulidad en contra de una parte del Artículo 226 del Decreto 1818 de 1998, que faculta a las entidades y particulares a acudir a mecanismos alternativos de solución de conflictos, en los siguientes términos: “(...) *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. Rad. 11001-03-26-000-2010-00004-00 (38053).

²² 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.

derecho, como puede observarse en el contrato de concesión celebrado entre la ANI²³ y Autopista Urabá S.A.S. (VJ-VE-APP-IPB-002-20159) o el celebrado con Autovía Bucaramanga Pamplona S.A.S. (VJ-VE-APP-IPB-004-201510). En otros se ha pactado en equidad, como en los contratos entre la ANI y la Concesión Cesar-Guajira S.A.S. (VJ-VE-APP-IPV-003-2015) o el celebrado con la Concesión del Sisga S.A.S. (VJ-VE-APP-IPB-003-201412). En otros contratos, se optó por guardar silencio, como en el celebrado con la Estructura plural concesionaria aeropuertos Colombia SPV – Grupo Aeroportuario del caribe S.A.S. (VJ-VE-IP-LP-012-201313) y el celebrado entre la ANI y la Estructura plural autopista del Meta- Concesión vial de los llanos S.A.S. (VJ-VE-APP-IPV-001-201514).

El contrato 005 del 9 de junio de 2015, celebrado entre la ANI y la Concesionaria Vial Andina S.A.S. (COVIANDINA), tuvo como fin la construcción, operación y mantenimiento de una nueva calzada entre Chirajara y la intersección Fundadores, así como el mantenimiento y la operación de todo el corredor entre Bogotá y Villavicencio. En su capítulo 15 —que fue modificado por un “otro sí” del 14 de agosto del mismo año—, el contrato estima lo relacionado con la solución de controversias, y allí acordó que las partes acudirían al medio alternativo de solución de conflictos —MASC— de la amigable composición para definir todas las controversias que expresamente se habían señalado en el contrato, el cual estaría compuesto por tres personas naturales que definirían en derecho la controversia que sometían a su consideración. En el contrato inicialmente

²³ La ANI, es 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, perteneciente al Ministerio de Transporte, que tiene como 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. En consecuencia, es competente para celebrar contratos de concesión de infraestructura y, por ende, pactar con los contratistas la amigable composición para solucionar las controversias.

celebrado esta situación no estaba contemplada, pues allí se manifestó que la decisión debía ser en equidad.

La modificación generada a la amigable composición en equidad para que luego fuera en derecho puede deberse a que:

“bajo contratos de tal envergadura e importancia, donde el presupuesto resulta ser tan alto, solucionar una controversia a través de ese mecanismo que no es jurisdiccional, con efectos propios de la transacción y cuya decisión dependerá de los amigables componedores y no el derecho mismo, puede hacer que las decisiones sean “justas” pero no legales”²⁴.

Más tarde, con la expedición de la Ley 1742 de 2014, 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, se derogaron algunas normas de la Ley 1682 de 2013; específicamente en relación con los mecanismo alternativos de solución de conflictos, se modificó el literal “a” del artículo 14, con el propósito de establecer que la regla general para resolver las controversias contractuales serían las decisiones en derecho, y que en el caso de la amigable composición podría adoptarse la equidad para fundamentar la decisión²⁵.

De conformidad con la normatividad expuesta, la amigable composición ha tenido una evolución trascendental con los contratos de concesión en las diferentes generaciones de proyectos de infraestructura vial. Así, para el año

²⁴ CASTRO Londoño, Juliana; Mendieta Angarita, Cristian; Triana Lesmes, Sara. Análisis de las cláusulas de amigable composición en los contratos de infraestructura de la ANI. Universidad Nacional de Colombia, 2018.

²⁵ 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.

1992 se definieron los primeros contratos de concesión vial²⁶, que representaron grandes costos para la administración en su momento, relacionados básicamente con riesgos no previstos, retrasos de las obras y procesos judiciales tediosos. Para contrarrestar estos imprevistos, en dichos contratos se pactaba una cláusula compromisoria por medio de la cual las controversias que se generaran en la ejecución del referido contrato serían sometidas a los árbitros colombianos²⁷. Obsérvese que bajo la ejecución de estos contratos ya estaba vigente el artículo 68 de la Ley 80 de 1993, que le daba la posibilidad a la administración de recurrir a la amigable composición para resolver sus controversias contractuales; sin embargo, para solucionar las controversias suscitadas en la ejecución de los referidos contratos no se utilizaba el mecanismo de la amigable composición, sino exclusivamente el del arbitraje.

En el año de 1994 se dio paso a la segunda generación de concesiones viales²⁸ con el objeto de desarrollar proyectos de infraestructura más importantes. En ellos se buscó solucionar los problemas que generaron los primeros contratos²⁹ y se modificó la forma de solucionar las controversias

²⁶ Conocidos también con el nombre de “contratos de primera generación” o “concesiones con ingreso garantizado”, porque en el objeto del contrato se incluía una prestación de garantía, en el sentido que se garantizaba un ingreso mínimo, independiente del número de vehículos en tránsito, y que era útil para potenciar la construcción de obras. Fueron creados a través del CONPES 2597 de 1992 por la necesidad de acudir a la inversión privada para ejecutar proyectos que favorezcan a la apertura económica proclamada por el gobierno de turno, con fundamento en el Decreto 222 de 1983 y el artículo 365 de la Constitución Política de 1991. Sobre ello se volverá en mayor detalle.

²⁷ AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA —ANI—, Contrato de concesión n.º 664 de 1994, cláusula cuadragésima segunda.

²⁸ Se da origen a esta generación a través del CONPES 2775 de 1995, por medio del cual se sigue buscando el mismo objetivo que con los anteriores: la participación del sector privado en la infraestructura física.

²⁹ Es decir, se buscó mejorar el sistema utilizado en los contratos de primera generación con la implementación de la figura del ingreso esperado, consistente en que el contratista hacía una estimación inicial de la inversión que debía llevar a cabo para los estudios y diseños de las obras, y acordaba previamente un término para realizar el retorno de la mencionada inversión mediante la reestructuración de puntos específicos (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).

contractuales; aunque no se tuvo en cuenta a la amigable composición como mecanismo alternativo para solucionar tales controversias, si se incluyó al arbitraje técnico para resolver cuestiones técnicas de ingeniería³⁰. Es de resaltar que para la época de ejecución de estos segundos contratos ya se había expedido la Ley 446 de 1998 que, como se dejó expuesto, había limitado la amigable composición a las controversias suscitadas entre particulares; esta limitación fue reafirmada por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Concejo de Estado.

Con la configuración de los contratos de tercera generación³¹, caracterizados por la distribución de los riesgos del contrato entre las partes, se pactó en relación con las controversias presentadas en su ejecución el uso de la amigable composición como método para solucionar las controversias contractuales, y que en el caso de que la controversia no pudiera ser zanjada por los otros medios de solución de controversias, se acudiría a un tribunal de arbitramento³².

Por último, para la cuarta generación de concesiones viales³³ se expidió la Ley 1508 de 2012, por medio de la cual se estableció el marco de regulación

³⁰ En este sentido, la cláusula 62 del Contrato de Concesión No. 005 de 1999 estableció que “ *i) las divergencias que se suscitaran relacionadas con aspectos técnicos de ingeniería, serían resueltas a través de un árbitro técnico. (...) ii) Cualquier controversia que no pudiera ser resuelta técnicamente, sería dirimida por un Tribunal de arbitramento (...)*”. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA —ANI—, Contrato de concesión n.º 005 de 1999, para la construcción, rehabilitación, operación y mantenimiento de la Malla Vial del Valle del Cauca y Cauca.

³¹ Configurados en una primera etapa por medio del CONPES 3045 DE 1999, que elabora el concepto de corredores viales y plantea una política fundada en el diseño de proyectos de infraestructura contratados por concesión, en los cuales se pretendió unir los centros productivos con los puertos. Posteriormente se emite el CONPES 3413 de 2006, que sigue los lineamientos del CONPES del 99 y establece sus políticas de acuerdo con el crecimiento del comercio exterior del país.

³² AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA —ANI—, Contrato de concesión bajo el esquema de APP n.º 01 de 2017.

³³ Esta cuarta etapa es diseñada en el CONPES 3760 de 2013, que busca conectar los centros de producción con los puertos y fronteras, así como la conexión de las principales ciudades del territorio nacional, para lo que una vez más tuvo como objetivo el fortalecimiento de un sistema de vías frente al comercio exterior.

de las Asociaciones Publico Privadas —APP— con el fin de corregir los errores que se presentaron en las anteriores generaciones³⁴. En este modelo, el contrato de concesión se erige como una de las formas de APP más frecuente y desarrollada en el sistema jurídico, por medio del cual la administración pública le concede a un particular la prestación, operación, explotación, organización o gestión de un servicio público o la construcción, exportación o conservación de una obra o servicio público por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración³⁵. En este sentido, el contrato de concesión como modalidad de APP tiene como objetivo traer capital privado para la ejecución de actividades que involucran la prestación de un servicio público a cargo de las entidades públicas, de forma que estas últimas puedan resolver sus problemas financieros. Por lo tanto, para que el contrato de concesión sea un instrumento eficiente para la prestación de los servicios públicos, la administración debe establecer una adecuada redistribución de los riesgos a cargo del contratista, pero como las partes en el contrato no pueden prever de manera anticipada todas las eventualidades que podrían suscitarse durante la ejecución del contrato, la amigable composición, en tanto mecanismo

³⁴ El CONPES 3760 de 2013 alude de manera reiterada a los errores de generaciones pasadas que se buscan corregir con el inicio de esta nueva generación. Y se refiere básicamente al tema de las renegociaciones de los contratos que, tras estudios de la OCDE, se buscan disminuir para esta nueva generación. Esto lo expresa de la siguiente manera: *“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 42 promedio se incrementaron en 50 km) que explica la tercera parte de las renegociaciones estudiadas”*.

³⁵ Ley 80 de 1993, Artículo 32, Núm. 4^o: 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.

alternativo de solución de conflictos, es una herramienta para el adecuado manejo de dichos riesgos.

Por lo anterior, la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) ha elegido a la amigable composición como una herramienta apropiada para solucionar los eventuales conflictos contractuales en los contratos de infraestructura pública que ha celebrado con particulares bajo la modalidad de concesión y el sistema de APP pertenecientes a la cuarta generación de concesiones viales³⁶. Es así, como a partir de esta generación en el contenido de los nuevos contratos de concesión, se dedica un capítulo atinente a los mecanismos alternativos de solución de conflictos y, particularmente, las partes regulan ampliamente el mecanismo de la amigable composición, por lo que establecen la forma de selección de los amigables componedores, la forma en que han de ser remunerados, el procedimiento que deben llevar a cabo los amigables componedores para dirimir el conflicto, y el alcance de la decisión a la que partes acuerdan darle el carácter de irrevocable³⁷.

Como puede observarse, la amigable composición ha tenido una evolución trascendente en la legislación colombiana y en las diferentes generaciones de los contratos de concesión vial. Sin embargo, el empleo de la amigable composición en materia estatal no fue de recibo a pesar de la legislación —con la expedición de la Ley 446 de 1998 y con la jurisprudencia imperante del Consejo de Estado—, puesto que inicialmente fue vista como un mecanismo inseguro en las competencias administrativas de las entidades públicas contratantes, a pesar de que el artículo 68 de la Ley 80 de 1993

³⁶ Con la llegada de la cuarta generación, el sector infraestructura se fortaleció al aumentar la cantidad de obras de infraestructura construidas. Así las cosas, y de acuerdo con la evolución e importancia de la infraestructura en los últimos años, se debe determinar la relevancia que ha tenido la inversión privada para la evolución del sector, lo que incide de manera indirecta en la relación entre contratistas y la ANI —actual competente para celebrar contratos de concesión—, lo que a su vez tiene relación directa con la solución de conflictos que surjan entre estos.

³⁷ AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA —ANI—, Contrato de concesión bajo el Esquema de APP n.º. 01 de 2017.

permitía la utilización de dicho mecanismo por parte de las entidades estatales. Fue apenas con la expedición de la Ley 1563 de 2012 que se zanjaron todas las discusiones al respecto, dado que su artículo 59 permitía que se aplicara como mecanismo alternativo de resolución de conflictos en el que se involucraran particulares, entidades públicas o quienes ejerzan funciones públicas. En relación con la evolución del mecanismo, se constata que en los primeros contratos 1G y 2G no se empleaba la utilización de la amigable composición como mecanismo de solución de controversias, y que solo hasta la llegada de los contratos 3G y 4G se empezó a utilizar la figura visualizada como un mecanismo ágil, rápido y eficiente para la solución de conflictos.

NATURALEZA JURÍDICA DE LA AMIGABLE COMPOSICIÓN

Es necesario comenzar por la definición de la naturaleza de la amigable composición debido a que esto permitirá elaborar con posterioridad un concepto completo y preciso de dicho mecanismo, caracterizarlo e identificar sus diferencias y similitudes funcionales con los otros mecanismos alternativos de solución de conflictos.

De acuerdo con las normas que rigen a la amigable composición y con la jurisprudencia de las altas cortes colombianas, se han expuesto tres teorías, que se pueden sintetizar de la siguiente manera.

1.1.3. La tesis procesal de la amigable composición como el arbitraje en equidad³⁸

Esta postura define la naturaleza de la amigable composición como un instituto de derecho procesal desde una perspectiva organicista por el simple hecho de que se encontraba regulada en los Códigos de Procedimiento Civil

³⁸ GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán. La conciliación extrajudicial y la amigable composición, Temis, Bogotá, 2003, pp. 55-130.

como una forma o especie del procedimiento arbitral. En este sentido, en el artículo 677 del Código de Procedimiento Civil de 1970³⁹ se encontraba a la amigable composición ubicada dentro del capítulo atinente al arbitraje, y en su momento fue concebida por la doctrina como una especie de aquel, de acuerdo con la posición de legislaciones foráneas como la de España y la de Argentina⁴⁰.

Por su parte, en el derecho procesal español se concibe a la amigable composición dentro del arbitramento al considerar que el árbitro funge como amigable componedor, pues funda su decisión en su leal saber y entender⁴¹; esto quiere decir que el concepto del amigable componedor se entiende como sinónimo de arbitraje en equidad (*ex aquo et bono*)⁴². En el mismo sentido, la amigable composición en el derecho procedimental argentino es una modalidad del arbitramento —el arbitramento en equidad— y no es tratada como un mecanismo autónomo de solución de conflictos⁴³.

³⁹ Tanto en el Código de Comercio como en el Código de Procedimiento Civil de 1970, en sus artículos 2025 y 667, respectivamente, se regulaba la amigable composición como una forma de arbitraje, dado que dichas disposiciones estaban incorporadas entre las normas que regulaban el arbitraje.

⁴⁰ También en diversos organismos internacionales existen sendas consagraciones normativas que prescriben el mecanismo de la amigable composición como una clase de arbitraje —el arbitraje en equidad—, caracterizado por la presencia de un árbitro que juzga en equidad, sin tener como límite la ley sino el orden público. A saber, el artículo 59 del reglamento de arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), el artículo 21 del reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), el artículo 33.2 de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y el artículo 28.3 de la Ley-modelo para el arbitraje comercial internacional. Así mismo, en el derecho comparado, se pueden observar un conjunto de normas que instituyen al amigable componedor como una especie de árbitro, que emite un laudo de conformidad con los postulados de la equidad; por ejemplo, el artículo 636 del Código de Procedimiento Civil de Chile, el artículo 32 de la Ley 1879 de 2002 de Paraguay, el artículo 119 de la ley federal mexicana de protección al consumidor, el artículo 1478 del Código de Procedimiento Civil de Francia y el artículo 944.10 del Código Civil de Quebec, entre otros.

⁴¹ Artículo 10, Corte Española de Arbitraje. Reglamento de Arbitraje.

⁴² Exposición de motivos de la ley española de arbitraje, Ley 60 de 2003.

⁴³ De conformidad con el artículo 793 del Código de Comercio Argentino, que regula la figura de la amigable composición, se la iguala al arbitraje de conciencia mediante la nominación *juicio de amigables componedores*.

Así pues, en dichas legislaciones la amigable composición es en realidad un arbitramento cuyo laudo se emite de acuerdo con los fundamentos de la equidad, así como una institución de carácter procesal que se surte por medio de actos procesales en ejercicio de la función jurisdiccional.

Por lo anterior, y de acuerdo con las experiencias española y argentina, en la legislación colombiana, específicamente en el artículo 677 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 1214 del Código Judicial —consignado en la Ley 105 de 1931 y la Ley 2 de 1938—, el instituto de la amigable composición no fue regulado como un mecanismo de solución de conflictos autónomo sino como una manifestación del arbitraje en equidad, en el que el amigable componedor ejercía funciones jurisdiccionales, igual que en el arbitramento⁴⁴.

Sin embargo, esta teoría ya no es de recibo en Colombia, puesto que con la expedición de la Ley 1563 de 2012 la amigable composición no es una institución de carácter procesal que se surte por medio de actos procesales en ejercicio de la función jurisdiccional. Así, conforme al artículo 116 de la Constitución Política de 1991, la potestad jurisdiccional solamente es delegada para que sea ejercida por medio de particulares que ejerzan funciones de árbitros o conciliadores, y no la adjudica en cabeza de los amigables componedores.

⁴⁴ En ese sentido, el artículo 12, literal XIII, de la Ley 28 de 1931: “las cámaras de comercio podrán (...) servir de tribunal de comercio para resolver como árbitro o amigable componedor las diferencias entre comerciantes.

Por su parte, los artículos 1167 y 1216 de la Ley 105 de 1931 —Código Judicial— facultaban a los árbitros en los procesos de división de grandes comunidades para que actuaran como amigables componedores con la potestad de emitir fallos en conciencia. Dichas divisiones inmobiliarias eran confiadas a tres árbitros que tenían como prerrogativas las de establecer transacciones o amigables composiciones.

1.1.4. La amigable composición como mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos⁴⁵

La sociedad civilizada ha creado tres maneras viables de solucionar los conflictos: la autodefensa, la autocomposición, las formas híbridas de composición del conflicto (mediación y conciliación) y la heterocomposición. Un mecanismo alternativo de solución de conflictos es autocompositivo cuando las partes envueltas en la controversia son quienes por sí mismas la resuelven, sin intervención de un tercero ajeno a ellas; por el contrario, cuando la solución de la controversia es resuelta por un tercero —que puede ser plural o singular— investido por las partes con la función de decidir el conflicto con fuerza vinculante para ellas, se está en presencia de un mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos; a su vez, las formas híbridas son una mixtura entre estas, caracterizada por la presencia de un tercero ajeno a las partes en conflicto que coopera para que la disputa suscitada entre ellas sea solucionada —bien porque propone fórmulas de arreglo o bien porque facilita la comunicación entre aquellas—, pero son las partes quienes, en últimas, y por mutuo acuerdo, autocomponen su controversia⁴⁶.

En la autodefensa, el titular del derecho asume la defensa del mismo por sus propias manos. Su primera manifestación fue la regulación de la fuerza como forma sancionadora en la ley del talión —ojo por ojo, diente por diente, pero no dos ojos por uno—, que fue un sistema significativo del atraso de la humanidad. Más tarde, y en un primer esfuerzo de progreso, en el sistema de composición germano se permitió la reacción individual, familiar o de grupo, aunque tarifada; esta también fue una forma muy primitiva de intervención de la colectividad para establecer el modo de sanción ante la acción delictiva del violador. Finalmente, en la etapa moderna del derecho, en

⁴⁵ GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán. La conciliación extrajudicial y la amigable composición, Temis, Bogotá, 2003, pp. 130-150.

⁴⁶ VÉSCOVI, Enrique. Teoría General del Proceso, Bogotá, Temis, 2006. p. 6.

la que el Estado tiene la potestad sancionadora (*ius puniendi*) y, por ende, se prohíbe la justicia por la propia mano y se tipifica esta conducta como delito en el Código Penal, desaparece de manera general en el campo jurídico la forma de defensa propia que hace el titular de su derecho; no obstante, se mantienen vestigios de ella en los ordenamientos jurídicos, como la legítima defensa ante una agresión injusta, el derecho de retención, la posibilidad de cortar árboles o plantas del predio vecino, y la excepción de contrato no cumplido en el derecho de contratos. Este caso de auto tutela se caracterizan por la ausencia de un tercero distinto a las partes que pueda resolver el conflicto y la imposición de la decisión de una de las partes a la otra, y son excepciones que el Estado reconoce como solución cuando su actividad no llega o, en caso de que lo hiciera, no lo haría de manera oportuna para la defensa del derecho.

En cuanto al mecanismo de la autocomposición, la solución del conflicto es dada por las mismas partes y entre ellas mismas, sin que una de ellas imponga su decisión frente a la otra y sin intervención de un tercero ajeno a sus relaciones. Por lo general, la autocomposición se lleva a cabo mediante un contrato o negocio que contiene el acuerdo de voluntades de las partes en conflicto para darle solución. Las formas genuinas de autocomposición —como las denomina Alcalá⁴⁷— son el desistimiento, el allanamiento y la transacción. En el desistimiento, la solución viene dada por el actor, quien abandona el conflicto en sacrificio de su propio interés. En el allanamiento, la solución de la controversia viene dada por el demandado, quien reconoce la pretensión del accionante. A su vez, en la transacción, la solución del conflicto viene dada por las partes en controversia, quienes la resuelven mediante

⁴⁷ ZAMORA y Castillo, Niceto Alcalá. Proceso, autocomposición y autodefensa, México, Universidad Autónoma de México, 2000. p. 184.

concesiones o renunciaciones recíprocas de su interés; ambas formas se pueden presentar antes del proceso o dentro del mismo.

Por lo que se refiere a las maneras híbridas de solución del conflicto, se caracterizan por la intervención de un tercero diferente a las partes en contienda, pero que no soluciona ni decide el conflicto, pues su misión es solamente la de acercar a las partes y proponer fórmulas de arreglo para que sean las mismas partes las que compongan el conflicto de manera acordada. Dentro de estas formas híbridas están la conciliación y la mediación.

La conciliación es un acuerdo efectuado por las partes con la intervención de un funcionario, en virtud del cual se logra un acuerdo total o parcial de lo que se disputa y se da por finalizado un proceso, o se evita uno futuro. Dicho acuerdo produce efectos similares a los de cosa juzgada, razón por la que una vez auto compuesto el conflicto, este desaparece y ya no hay litigio para ventilar en un proceso. El tercero llamado a conciliar tiene el rol de proponer fórmulas de arreglo para que pueden ser aceptadas o no por las partes involucradas en el conflicto, y tiene la calidad de órgano público —es decir, su función es una función pública—, en virtud de lo que le incube la tarea de homologar el acuerdo logrado por las partes en controversia, que consiste en revisar el lleno de los requisitos formales para la eficacia del acuerdo. De esta manera, para que surta efecto la conciliación es necesario que el acuerdo de las partes esté encaminado hacia la autocomposición de la Litis⁴⁸, que se dé con la intervención del funcionario respectivo y que sea homologada por este. La conciliación puede ser extrajudicial o judicial, según se dé dentro del proceso o fuera de él; por ende, desde el punto de vista procesal la conciliación es un modo anormal de terminación de un proceso.

⁴⁸ CARNELUTTI, Francesco. Instituciones, Tomo I, Buenos Aires, Ejea, 2008, p. 61, número 113.

En cambio, la mediación tiene como base un acuerdo, que no se da con la intervención de un funcionario público y no supone la existencia de un litigio. Si bien en ella interviene un tercero, su gestión es privada y busca acercar a las partes para que ellas diriman sus diferencias; además, no es necesaria la homologación para darle validez al acuerdo. Es por ello que la mediación es un mecanismo para solucionar conflictos con la cooperación de un tercero imparcial, que busca facilitar la comunicación entre las partes, lo que indica que será el canal que permitirá facilitar el dialogo, restablecer la comunicación entre las partes y motivarlas para que generen propuestas mutuamente aceptables, que influyan psicológicamente en ánimo de ellas y favorezcan el arreglo, para que finalmente ellas mismas solucionen sus discrepancias.

Finalmente, la otra forma de resolver los conflictos es la heterocomposición, que implica la solución de la controversia por medio de un tercero imparcial, que interviene con el fin de lograr un arreglo. La regla de la imparcialidad caracteriza a los terceros que tienen como misión resolver el conflicto. La principal forma de heterocomposición es el proceso, que es la manera de solucionar los conflictos que pone el Estado al servicio de los particulares a través de su función jurisdiccional, que es ejercida de manera general por el juez, a quien le compete la función de solucionar los conflictos. Otra forma de heterocomposición es el arbitraje, en el que la solución del conflicto es dada por un tercero imparcial investido —bien sea por las partes o por la ley— temporalmente de la jurisdicción del Estado, que lo resuelve de conformidad con un procedimiento predeterminado. Dicho árbitro tiene atribuciones similares a las de los jueces, pues puede juzgar a pesar de que no cuenta con el poder para ejecutar sus decisiones⁴⁹.

⁴⁹ Junto a la justicia arbitral, se encuentran con la justicia en equidad o justicia de paz, a las que se les denomina en la doctrina con el nombre de equivalentes jurisdiccionales, y que están consagrados en el artículo 116 de la Constitución Política de Colombia.

Por último, la otra forma heterocompositiva de solucionar los conflictos es la amigable composición. Se considera a la amigable composición como un método orientado hacia la solución de conflictos en forma heterocompositiva debido a que las partes en disputa delegan, por medio de un convenio acordado entre ellas, la facultad para que un tercero —amigable componedor— defina en representación suya la controversia con fuerza vinculante. Por tanto, son las partes en disputa las que le confieren poder al amigable componedor para que resuelva el conflicto en su representación.

En virtud de su autonomía privada, las partes pueden acordar de manera previa a la presentación del conflicto la forma en que debe resolverse la controversia por parte del tercero componedor. Esto ha llevado a un amplio e importante sector de la doctrina y jurisprudencia colombianas a sostener que la amigable composición es un mecanismo autocompositivo de solución de conflictos, con el argumento de que son las partes mismas quienes resuelven la controversia por medio de un mandatario que las representa. Así, este sector entiende que son las partes, en calidad de mandantes, las que realizan directamente la solución del conflicto, de conformidad con lo establecido en el artículo 1505 del Código Civil: *“Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo”*. En ese sentido, se entiende que el arreglo es realizado por los pleiteantes mismos, en quienes se funda el negocio jurídico de transacción por medio del cual se dirime el conflicto.

Sin embargo, si bien es cierto que el amigable componedor tiene su origen en el acuerdo de las partes y que él actúa en representación de ellas para dirimir el conflicto, ello no naturaliza a la amigable composición como un mecanismo autocompositivo de solución de conflictos, dado que en últimas no son las partes quienes solucionan la controversia sino el tercero componedor, y las partes no tienen la posibilidad de escoger o rechazar motu proprio la

decisión final de arreglo emitida por dicho tercero. Por tal razón, lo que le imprime el carácter de heterocomposición a la amigable composición es que, por regla constitucional, la decisión del tercero que dirime el conflicto se da de manera neutral, autónoma e independiente, y es definitiva e impuesta por encima de la voluntad de las partes. Así las cosas, los amigables componedores son neutrales, autónomos e independientes para oír a las partes en la forma en que lo estimen conveniente y para recibir las pruebas que las partes en disputa le presenten, además de que tienen la potestad de resolver de plano la controversia y manifestarla por escrito a las partes para que conozcan lo decidido. La fuerza vinculante de la decisión del amigable componedor que pone fin al conflicto tiene la virtualidad de obligar a las partes contractualmente, y su incumplimiento dará derecho a la parte cumplida a solicitar la indemnización de perjuicios a la parte que incumplió con su prestación. No obstante, los amigables componedores no están investidos de jurisdicción, de acuerdo con el artículo 116 de la Constitución Política de Colombia.

De lo expuesto anteriormente se puede concluir que la amigable composición no es una forma de autodefensa en tanto que una de las partes del conflicto no impone la solución del mismo a la otra; tampoco es un mecanismo alternativo de solución de conflictos de naturaleza autocompositiva porque la solución del conflicto no es resuelta por las propias partes o por ambas; mucho menos es una forma híbrida de solución del conflicto, pues el tercero dirimente no propone fórmulas de arreglo ni busca una comunicación entre las partes. Antes bien, la amigable composición se caracteriza por la gestión de un tercero que decide el conflicto en virtud de que ha sido autorizado por las partes en forma clara y expresa, con la cual genera para las partes mandatarias una relación contractual obligatoria; dicho tercero es quien resuelve el conflicto de manera autónoma, dado que impone a las partes que representa su decisión con efectos de cosa juzgada, con lo

que le imprime a la amigable composición su naturaleza heterocompositiva. Así, el amigable componedor —regulado en la Ley 1563 de 2012— impone en su decisión final un arreglo que no está supeditado a la aprobación de las partes para ser eficaz⁵⁰.

Por lo tanto, dicho instituto es un mecanismo de solución de conflictos heterocompositivo porque, finalmente, las partes delegan en un tercero componedor la facultad para adoptar una decisión contractual vinculante para las partes y que resuelve definitivamente el conflicto. Esto es, cuando dicho tercero emite su decisión final no se limita a transcribir el querer de las partes en disputa, sino que, por el contrario, la emite con base en su propio criterio y a partir de su libre discernimiento sobre todas las perspectivas de la controversia, de forma que pueda decidir e imponer a las partes la solución última del conflicto.

1.1.5. Figura de derecho sustancial: la teoría de la relación contractual compleja⁵¹

Esta teoría considera que la amigable composición es una institución de naturaleza contractual y de derecho sustancial constituida por un negocio jurídico complejo, que tiene como ingredientes tres relaciones jurídico-negociales diferentes: el contrato de composición en sentido propio, el contrato de mandato y el contrato de transacción⁵². A continuación, se realiza

⁵⁰ En la práctica se ha visto que en los contratos de concesión celebrados bajo el modelo APP, las partes acuerdan que el alcance de la decisión del panel de los amigables componedores ante las eventuales controversias sea de carácter irrevocable y que sea acogido de manera unánime, lo que reafirma el carácter heterocompositivo de la amigable composición.

⁵¹ GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán. La conciliación extrajudicial y la amigable composición, Temis, Bogotá, 2003, pp. 130-150.

⁵² En el mismo sentido, el Consejo de Estado consideró que *"la amigable composición constituye un complejo jurídico que contiene tres contratos diferentes, a saber*
a) *El contrato de composición propiamente dicho, en virtud del cual las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión que adopten sus respectivos mandatarios, designados por ellas para tal efecto.*

una exposición detallada de cada uno de los contratos que conforman la figura misma de la amigable composición.

1.1.6. El contrato de composición o acuerdo de voluntades sobre la amigable composición

El convenio de composición o pacto de composición —también llamado compromiso contractual— es celebrado entre las partes en conflicto, quienes por medio de él se comprometen a llevar sus controversias para que sean dirimidas por lo decidido por el tercero componedor en calidad de mandatario de cada una de ellas —que ha sido elegido previamente al conflicto o con posterioridad a este—, y se obligan entre sí a respetar la decisión impuesta por aquel. Así pues, el instituto de la amigable composición debe ser convenido por las partes mediante un pacto de composición que puede materializarse en un contrato de composición o en una cláusula contractual de composición que concede e impone al componedor la potestad y el deber de realizar un convenio de transacción con fuerza contractual vinculante para los mandantes —partes en conflicto—.

Ahora bien, el contrato de amigable composición es de carácter *intuitu personae* porque son las calidades y capacidades de la persona que se constituirá en amable componedor la causa del contrato; por tanto, el componedor no podría delegar su encargo. También se entiende que si los componedores se instituyen en un cuerpo colegiado deben realizar su gestión

b) El contrato de mandato con representación, el cual es celebrado, ya no entre los contendores, sino entre cada uno de estos y su amigable componedor o entre ellos y el componedor único; se trata, como es lógico, de un mandado con representación, en virtud del cual el apoderado se obliga a celebrar, por cuenta y a nombre de su mandante, un acto jurídico que consistirá en el acuerdo que ponga fin a la controversia.

C) El contrato de transacción o uno innominado, que es el acordado entre los componedores, en ejercicio del mandado con representación que han recibido, cuyo contenido consistirá en el conjunto de estipulaciones que ellos convengan para dar solución final a la controversia". CONCEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. CP Carlos Alberto Zambrano Barrera. Radicación 2500023260002008 0014102.

de forma conjunta, de conformidad con los artículos 2153 y 1272 del Código de Comercio, y que en el evento en que se presente un mandato plural, pueden cumplir su encargo por separado, salvo que los mandantes se lo prohíban expresamente por medio de una cláusula.

1.1.7. Contrato de mandato con representación, de donde surge la responsabilidad del amigable componedor

Se trata de un contrato de mandato con representación celebrado entre las partes en conflicto y el tercero componedor, por medio del cual este se obliga a celebrar por cuenta y a nombre de aquellas un acto jurídico que le pone fin al conflicto. Este contrato crea un vínculo jurídico entre las partes envueltas en el conflicto y el amigable componedor, ya que por medio de dicho contrato este último es designado como operador del mecanismo para que actué en nombre y representación de aquellas. A partir del referido contrato surge una representación activa⁵³ en cabeza del componedor, que le da la facultad de resolver de manera autónoma e independiente el conflicto, así como de imponer su decisión a las partes interesadas.

En efecto, la representación de las partes ocupada por el componedor supone la facultad de este último para obrar a nombre de ellas, la voluntad de las partes en calidad de mandantes para realizar un convenio de transacción por medio del amigable componedor y la manifestación de la voluntad de las partes y del tercero componedor. Vale la pena aclarar con respecto a este último punto que la representación que reviste la amigable composición es voluntaria y que en ella coexisten tres voluntades: las dos voluntades de las partes-mandantes —por medio de las cuales facultan al tercer componedor

⁵³ En esa línea, Francisco Ternera afirma que: “*El mandato del amigable componedor es una representación activa que impone su total participación en la realización del acto jurídico; debe, pues, discernir sobre las diferentes aristas que le ofrece el litigio, para finalmente decidir e imponer a los mandantes su solución*”. TERNERA BARRIOS, Francisco. Amigable composición: contrato para solucionar conflictos, Revista de derecho privado, n.º 38, Bogotá, Universidad de los Andes, 2007. p. 9.

para producir el convenio de transacción que pone fin al conflicto— y la voluntad del componedor: El componedor, en ejercicio de su representación, no se limita a transcribir la voluntad de las partes, y su voluntad de decisión es concluyente en la formación del convenio de transacción.

De lo expuesto se desprende que el contrato de mandato lleva al surgimiento de un elemento esencial —que es una obligación de hacer de resultado— consistente en la ejecución de un negocio jurídico de transacción —o cualquier otro acto o negocio jurídico con los efectos de esta— que ponga fin al conflicto entre las partes, puesto que este es el fruto de la gestión que se le confía al mandatario por medio del referido contrato. Así, el amigable componedor se compromete con el resultado preciso de crear un negocio jurídico por cuenta y nombre de dos partes enfrentadas en un conflicto —mandantes—, que ponga fin al conflicto, para lo que debe explorar todas las fórmulas posibles de arreglo del mismo y observar con prudencia todas las instrucciones indicadas por los mandantes para dicha gestión. En consecuencia, al ejecutarse dicha gestión en interés de los mandantes, los beneficios y perjuicios del negocio encargado deben ser asumidos por ellos.

En cuanto a la responsabilidad del amigable componedor, consiste en un resultado determinado —elaborar el convenio de transacción—, con una prestación de hacer cuyo objeto no es incierto; por tanto, dicho tercero se liberará de su responsabilidad con el cumplimiento de la prestación específicamente debida y determinada⁵⁴; es decir, con la elaboración del convenio de transacción o con la prueba de la causa extraña. Sin embargo, en caso de que el amigable componedor no cumpla con dicha obligación y las partes interesadas hayan facilitado todo lo necesario para la ejecución de su encargo, ellas podrán demandar la indemnización de perjuicios causados por

⁵⁴ TERNERA BARRIOS, Francisco. Amigable Composición: contrato para solucionar conflictos. Revista de Derecho Privado, num. 38, junio 2007, pp. 3-17. Universidad de los Andes, Bogotá.

tal incumplimiento, y en tal evento no se exige que las partes aleguen la culpa como presupuesto de la responsabilidad del amigable componedor. Así las cosas, y debido a la calidad de la obligación del componedor, las partes están obligadas a proveer al componedor de todo lo necesario para la consecución de la gestión, pues si las partes no lo hacen el componedor podrá exonerarse de la responsabilidad por la no ejecución de la gestión; ese deber de las partes se constituye en una carga que les da la potestad de exigir del amigable componer la obligación de resultado.

De conformidad con lo planteado, se puede afirmar que a través del contrato de mandato con representación se da origen al mecanismo de la amigable composición —de allí su naturaleza contractual—, que se ve reflejada en mayor medida en tanto que el amigable componedor actúa como mandatario de los partícipes del conflicto, con la autonomía suficiente para definir el objeto de la controversia y para realizar los actos que estime convenientes con el fin de gestionar el negocio jurídico que se le encarga. Para tal efecto, el tercero componedor debe abstenerse de realizar un acuerdo excesivamente gravoso para los mandantes, dado que al tratarse de una obligación de hacer de resultado precisa, la obligación de resultado de dicho componer le impide adoptar un convenio de transacción que lesione gravemente los intereses de las partes o que imponga solamente desventajas para una de ellas, dado que uno de los efectos de la transacción es que impone sacrificios correlativos para las partes.

Al tener la amigable composición naturaleza contractual, y al tomar la forma de un mandato con representación, le son aplicables las normas jurídicas que regulan el contrato de mandato civil —artículos 2142 a 2199 del Código Civil— y las del mandato comercial —regulado en los artículos 1262 a 1286 del Código de Comercio—. Con base en estas normas, se hacen las inferencias que se presentan a continuación.

De conformidad con las citadas normas, el amigable componedor debe regirse de acuerdo con los términos del contrato de mandato de amigable composición, puesto que actúa en calidad de mandatario de las partes interesadas y se le confía la gestión de un negocio jurídico, en virtud de los artículos 2142 y 2157 del Código Civil y en concordancia con el artículo 61 de la Ley 1563 de 2012. Por ello, tiene la facultad de servirse de las estipulaciones que considere necesarias en relación con la forma en que debe llevar a cabo el contrato de amigable composición, puesto que los mandantes están obligados con el mandatario a proporcionarle lo necesario para la realización de la gestión encargada⁵⁵.

De manera que, de acuerdo con las normas citadas del contrato de mandato con representación que da origen a la amigable composición emana una doble representación de las partes en conflicto —mandatarios— en cabeza del amigable componedor, en calidad de mandatario de aquellas. Esto quiere decir que el amigable componedor no es parte del acuerdo con efectos de transacción o convención de transacción —contrato de transacción, que pone fin a la controversia— a pesar de ser él quien lo crea, pues dicha convención vincula exclusiva y estrictamente a las partes en conflicto en calidad de mandantes. De esto surge el interrogante de si es posible que las partes en conflicto en calidad de mandantes, puedan revocar el mandato al amigable componedor-mandatario, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2189 del Código Civil. Esta inquietud debe resolverse de acuerdo con uno de los brocados que gobiernan el derecho de los contratos: “las cosas en derecho se deshacen como se hacen”⁵⁶; en ese sentido, como el encargo del

⁵⁵ Al tratar la competencia de los amigables componedores se verá el objeto de la controversia de cumplimiento, incumplimiento y responsabilidad del negocio jurídico que suscita la controversia entre las partes, pues el amigable componedor tiene como límite el contrato de composición por medio del cual le confieren facultades y limitaciones de su obrar (Ley 1563 de 2012).

⁵⁶ El referido brocardo se deriva del principio del paralelismo de las formas, postulado que es planteado por la teoría del negocio jurídico, y de acuerdo con el cual todo negocio jurídico que no tenga una forma legislativamente definida y cuya función consista en modificar el contenido de otro o en extinguirlo, debe adoptar la misma forma del negocio sobre el cual se proyecta.

amigable componedor surge del acuerdo de voluntades de las partes en conflicto —mandantes—, la revocación del contrato de mandato debe hacerse igualmente por acuerdo entre ellas.

De la anterior normativa también se infiere que tanto la amigable composición como el contrato de mandato son consensuales por regla general y están disponibles tanto para personas naturales como jurídicas, públicas o privadas, de conformidad con los artículos 59 de la Ley 1563 y 2142 y siguientes del Código Civil. Así, en el evento en que una las partes en controversia sea una entidad del Estado, el contrato de mandato celebrado por esta y los amigables componedores es un contrato estatal dado que, de acuerdo con lo dispuesto en el estatuto general de contratación, son contratos estatales aquellos en los que participe la Nación y las entidades señaladas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993; por ello, basta la participación de una de esas entidades estatales para que el contrato tenga la naturaleza de estatal.

En ese orden de ideas, cuando en la amigable composición interviene una entidad estatal, la amigable composición ya no es consensual sino solemne, por lo que tiene que constar por escrito al estar sujeta a una solemnidad constitutiva que se exige para la existencia del negocio jurídico estatal.

En la teoría del negocio jurídico, los contratos se clasifican de acuerdo con el modo en que se perfeccionan, tal y como lo describe el artículo 1500 del Código Civil: *“los contratos pueden ser solemnes, consensuales o reales”*. Un contrato es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento de las partes; es decir, basta el simple acuerdo de ellas acerca de las cláusulas de contrato para que este se forme. Por su parte, los contratos son solemnes cuando, aparte del consentimiento, requieren para su formación de la observancia de una solemnidad constitutiva, de manera que sin ella no produce efectos —deviene en inexistente—. A su vez, un contrato es real cuando para que sea perfecto es necesaria la entrega de la cosa que se debe,

puesto que si la entrega no se ha producido el contrato es inexistente⁵⁷. La regla general es que los contratos sean consensuales, mientras que la excepción son los contratos solemnes y reales.

De conformidad con lo anterior, el contrato estatal es solemne, dado que para su perfeccionamiento —para que surja a la vida jurídica— se exige una solemnidad constitutiva, consistente en que debe hacerse por escrito. Tal solemnidad cumple la función de demostrar su existencia, lo que quiere decir que el documento escrito tiene la característica de ser la única prueba admisible para ello, de suerte que para acreditar la celebración de un contrato solemne, y si la solemnidad constitutiva consistía en un documento, no es admisible ningún otro medio probatorio y, por ende, la existencia del negocio no puede ser demostrada con la confesión de parte, con testimonios o con otros documentos diferentes al que constituye su solemnidad. Dicho de otra manera, al ser solemne, el contrato estatal requiere para su existencia que se eleve por escrito, y este no sólo cumple una función constitutiva sino también una función probatoria, por lo que será el escrito el único medio probatorio pertinente para demostrar su existencia. Esta exigencia se predica para la amigable composición cuando en ella está involucrada una entidad estatal.

En efecto, cuando una de las partes de la amigable composición envuelta en una controversia contractual es una entidad estatal, se requiere elevar por escrito a la amigable composición para darle existencia, y tal escrito, que se exige como solemnidad constitutiva para la existencia de la amigable composición, funge como prueba de su existencia. De tal manera, estas exigencias implican que el acuerdo contractual de sometimiento de eventuales o actuales disputas de tipo contractual al mecanismo alternativo de solución de conflictos de la amigable composición, así como el contrato de mandado celebrado entre las partes interesadas y los amigables

⁵⁷ RODRÍGUEZ Alessandri, Arturo. De los contratos, Chile, Editorial jurídica de Chile, 2011, p. 31.

componedores, deben constar por escrito, pues en caso contrario estos actos se entenderán como ineficaces⁵⁸. Lo mismo ha de predicarse de la decisión del amigable componedor, que debe emitirse por escrito.

1.1.8. Convenio final con efectos de contrato de transacción: la decisión final de los amigables componedores

Por último, tenemos el contrato que es convenido por parte de los amigables componedores, que será denominado convenio de transacción. Esencialmente, la amigable composición debe terminar con un convenio o acuerdo final emitido por el amigable componedor, que realmente no es una decisión en sentido estricto sino un compromiso contractual obtenido por las partes interesadas. Esto indica que la decisión final no debe entenderse estrictamente como una decisión, como lo dice erróneamente el artículo 60 de la Ley 1563 de 2012, dado que las decisiones son de naturaleza unilateral y la composición final —por medio de la cual los amigables componedores resuelven el conflicto— es un negocio jurídico —es decir, una convención—, que puede ser bilateral o plurilateral, mientras que el amigable componedor obre en nombre y en representación de las partes interesadas.

En efecto, dicho convenio es la declaración de voluntad de los amigables componedores, que tiene como fin solucionar la controversia de las partes, por lo que la decisión del amigable componedor se convierte en una decisión definitiva del conflicto con fuerza vinculante para las partes que, sin tener el carácter de una sentencia o laudo arbitral, pone fin al conflicto. Ello es así porque, por medio del contrato de mandato con representación, las partes

⁵⁸ Esto quiere decir que si una de las partes de la controversia es una entidad estatal, y la otra parte pretende el cumplimiento de lo dedicado por el amigable componedor más la indemnización de perjuicios con fundamento en dicho incumplimiento, la prosperidad de sus pretensiones requiere, entre otras demostraciones, que se acredite la celebración del contrato de composición y del contrato de mandato con los documentos que se exigen como solemnidad constitutiva, pues al acreditar su existencia se podrán determinar los derechos y obligaciones a favor y a cargo de cada una de las partes, para luego proceder —ahí sí— a verificar si hubo tal incumplimiento y si se causó algún daño, de conformidad con el artículo 39 de la Ley 80 de 1993.

confieren al amigable componedor la facultad de buscar una solución definitiva al conflicto, y porque de dicho contrato se infiere la calidad de la obligación del amigable componedor, quien tiene una obligación de resultado en virtud de la cual se obliga a producir una decisión con fuerza obligatoria para las partes; esto contrasta con obligaciones mutuas entre ellas, que son exigibles y oponibles jurídicamente.

Así, la obligación del amigable componedor es crear y construir el acuerdo de composición, lo que implica que, a diferencia de lo que ocurre con el árbitro, el amigable componedor no puede proferir fallos inhibitorios. Esto se justifica en tanto que la figura de la amigable composición no se fundamenta en lograr la mutua satisfacción de los intereses de las partes sino en la resolución del conflicto, por lo que la decisión que tome el componedor eventualmente puede ser —o no ser— del gusto de una, de ambas o de todas las partes interesadas; en todo caso, la decisión final es jurídicamente vinculante para ellas.

De este modo, el acuerdo final no es un contrato de transacción sino un convenio de transacción, dado que en el acuerdo final no solamente se pueden crear obligaciones sino que también se pueden modificar, constituir, transferir o extinguir algunas de ellas⁵⁹.

En este orden, la relación jurídica o el efecto vinculante que crea la decisión final del amigable componedor es de orden contractual, en el sentido que solo obliga a las partes contractualmente, y su incumplimiento dará derecho a la parte cumplida a solicitar la indemnización de perjuicios a su contraparte incumplida. Por lo tanto, su régimen legal aplicable de manera específica es la normativa que regula el acuerdo o convenio de transacción, que está contenida en los artículos 1262 a 1286 del Código Civil y, de manera

⁵⁹ Esta distinción es valiosa dado que los efectos de la convención son diferentes a los contratos. Para más detalle, véase a LARROUMET, Christian. Teoría general del contrato, Bogotá, Temis, 1999, p. 59.

general, en los artículos 59, 60 y 61 de la Ley 1563. A partir de dichas normas se puede inferir que el negocio jurídico encargado al amigable componedor es una transacción o un acto jurídico con efectos de transacción, por medio del cual se impone una decisión que pone fin al conflicto suscitado entre las partes, sin que importen las equivalencias obligacionales de estas. De la misma manera, no se le extienden al amigable componedor los límites del artículo 839 y el artículo 1274 del Código de Comercio, por lo que el componedor puede fungir como contraparte de su mandante o contratar a nombre de otra persona.

Por otra parte, y en relación con las concesiones recíprocas, la decisión del amigable componedor no tiene que acogerlas, a pesar de que ellas sean un requisito para la configuración de la transacción, tal y como lo ha manifestado la jurisprudencia colombiana, en el sentido que ha establecido que para que exista transacción se requiere que los contratantes terminen voluntariamente una controversia actual o que eviten una que está por nacer mediante el abandono recíproco de una parte de sus pretensiones o mediante la promesa que una de ellas hace a la otra de alguna cosa para obtener un derecho claro y preciso⁶⁰. Pues bien, el convenio de transacción al que llega el amigable componedor en su decisión final no debe incluir este último requisito, denominado concesiones recíprocas de las partes.

Debido a que el acuerdo o convenio de transacción es emitido por los amigables componedores, tiene los efectos del contrato de transacción y tiene efectos de cosa juzgada de última instancia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2483 del Código Civil.

⁶⁰ Sobre este punto la Corte suprema de Justicia, ha expresado lo siguiente: “*El contrato de transacción supone como condiciones de su formación: a) el consentimiento de las partes; b) la existencia actual o futura de una desavenencia, disputa o desacuerdo entre las mismas; y c) la transacción supone reciprocidad de concesiones o de sacrificios por parte de cada uno de los contratantes*”. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 30 de noviembre de 2006, MP. Marina Pulido Varón.

De estas tres relaciones contractuales que contiene la amigable composición, surge la naturaleza contractual de la misma, lo que permite afirmar que este mecanismo es un instituto de naturaleza contractual, no procesal, regido por el derecho sustancial, y de cuya naturaleza surgen las siguientes implicaciones jurídicas.

1.1.9. Importancia jurídica de la naturaleza de la amigable composición como instituto de carácter contractual de derecho sustantivo y no de derecho procesal

La amigable composición es un mecanismo alternativo de solución de conflictos de naturaleza contractual⁶¹, no procesal y de derecho sustancial, por lo que el amigable componedor no ejerce función jurisdiccional⁶² y es un tercero delegado en ejercicio puramente contractual. Esto implica que el trámite de la amigable composición es de carácter sustantivo y no constituye un proceso en sentido técnico, por lo que la no observación de su procedimiento no vulnera el principio del debido proceso constitucional, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política.

Así, el incumplimiento del trámite de la amigable composición por las partes no constituye una vía judicial de hecho, razón por la que este hecho no

⁶¹ En este mismo sentido, el Concejo de Estado resaltó: “*es de la mayor importancia recabar sobre el carácter contractual de la amigable composición y observar que no constituye una instancia jurisdiccional de solución de conflictos, ni un procedimiento judicial. Los componedores carecen de las potestades del juez y no hacen parte de la administración de justicia*”. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección A. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón (E), concepto 15 de abril de 2015, Rad. 11001-03-26-000-2010-00004-00 (38053).

⁶² Sobre el particular la corte Constitucional expresó que: “la actividad de los amigables componedores no tiene carácter de función pública, ella se enmarca dentro del ámbito contractual (...) las actuaciones realizadas por los amigables componedores no corresponden a una manifestación del ejercicio de la función jurisdiccional del Estado (...)”. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-091 de 2000. MP. Álvaro Tafur Galvis.

podrá alegarse vía acción de tutela, en tanto que dicho trámite no tiene el carácter de un proceso jurisdiccional; simplemente es un trámite contractual⁶³.

Por ende, cuando una de las partes en contienda haya sido renuente o haya desobedecido el trámite, dará acciones de incumplimiento contractual a la parte que ha cumplido con el trámite y con lo dispuesto por el amigable componedor en contra de aquella, tal como quedó expuesto a la hora de caracterizar a la amigable composición como un mecanismo de solución de conflictos heterocompositivo, puesto que la decisión del amigable componedor tiene la fuerza vinculante de la obligación contractual en el sentido en que obliga a las partes contractualmente, y su incumplimiento dará derecho a la parte cumplida a solicitar la indemnización de perjuicios a su contraparte renuente.

En virtud de tal naturaleza, y de manera general, a la amigable composición no le son aplicables las reglas y principios que rigen el derecho procesal⁶⁴ y la impugnación de los actos procesales, por lo que no es viable interponer recursos procesales contra las decisiones del amigable componedor y en contra del acuerdo o convención que pone fin al conflicto. Solo es viable atacar tales decisiones mediante las acciones de nulidad

⁶³ En este punto es importante tener en cuenta que, debido a que la amigable composición es un instituto eminentemente contractual, regido por el derecho de los contratos, no se puede alegar la vía judicial de hecho por medio de la acción de tutela frente a las decisiones del amigable componedor, al no ser emitidas en uso del poder jurisdiccional. Sin embargo, por su misma naturaleza contractual, es posible hacer uso de la acción de tutela cuando se violen derechos fundamentales de las partes por medio del trámite de dicho instrumento o a través del acuerdo final emitido por el amigable componedor. Ello es posible en virtud de la constitucionalización del derecho privado, y con este, del derecho de los contratos, lo que implica que en la ejecución de los contratos no solo debe tenerse en cuenta lo pactado por las partes sino, fundamentalmente, el respeto de los derechos fundamentales. Así, como norma de aplicación concreta —de acuerdo con la denominación dada por Kelsen en su teoría pura del derecho—, los contratos deben ajustarse a la constitución como norma de normas —artículo 4 de la Constitución Política—, y si una cláusula del contrato viola un derecho fundamental, puede hacerse uso de la acción de tutela para protegerlo. Lo mismo debe predicarse para la amigable composición dada su naturaleza contractual, ya que cuando en su ejecución o en su decisión final se vulneren derechos fundamentales, estos pueden salvaguardarse mediante la invocación de la acción de tutela, consagrada en la Constitución Política para tal efecto.

⁶⁴ Con excepción del debido proceso y el derecho de contradicción, cuya aplicación puede ser acordada por las partes para que rija las actuaciones de los amigables componedores.

establecidas en el Código Civil para el negocio jurídico, y en la Ley 80 de 1993 por remisión a la legislación civil, cuando se ha dado lugar a un vicio que afecta la validez del acto jurídico.

En efecto, lo más importante de la naturaleza contractual de la amigable composición es que, en virtud de ella, le son aplicables las normas que regulan el régimen general de los contratos en el Código Civil, especialmente los requisitos de existencia y validez del negocio jurídico y la teoría de las sanciones del negocio jurídico. Es decir, dada la naturaleza contractual de este mecanismo, al acuerdo del amigable componedor solamente se le exigen los requisitos de existencia y validez del negocio jurídico, razón por la que no es susceptible de ningún recurso de tipo procesal. Ello es así porque en la ley no se prevén exigencias de tipo formal para la eficacia o validez del acuerdo de composición pues, en ejercicio de su autonomía privada, las partes interesadas pueden definir libremente los límites, condiciones y requisitos que consideren necesarios en cuanto a la forma en que debe adelantarse la amigable composición. Dicho de otra manera, como el procedimiento de la amigable composición y los contratos que la conforman —entre ellos, el acuerdo final— son cuestiones de índole sustantivo y contractual, el control judicial se debe hacer por medio de las acciones contractuales ordinarias y la acción de controversias contractuales cuando una de las partes en conflicto sea una entidad estatal.

Por otra parte, el acuerdo final o convenio de transacción que pone fin al conflicto puede ser impugnado por medio de la acción de rescisión o nulidad de acuerdo con las reglas establecidas en el Código Civil. Esta manifestación de la naturaleza contractual de la amigable composición es importante puesto que, al aplicarse la teoría del negocio jurídico, las nulidades en materia de amigable composición son de carácter sustancial —esto es, son las mismas del negocio jurídico—, más no las del proceso jurisdiccional. Así, a raíz de tal naturaleza contractual, a la amigable composición no se le aplican las

nulidades procesales que tienen cabida en todo proceso judicial, sino las nulidades del negocio jurídico, que son la nulidad absoluta y la nulidad relativa —también llamada rescisión en el Código Civil—⁶⁵.

Es importante tener clara la procedencia de las nulidades, porque en la práctica se han presentado confusiones relacionadas con las partes envueltas en un conflicto, sobre todo cuando hay una entidad estatal de por medio, pues se busca atacar la nulidad del trámite de la amigable composición o la decisión emitida por el componedor mediante la reclamación de la existencia de nulidades procesales regidas por el Código General del Proceso, cuando las que operan son las nulidades del contrato: nulidad o rescisión.

Para concluir, la amigable composición no está sometida a una estructura procesal en sentido técnico debido a su naturaleza esencialmente contractual, propia de una institución de derechos sustantivo; por tanto, para su eficacia⁶⁶ no se requiere tipo alguno de requerimiento procesal como presupuesto de su validez, más allá de los requisitos de existencia⁶⁷ y validez⁶⁸ del negocio jurídico. Esto es así porque, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, las partes tienen la facultad de fijar libremente los límites, condiciones y requisitos que estimen pertinentes en cuanto a la forma en que

⁶⁵ El Código Civil utiliza la expresión *rescisión* para referirse a varios fenómenos —en muchos casos para referirse a la nulidad relativa—, pero también habla de la *recisión* para referirse al fenómeno en el cual se destruye el negocio por lesión enorme, y también para la forma en que se sancionan los vicios ocultos. Para efectos de la Ley 1563 de 2012, la rescisión y nulidad relativa son lo mismo.

⁶⁶ Es usual que se utilice la expresión ineficacia de manera genérica y de manera antitécnica para hacer referencia a todo lo que afecte el negocio jurídico. La ineficacia consiste en que el acto o contrato no produce los efectos, y sus manifestaciones son la inexistencia y la invalidez. Ambas producen problemas en los efectos del negocio, en el sentido en que ellos no se produjeron —inexistencia— o no se van a producir, o cuando menos se produjeron, pero están llamados a desaparecer —invalidez—.

⁶⁷ La inexistencia es la situación en que queda un negocio jurídico que proyectó celebrarse, pero no alcanzó a formarse por la omisión de un elemento estructural. Son elementos estructurales del negocio la falta de la expresión del querer dispositivo, la falta de objeto, la falta de causa del negocio, la ausencia de formalidades constitutivas que la ley exige para el perfeccionamiento del negocio y la omisión de un elemento esencial del negocio. Así, por ejemplo, sería inexistente el contrato de composición en el que se omita la obligación de hacer de resultado del amigable componedor, por ser este un elemento esencial de dicho contrato, y al omitirse se entiende que el acto no alcanzó a formarse.

⁶⁸ El concepto de validez se desarrollará en el acápite de las nulidades en la amigable composición.

debe adelantarse la amigable composición. Si las partes no lo establecen, será el trámite establecido por un centro especial constituido para tal efecto, previa aprobación del Ministerio de Justicia, como los centros de conciliación, arbitraje y amigable composición. Sin embargo, puede ocurrir que ni las partes ni el reglamento definan las reglas especiales para tramitar la amigable composición; en este caso, y en virtud del contrato de mandato, el amigable componedor está facultado para cumplir en debida forma su gestión, aunque bajo ninguna circunstancia el trámite que decida instaurar el componedor corresponde a una expresión del derecho procesal.

En efecto, la amigable composición es un mecanismo alternativo de solución de conflictos de naturaleza heterocompositiva contractual compleja y no procesal, con el cual se pone fin a una controversia de manera impositiva y con efectos de transacción, por medio de un trámite contractual regido por la ley y acordado voluntariamente por las partes interesadas, y cuya inobservancia o incumplimiento del convenio final constituye nulidades sustanciales que dan lugar a incoar acciones contractuales y a la aplicación de la teoría del negocio jurídico⁶⁹.

⁶⁹ Se regresa sobre este punto al tratar el tema de las nulidades de la amigable composición, en capítulo aparte.

EFFECTOS DE LA DECISIÓN, COMPETENCIA Y TRÁMITE DE LA AMIGABLE COMPOSICIÓN

1.1.10. Concepto y características

La amigable composición es un método alternativo de solución de conflictos heterocompositivo y regulado en la ley, que tiene como finalidad definir un conflicto entre dos partes que tienen una relación jurídica sustancial⁷⁰. Así, el artículo 59 de la Ley 1563 de 2012 define la amigable composición de la siguiente manera:

“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”.

En relación con lo consignado en el inciso primero del citado artículo de la Ley 1563 de 2012, es importante indicar que antes de su consagración existió una discusión sobre si la utilización de la amigable composición era viable o no cuando estaba involucrada una entidad estatal. Si bien el artículo 68 de la Ley 80 de 1993 establecía expresamente que las entidades estatales podían utilizar este mecanismo, la posterior expedición de la Ley 446 de 1998 —cuyo objetivo era dictar normas para solucionar controversias en forma “ágil

⁷⁰ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ Centro de Arbitraje y Conciliación, Tribuna arbitral de Sociedad concesionaria Montes de María S.A.S. contra la Agencia Nacional de Infraestructura —ANI—: Laudo arbitral, julio 13 de 2018, pp. 55-58.

rápida y directa” — no reguló a la amigable composición, pues en su artículo 130 se refirió a ella simplemente como un mecanismo alternativo de solución de conflictos que solo era aplicable el régimen privado. Con base en este artículo, el Consejo de Estado⁷¹ consideró que la amigable composición solo era aplicable para particulares y no para entidades estatales y que, en efecto, el artículo 68 de la Ley 80 de 1993 se encontraba derogado tácitamente. Definitivamente, con la expedición de la Ley 1563 de 2012, y en específico con su artículo 59, se resolvió la discusión sobre la aplicabilidad de la amigable composición por parte de entidades estatales, dado que permite que acudan a ella particulares, entidades públicas o quienes desempeñen funciones administrativas⁷².

De la definición contenida en la referida ley, y con base en lo expuesto, se infieren las siguientes características de dicho mecanismo:

- Es un mecanismo alternativo heterocompositivo de solución de conflictos, establecido para definir —con fuerza vinculante— conflictos surgidos de contratos en que intervengan particulares, entidades públicas, o particulares en ejercicio de funciones administrativas y/o funciones propias del Estado.
- Por medio del contrato de mandato, las partes encargan a un tercero de la definición de una controversia.
- La decisión del componedor tiene fuerza vinculante y no es susceptible de ningún recurso de índole procesal, aunque sí de la nulidad y rescisión de los contratos.

⁷¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de consulta y servicio civil, Concepto del 13 de agosto de 2009, MP. Enrique José Arboleda Perdomo.

⁷² De momento basta mencionar que es permitido el uso de la amigable composición para dirimir controversias contractuales, tanto para particulares como para entidades públicas, lo que permite estructurar el concepto del instituto en estudio. Sobre esto se vuelve en el acápite de los antecedentes y evolución de la amigable composición en derecho administrativo, aunque con más detalles.

- Su procedimiento es eminentemente contractual y, de manera general, se desarrolla en la forma acordada autónomamente por las partes en conflicto.
- La decisión del amigable componedor es una convención o acuerdo de naturaleza contractual, con efectos inter partes y de cosa juzgada, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 2483 del Código Civil.
- No es un tribunal, es la composición de la controversia por terceros no investidos de jurisdicción, por lo que su decisión carece de fuerza jurisdiccional y solo obliga contractualmente.
- La controversia que se somete a conocimiento de los amigables componedores es de origen netamente contractual.
- El número de amigables componedores podrá ser plural o singular.
- La declaración de voluntad de acudir a la amigable composición deberá estar en una cláusula contractual o en un contrato independiente; es decir, que según sea el caso, dicha declaración se convierte en un contrato adicional y modificatorio al contrato que le dio origen al conflicto.
- A través del ejercicio de la autonomía de la voluntad, las partes delegan o encargan a un tercero para que dirima la controversia en su nombre y representación, en calidad de mandatario. Así, el vínculo que se establece entre el amigable componedor y las partes surge y se enmarca en el contrato de mandato con representación celebrado por ellas.
- Está compuesta por tres relaciones contractuales: el contrato de composición propiamente dicho, el contrato de mandato con representación y el convenio con efectos de transacción por medio del

cual un tercero imparcial da la solución a una controversia a través de una decisión con efectos de transacción, en virtud de un mandato que le ha sido otorgado por las partes en conflicto.

- Puede ser empleada como paso previo para acudir al arbitraje cuando las partes han convenido una cláusula compromisoria multifuncional.

Con base en las anteriores características, se definirá la amigable composición como un mecanismo alternativo de solución de conflictos heterocompositivo, de naturaleza contractual y legal, por medio del cual los particulares, el Estado, los particulares en ejercicio de funciones administrativas y/o propias del Estado, encargan a un tercero la facultad de dirimir una controversia de carácter contractual, con efectos vinculantes para ellas.

1.1.11. Efectos y decisión en equidad

La decisión del amigable componedor produce los efectos legales propios de la transacción, de acuerdo con el inciso segundo del artículo 60 de la Ley 1563 de 2012. En ese sentido, los efectos propios de la decisión del amigable componedor son aquellos dispuestos en el artículo 2483 del Código Civil atinentes a la producción del efecto de cosa juzgada en última instancia, contra la cual solo podrá pretenderse la declaración de nulidad o la rescisión. Por lo tanto, la única forma de controvertir dicha decisión es demandar su eficacia como negocio jurídico, siempre y cuando se demuestren los eventos que dan lugar a la invalidez del acto jurídico y que conllevan a la sanción del acto, que según el caso se puede hacer con la nulidad absoluta o nulidad relativa —o rescisión— en ejercicio de la acción de nulidad, al tenor de lo dispuesto en los artículos 1502 y 1740 del Código Civil.

El referido artículo finaliza con siguiente enunciado: “salvo convención en contrario, la decisión del amigable componedor estará fundamentada en la equidad, sin perjuicio de que el amigable componedor haga uso de las reglas

de derecho, si así lo estima conveniente”. Por regla general, los amigables componedores tienen la posibilidad de emitir su decisión en conciencia, con base en las reglas de la experiencia y el sentido común, y solamente acudirán a las normas de derecho si las partes así lo convienen expresamente.

A su vez, si las partes no acuerdan el tipo de decisión, la descripción de la norma citada dispone que la orientación de la decisión será la equidad —disposición que conlleva al criterio de lo justo— y la aplicación de principios constitucionales como la buena fe e igualdad —que sirven como parámetros de importancia en la consecución de las obligaciones del amigable componedor a la hora de emitir su decisión en equidad—. La buena fe introduce a las relaciones jurídicas el valor ético de la confianza legítima, de forma que le requieren al componedor realizar actos y trámites indispensables para lograr un cumplimiento honesto y leal de su gestión, así como recurrir a las mejores herramientas para lograr un acuerdo final de la controversia que sea justo, ecuánime, lógico y razonable. Por su parte, el principio de igualdad implica que es deber del amigable componedor asegurar la igualdad de armas de las partes en conflicto, lo que le otorga a las partes las mismas oportunidades de acción y oposición del tema controvertido, de manera que se permita la formación de un juicio libre, debidamente motivado y recto.

Se había dicho que la Ley 1563 de 2012 establece expresamente que las entidades públicas o quien ejerza funciones públicas, al igual que los particulares, podrían utilizar la amigable composición para solucionar sus controversias. Pues bien, en relación con el evento en que una de las partes del conflicto sometido a la amigable composición sea una entidad pública, surge el interrogante acerca de si la decisión emitida por el componedor podría ser en equidad o en derecho. La respuesta a este interrogante la ofrece el artículo 2 de la Ley 1742 de 2014, que modificó el literal a del artículo 14 de la Ley 1682 de 2013 así: “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”.

1.1.12. Competencia

Las materias que se pueden someter a conocimiento y decisión de la amigable composición incluyen toda clase de controversias relacionadas con el Estado, las partes y la forma de cumplimiento de un negocio jurídico, siempre que sean susceptibles de transacción; esto es, que recaigan sobre pretensiones de contenido económico y carácter patrimonial.

De conformidad con lo anterior, el amigable componedor tiene la facultad de resolver de manera integral la disputa, por lo que tiene amplia libertad para componer la contienda e imponer cualquier forma de solución, que puede encuadrar dentro de las denominaciones “estado y forma de cumplimiento”; adicionalmente, tiene como límites las materias que requieren pronunciamiento judicial, como la nulidad absoluta o relativa y la resolución del contrato. Esto quiere decir que, una vez constatada la causal de nulidad, el amigable componedor no puede declarar la nulidad —porque no es juez— pero puede abstenerse de hacer que se produzcan los efectos de ese contrato en virtud de la existencia de una causal que afecta la nulidad del mismo. Lo mismo ocurre con la resolución del contrato, que no puede declararla el amigable componedor sino únicamente el juez pues, surgido el incumplimiento por parte de una de las partes, se da lugar a la posible declaración de resolución del contrato; en este caso, el amigable componedor no tiene facultades para decretar tal nulidad sino solo para ordenar la indemnización de perjuicios a cargo de la parte incumplida.

En lo que se refiere a las controversias surgidas de un contrato estatal, al amigable componedor le está prohibido conocer de la legalidad de los actos administrativos proferidos en ejercicio de las potestades excepcionales de la

administración. Así, quedan por fuera del conocimiento de la competencia del amigable componedor las decisiones que supongan el análisis de legalidad de los actos administrativos emitidos con fundamento en las facultades concedidas por el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en virtud de las cuales las entidades estatales declaran unilateralmente la caducidad al contratista u ordenan la reversión, o modifican, interpretan o terminan unilateralmente el contrato, a través de actos administrativos. La referida restricción a la competencia del amigable componedor se fundamenta en que la legalidad de los actos administrados es manifestación de la soberanía del Estado y no puede ser objeto de negociación entre los particulares porque contraviene el orden público.

En virtud de la naturaleza contractual de la amigable composición, la decisión de los amigables componedores es contractual y, al estar en el ámbito contractual, existe un margen para la autonomía de la voluntad, cuya única limitante consiste en que la amigable composición recaiga sobre materia de libre disposición.

1.1.13. El trámite de la amigable composición

La Ley 1563 de 2012 concede a las partes la posibilidad de fijar libremente el trámite que debe surtir el amigable componedor, así como la facultad de elegir el procedimiento establecido en un reglamento de amigable composición de un centro de arbitraje respectivo; en todo caso, se debe respetar el derecho de igualdad de las partes y el derecho de contradicción de argumentos y pruebas⁷³.

⁷³ A juicio de la Corte Constitucional, los centros especializados en el manejo de los mecanismos alternativos de solución de conflictos deben contener como mínimo tres etapas al momento de diseñar los trámites por medio de los cuales se debe adelantar la amigable composición:

- La audiencia de apertura, en la que 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,

De acuerdo con la postura contractualista que se ha expuesto en este trabajo, el legislador no determinó consecuencias o sanciones ante el incumplimiento del trámite fijado por las partes o del trámite estipulado por un centro de arbitraje que fue elegido por aquellas; así, tal inobservancia constituye un incumplimiento del contrato de mandato por parte del amigable componedor y no una falta de capacidad de este, por lo que el contrato le es inoponible a las partes, de conformidad con los artículos 841 y 1266 del Código de Comercio. Dicho de otra manera, la vulneración por parte del amigable componedor del trámite acordado por las partes o por remisión del centro de arbitraje es un actuar de aquel por fuera de los límites establecidos en el contrato de mandato, por lo que este contrato le es inoponible a las partes.

La competencia única del legislador para configurar los procedimientos no se aplica para las actuaciones de los amigables componedores porque el trámite de la amigable composición —como ya se ha insistido en varias oportunidades— no es un procedimiento jurisdiccional ni administrativo sino un trámite de naturaleza contractual y, en efecto, en su estructuración se da amplia libertad a la autonomía de las partes, dado que ellas deciden acudir a la amigable composición para instituir las directrices que debe cumplir el mandatario en aras de resolver la controversia.

Con todo, y de conformidad con la naturaleza contractual de la amigable composición, el tercero componedor carece de los poderes jurisdiccionales del juez y sus decisiones no se toman en ejercicios del poder

y adicionalmente se insista a las partes para que presenten los elementos de juicio que pretendan hacer valer.

- La etapa de investigación, para investigar y estudiar el problema, examinar documentos, realizar entrevistas con terceros y las partes y, en general, para realizar todas las gestiones esenciales para que el amigable componedor forme su propio juicio.

- La etapa de la audiencia de decisión, en la que se presenta la solución de la controversia debidamente firmada por el componedor y se explica su alcance jurídico. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-017 de 2005. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

jurisdiccional del Estado; por ende, se trata de una actuación contractual con efectos contractuales, lo que supone en primer lugar que las partes, en virtud de su autonomía de la voluntad, determinan libremente el trámite por medio del cual se va a adelantar su controversia, y en segundo lugar que la decisión emitida por el componedor es de carácter contractual y no una sentencia judicial, por lo que vincula solamente a las partes contratantes y no se puede atacar por medio de los mecanismos de impugnación consagrados para las sentencias judiciales, aunque sí por medio de la nulidad de los contratos.

DIFERENCIA DE LA AMIGABLE COMPOSICIÓN CON OTROS MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Del concepto dado de la amigable composición se tiene que es un mecanismo alternativo de solución de controversia, de carácter autónomo, con un régimen jurídico propio y con un ámbito de aplicación especial.

1.1.14. Diferencias con la transacción

En el capítulo atinente a las materias objeto de controversia en la amigable composición se afirmó que podían ser sometidas a conocimiento de la amigable composición aquellas materias susceptibles de resolverse por transacción; también se expuso, al hacer referencia a la naturaleza jurídica de dicho instituto, que la decisión del amigable componedor es un negocio jurídico-convención con efectos de transacción. Lo primero no implica que la amigable composición sea una especialidad de la transacción, ni lo segundo que el acuerdo final equivalga a una transacción en sí misma. La amable composición es una figura autónoma y sustancialmente diferente a la transacción en el sentido de que el amigable componedor puede conceder el derecho a una sola de las partes, y establecer obligaciones únicamente a cargo de una parte y por la totalidad de la pretensión disputada, lo cual es opuesto a lo que sucede en la transacción, en donde se requiere de las

renuncias mutuas. Es de advertir que el requerimiento no es de ley, pero ha sido planteado por la jurisprudencia y doctrina nacionales.

En ese orden, ambas figuras son cercanas, pero presentan diferencias esenciales, las cuales se puede sintetizar de la siguiente manera:

Tabla 1. Diferencias entre la transacción y la amigable composición

Transacción	Amigable composición
Contrato único	Método alternativo de solución de conflictos de naturaleza contractual, que involucra la concurrencia de otros contratos principales e interdependientes a saber: el contrato de composición, el mandato con representación y la convención o acuerdo final con efectos de transacción
El acuerdo de las partes queda registrado en un contrato nominado transacción, el cual es escrito por las partes mismas	El acuerdo logrado por el componedor en representación de las partes es suscrito por él, y consignado en un negocio jurídico o convención, el cual puede ser transaccional o no
Es una forma de autocomposición, pues la solución del conflicto se da a través de un arreglo exclusivamente negociado por las partes	Es un mecanismo heterocompositivo, dado que la fórmula de arreglo se delega en un tercero
Implica renuncia recíproca entre las partes	No hay renuncia de las partes
La solución del conflicto es dada por las mismas partes en conflicto, sin que una de ellas imponga su decisión frente a la	El conflicto es resuelto por un tercero de manera impositiva, autónoma e

otra, y sin intervención de un tercero ajeno a sus relaciones	independiente en calidad de representación de las partes en disputa
La representación no es requerida, pero puede darse	En todos los casos, sin excepción, requiere de la representación

Fuente: Elaboración propia.

No obstante, las marcadas diferencias de ambas figuras, es de recordar que el efecto de transacción del acuerdo final del amigable componedor atribuido por la ley le imprime el carácter de contractual a dicho convenio, por lo que este solo puede ser impugnado alegando específicamente la rescisión o nulidad prevista en el código civil para el contrato de transacción.

1.1.15. Diferencias con el contrato de mandato

La doctrina y la jurisprudencia colombianas han considerado la amigable composición como una especie de mandato, lo cual es errado puesto que la amigable composición es una figura autónoma del mandato y este constituye un medio para el desarrollo de aquella. De esta manera, tenemos que la amigable composición es una figura autónoma del mandato, que se sirve del contrato de mandato con representación para su puesta en movimiento, para su operatividad, esto es, contiene al mandato en su estructura, pero no es un mandato en sí mismo, puesto que a la amigable composición no se aplican todas las normas que son propias de la naturaleza del mandato, ni mucho menos sus elementos esenciales.

Teniendo en cuenta que los elementos esenciales y las normas del mandato no son aplicables en su totalidad a la amigable composición, esta no es una especie de mandato, más bien, está compuesta en su estructura sin ser una especie de este. Ello es así, en atención a las siguientes particularidades:

- El artículo 1262 del Código de Comercio consagra que: “el encargo consistirá en la celebración o ejecución de uno o más actos de comercio”. Sin embargo, este encargo no compete a la labor encomendada al componedor: dirimir una controversia contractual, tarea que no constituye un acto de comercio.
- La teoría del negocio jurídico se tiene que el contrato de mandato es *intuito persoane*, siendo un elemento de la esencia de este contrato la confianza que el mandante deposita en el mandatario. Por el contrario, es frecuente en la práctica que, conforme a los reglamentos de los centros de arbitraje, el amigable componedor sea nominado por un centro de estos, siendo escogido como componedor alguien que no conoce las partes en conflicto, lo cual desvirtúa el elemento esencial de confianza que se exige en el contrato de mandato.
- Así mismo, en la teoría referida se considera que es esencia del contrato de mandato que sea revocable, según los artículos 1279 y 2191 del Código de Comercio y Código Civil, respectivamente. Una vez ha sido designado el amigable componedor y este ha aceptado el encargo, ninguno de los contratantes de manera autónoma puede revocar el mandato, pues permitir que de manera unilateral uno de los mandatarios revoque el mandato al amigable componedor, sería darle facultades a la parte renuente para bloquear el procedimiento de amigable componedor. Sin embargo, eso podría atenuarse conforme a los principios que gobiernan el derecho, uno de ellos, el paralelismo de las formas, que consiste en afirmar que “las cosas en derecho se desechen como se hacen”; en ese sentido, como el encargo del amigable componedor surge del acuerdo de voluntades de las partes en conflicto —mandantes—, de igual manera, la revocación del contrato de mandato, debe igualmente hacerse por acuerdo entre ellos.

- De igual manera, en materia contractual se sostiene, conforme al artículo 1263 del Código de Comercio, que es un elemento esencial al contrato de mandato el deber del mandatario de seguir las instrucciones del mandante, sin excederse en actuaciones ajenas al giro ordinario de los negocios de este, exceptuando facultades expresas dadas en tal sentido. Esta limitante no se aplica para la gestión encomendada al amigable componedor, pues al tener la amigable composición la característica de ser un mecanismo alternativo de solución de conflictos en forma heterocompositiva, dicho tercero es autónomo, neutral e independiente a las partes en contienda, por lo cual, no debe imponérsele ninguna limitante a su actuación. Siendo aún más autónomo el tercero componedor cuando es autorizado por las partes a fallar en equidad, dado que debe resolver el conflicto de acuerdo a su leal saber y entender, sin consultar de manera previa a las partes, como lo establece de manera diferente el artículo 1267 del Código de Comercio, para el mandato comercial

Por lo anterior, la amigable composición no es una especie del contrato de mandato, sino que es una institución totalmente autónoma y diferente a este, cuyo fin es solucionar una controversia contractual con carácter vinculante para las partes. El mandato es el instrumento por medio del cual se pone en operatividad a la amigable composición y surge la representación de las partes en contienda en el amigable componedor, regulando los efectos contractuales de la relación entre las partes y el amigable componedor.

1.1.16. Diferencias con el arbitramento

Antes de exponer las diferencias de la amigable composición con el arbitraje, es necesario señalar los puntos que tienen en común. Pues bien, ambas figuras son mecanismos alternativos de solución de controversias. El arbitraje ha sido señalado como un mecanismo alternativo de solución de conflictos por

medio del cual las partes en conflicto invisten a los particulares de la función de administrar justicia. Por su lado, la amigable composición también se encuadra dentro de los mecanismos alternativos de solución de controversias, de manera que los dos mecanismos son una “alternativa” al poder jurisdiccional del Estado expresado en el encargo a un particular de la solución de un conflicto, sin que sean equiparables. Así mismo, los dos mecanismos se caracterizan por tener su origen, en la Constitución Política, para el arbitraje, y en la Ley, para la amigable composición, en la voluntad de las partes. En este orden, la posibilidad de recurrir a los dos requiere que las partes hubiesen convenido someter sus diferencias a cualquiera de ellos. Este aspecto es relevante dado que muestra que son las partes en conflicto las que, en ejercicio de su autonomía privada, acuerdan sustraer su disputa de la jurisdicción del Estado. Así, la convención de las partes de acudir a estos dos mecanismos se concreta por medio de una cláusula contractual en el contrato relevante o en un contrato independiente, de acuerdo con el inciso 2º del artículo 30 de la Ley 1563 de 2012 para el arbitraje, y el artículo 59 de la referida Ley para la amigable composición. Finalmente, se considera que ambos mecanismos son heterocompositivos dado que, por medio de ellos, las partes en conflicto someten su solución a un tercero autorizado por ellas mismas para solucionarlo en forma obligatoria a través de una decisión de carácter obligatorio e imperativo, con independencia y autonomía de la voluntad de las partes. Solo que, como se va a ver a continuación, en la amigable composición, la decisión del tercero componedor es un negocio juicio con efectos de transacción; entre tanto, en el arbitraje, la decisión del árbitro es una sentencia judicial en sentido estricto.

En efecto, entre el arbitraje y la amigable composición se cuentan elementos comunes, pero tienen diferencias estructurales y funcionales, a saber:

- La amigable composición, por regla general, puede desarrollarse en la forma acordada autónomamente por las partes y su trámite no está sujeto a ninguna formalidad imperativa para su validez. En cambio, el arbitraje, en cuanto a su tramitación, se encuentra sujeto lo dispuesto por la ley, y es un trámite formal. De tal manera que, si se omite su rigurosidad, se aplican las nulidades procesales reguladas por el Código General del Proceso.
- Los componedores no ejercen función jurisdiccional, su actividad es una gestión contractual que se encuadra en lo encargado por las partes en conflicto; por lo tanto, dicho tercero funge como representante de ellas, diciendo el conflicto con la facultad propia del negocio jurídico de transacción. Al contrario, los árbitros si están investidos de la función de administrar justicia, de acuerdo con el artículo 116 de la Constitución Política y el artículo 8 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia —Ley 1285 de 2009—, que desarrolla el citado precepto constitucional, así:

“(…) pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros debidamente habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad. De esta redacción se deduce que los amigables componedores no están incluidos entre quienes pueden ser habilitados por las partes para administrar justicia”⁷⁴.

- La amigable composición es un instituto de derecho sustancial, concretamente, del derecho de los contratos, mientras que el arbitramento es una institución de carácter procesal; de allí que la decisión del amigable componedor con que se da fin al conflicto es un

⁷⁴ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1285 de 2009, por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia. Diario Oficial, n.º 47.240, 22 de enero de 2009. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1285_2009.html.

negocio jurídico-convención, emitido en virtud del mandato con representación, que obliga a las partes contractualmente y procede efectos de transacción. Por su parte, la decisión por medio de la cual los árbitros ponen fin a la contienda, en sentido estricto, es una sentencia judicial, esto es, un laudo que produce los mismos efectos de las sentencias judiciales.

De lo anterior se desprende el elemento diferenciador más importante entre la amigable composición y el arbitraje, a saber: el laudo arbitral que pone fin al conflicto y que equivale a una sentencia judicial, pues solo es susceptible de los recursos de anulación y revisión conforme a lo establecido en los artículos 40 y 45 de la Ley 1563 de 2012, normas que tienen carácter procesal y, por tanto, normas imperativas de obligatorio cumplimiento.

Por otra parte, la decisión final del amigable componedor no tiene la virtualidad de una sentencia judicial sino la de un negocio jurídico; solo puede ser controvertida por las acciones de nulidad previstas en el Código Civil para atacar la eficacia del negocio jurídico. De esta manera, la herramienta jurídica para controvertir la decisión del amigable componedor que pone fin al conflicto es la acción de nulidad (absoluta o relativa), cuando se configuran las causales de nulidad del negocio jurídico establecidas en la ley civil. Ello es así, en razón de que dicha decisión tiene los efectos del contrato de transacción —los cuales se derivan de la regla procesal de la cosa juzgada— dejando solo la posibilidad de ser debatidos por vía de la acción de nulidad o rescisión, conforme al artículo 2483 del Código Civil.

Según a lo expuesto, a pesar de que las dos instituciones tienen similitudes —al ser dos instituciones que tienen la calidad de mecanismo alternativo de solución de conflicto— son figuras de naturaleza diferente, dado que poseen un régimen jurídico diferente y producen efectos jurídicos distintos. Por un lado, la decisión final en la amigable composición es de

naturaleza netamente contractual y produce efectos de transacción, lo cual implica que solo puede ser cuestionada por los vicios que alteren su validez a través de acción de nulidad o rescisión. Por otro lado, el laudo arbitral produce los efectos de una sentencia judicial proferida por un juez en un proceso de única instancia, lo cual significa que dichos laudos solo pueden ser debatidos por expresa autorización de la ley, por medio de los recursos de anulación y revisión, y solamente por las causales que regula la ley para la procedencia de dichos recursos.

LA TEORÍA DE LA NULIDAD DEL NEGOCIO JURÍDICO EN LA AMIGABLE COMPOSICIÓN

En la teoría general del derecho, una de las clasificaciones más importantes consiste en separar las normas jurídicas en aquellas que pertenecen al derecho sustancial y las que pertenecen al derecho procesal. En el derecho sustancial se entienden comprendidas las normas que mandan, prohíben, permiten o castigan, de conformidad con el artículo 4° del Código Civil. Por su parte, el derecho procesal está integrado por las normas encaminadas a hacer efectivo el derecho sustancial. De esta clasificación se desprende que hay nulidades propias del derecho sustancial y nulidades propias del derecho procesal, con la consecuencia de que no pueden alegarse en el sustancial las que corresponden al derecho procesal, y viceversa.

Dada la naturaleza sustancial de la amigable composición, a ella se aplican las nulidades sustanciales del negocio jurídico y no las nulidades procesales. Esto es, si se presenta una irregularidad en el trámite de la amigable composición o un vicio en los contratos que la componen, ello no configura una nulidad procesal. Si dicha irregularidad está prevista en la ley como una causal de nulidad del contrato, configuraría la nulidad absoluta o la rescisión del trámite, o de uno de los contratos que contienen la amigable composición, según el caso.

En ese orden, dado que las nulidades que se aplican a la amigable composición son las que afectan la validez del negocio jurídico —dada la ya explicada naturaleza contractual de este instituto—, reguladas en la ley sustancial, se procede a exponer el régimen de las nulidades consignadas en el Código Civil, en la Ley 80 de 1993, para finalmente estudiar su aplicación en la amigable composición, entendida esta como una relación contractual.

1.1.17. La nulidad en el código civil

La nulidad hace referencia a la invalidez del contrato. En la teoría del negocio jurídico un contrato tiene validez cuando no tiene ningún vicio que le impida producir los efectos a que está llamado por el ordenamiento jurídico. Lo opuesto a la validez es la invalidez o nulidad, que, conforme al artículo 1740 del Código Civil, consiste en un juicio de valor que se hace a un negocio jurídico cuando vulnera normas imperativas, buenas costumbres o normas que se han establecido para la protección de personas que se encuentran en circunstancias que el ordenamiento jurídico considera deben ser protegidas. En ese sentido, a la luz del artículo 6 y 16 del Código Civil, son nulos absolutamente los actos de los que contravienen las normas imperativas o las buenas costumbres, y conforme al inciso tercero, artículo 1741 del Código Civil, son nulos relativamente los actos que vulneran las normas que establecen para la protección de ciertas personas en atención a su estado o calidad (incapaces relativos o la persona que padece un vicio en su consentimiento).

Teniendo claro que las manifestaciones de la invalidez del contrato son la nulidad absoluta y la nulidad relativa o rescisión, es importante comprender las causas que generan estas sanciones, las cuales están reguladas en el artículo 1741 del Código Civil. Así, las causales que generan la nulidad son la incapacidad absoluta y la omisión de formalidades que la ley exige para el valor del acto, las cuales se establecen en atención a la naturaleza misma del

acto, el objeto y causa ilícita. Por su parte, las causas que generan la nulidad relativa son la discapacidad relativa, la inmadurez negocial, que el negocio haya sido celebrado por intimidación, error o engaño, y cuando se omiten formalidades que la ley exige para el valor de ciertos actos, pero en atención a las calidades y estado de las partes que lo celebran.

Pues bien, las causales de nulidad absoluta son más relevantes que las de la nulidad relativa, pues las causales de la primera protegen el interés general y el orden público, en tanto que las causales de la segunda protegen el interés particular. La declaratoria de nulidad la pueden solicitar: i. las partes del contrato afectado; ii. cualquier persona que tenga interés —entendido en el sentido de que la declaratoria o no de la nulidad produzca o no consecuencias jurídicas—; iii. el ministerio público, cuando advierta que el negocio viciado atenta contra las normas imperativas o las buenas costumbres —dado que, su misión es proteger las normas imperativas por medio de las normas superiores—; y iv. el juez de oficio, que puede decretar la nulidad en virtud del control de legalidad que ejerce para proteger las normas imperativas y las buenas costumbres, siempre que la nulidad sea manifiesta en el proceso, con la exigencia de que, al momento de decretarla, estén presentes todas las partes que concurrieron a celebrar el negocio viciado, en aras de respetar el debido proceso. Por su parte, la declaratoria de nulidad relativa solo la puede perder la persona en cuyo favor se ha establecido.

No obstante las marcadas diferencias, ambas nulidades tienen elementos en común: tanto la nulidad absoluta como la nulidad relativa requieren de providencia judicial para existir, esto es, para que el acto deje de producir los efectos a que está llamado por el ordenamiento jurídico —antes de dicho pronunciamiento judicial, el contrato se reputa válido y puede producir todos los efectos que se deriven de dicho ordenamiento jurídico—. Asimismo, ambas nulidades son similares en cuanto a los efectos que

producen; de esta manera, la nulidad pronunciada en sentencia judicial hace tránsito a cosa juzgada y da derecho a las partes a ser restituidas al estado anterior al contrato, como si este nunca hubiese existido, siempre que ello sea posible. Adicionalmente, tienen como elemento común otorgar la acción reivindicatoria a los terceros afectados por la declaración judicial de nulidad.

Por último —y esto es lo más relevante—, se asemejan en que las causales que generan están previstas necesariamente en la ley —es decir, son taxativas—; por tanto, no se pueden invocar causales de nulidad que no estén consagradas en la ley. De igual manera, cualquier vicio o evento que afecte el negocio y no entre dentro las causales de nulidad absoluta o relativa (rescisión), no puede alegarse como tal.

En consecuencia, la nulidad es una sanción que establece la ley para los negocios jurídicos que adolecen de vicios, de conformidad con el artículo 1740 del Código Civil. Las leyes que prescriben sanciones son normas restrictivas, es decir, no pueden tener aplicación extensiva o analógica. Por ello, las causales de nulidad absoluta y relativa son solo las que ha señalado el legislador civil, y no otras que devengan en falencias del acto.

De manera que las presuntas falencias o irregularidades que pueden afectar el trámite de la amigable composición o la decisión que emiten los amigables componedores y los contratos que la confirman, solo pueden ser atacadas mediante la acción de nulidad o rescisión en cuanto tengan la virtud de configurar una causal de nulidad del negocio jurídico prevista por el legislador en el Código Civil, conforme al principio de taxatividad de las nulidades del acto o contrato.

En cuanto a los contratos estatales, las causales de nulidad han de indagarse en el Código Civil, por un lado, por remisión expresa del artículo 13 de la Ley 80 de 1993 y, por otro, en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública.

1.1.18. La nulidad en el estatuto general de la contratación de la Administración Pública

Por la relevancia económica que implica la contratación estatal —su especificidad, pues por medio de ella se logra la consecución de los fines del Estado—, en atención a la función administrativa que subyace en tal actuación y de cara a los principios de legalidad y moralidad administrativa que rigen la actividad de las autoridades públicas, el legislador consideró que los negocios en los que participen las entidades estatales deben tener unas causales propias de nulidad⁷⁵. A razón de ello, se previó en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993⁷⁶:

“Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

1º. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;

2º. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal;

3º. Se celebren con abuso o desviación de poder;

4º. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y

5º. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley”

Por otro lado, el artículo 46 del mismo Estatuto prevé que:

⁷⁵ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ Centro de Arbitraje y Conciliación, Tribuna arbitral de Sociedad concesionaria Montes de María S.A.S. contra la Agencia Nacional de Infraestructura —ANI—: Laudo arbitral, julio 13 de 2018, pp. 100–112.

⁷⁶ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario Oficial, n.º 41.094, 28 de octubre de 1993. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=304>.

“Los demás vicios que se presenten en los contratos y que conforme al derecho común constituyen causales de nulidad relativa (...)”

De conformidad con las normas descritas, se confirma el principio de taxatividad de las nulidades en el ámbito de la contratación pública. Ello es así en razón de que el artículo 44 es categórico al afirmar que los contratos son nulos en los eventos citados, y porque la causal número dos se refiere a todos aquellos contratos celebrados contra expresa prohibición de la ley, lo que reproduce, en términos generales, lo estipulado de los artículos 6 y 16 del Código Civil. Además, se puede constatar que la Ley 80 de 1993, al regular la nulidad relativa, mantuvo el criterio aplicable en el Código Civil, es decir, la expresión: *“los demás vicios que se presenten en los contratos y que conforme al derecho común constituyen causales de nulidad relativa”*.

Así pues, la Ley 80 de 1993 preserva o mantiene el principio de la taxatividad de las nulidades del contrato, y todo lo expuesto para efectos del Código Civil es aplicable a las nulidades contempladas en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública. De esta manera, tanto en el Código Civil como en la Ley 80 de 1993 las causales de nulidad son taxativas, y los vicios que se prediquen con respecto a un acto jurídico que no se enmarque dentro de tales causales, no podrán producir ningún tipo de nulidad.

En lo expuesto, se ha hecho énfasis en el principio de taxatividad de las sanciones del negocio jurídico y de los contratos, dado el desconocimiento de dicho principio por parte de los litigantes en las controversias contractuales surtidas por medio de la amigable composición, en especial cuando una de las partes es una entidad estatal. Este desconocimiento ha suscitado equívocos en la práctica, puesto que los litigantes han pretendido anular el trámite de la amigable composición, las decisiones tomadas por los amigables componedores en el curso de dicho trámite, o la decisión final por medio de la cual se resuelve el conflicto mediante las causales de nulidad de los actos o contratos establecidos en el Código Civil, cuando se identifican presuntas

irregularidades en el respectivo trámite, consistentes, por ejemplo, en la no apreciación de las pruebas o la inclusión de un hecho nuevo en el trámite sin haberse controvertido, etc. De igual manera, otro mal entendido del principio de taxatividad de las nulidades contractuales lo constituye el hecho de que, en la práctica, los litigantes han pretendido alegar las nulidades del proceso judicial reguladas por el Código General del Proceso para anular el trámite de la amigable composición. Asimismo, en la práctica de la amigable composición los litigantes han planteado anular la decisión del panel de amigables componedores por medio de los recursos de anulación de los laudos de los árbitros, lo cual resulta extraño a la figura de la amigable composición, dada su naturaleza contractual regida por el derecho sustancial.

En todos estos supuestos, los litigantes de las partes han desconocido el principio de taxatividad de la nulidad de los contratos y, de suyo, el carácter contractual de la amigable composición, como a continuación se expone.

1.1.19. La aplicabilidad de la teoría de la nulidad del negocio jurídico en la amigable composición

En el acápite atinente a la naturaleza de la amigable composición se afirmó que es un mecanismo alternativo de solución de conflictos que surge de un acuerdo entre las partes en controversia contractual, para cuyo desarrollo es necesario que cada parte celebre un contrato de mandato con cada uno de los amigables componedores. Finalmente, se afirmó que la decisión de los amigables componedores se plasma en un acto de naturaleza eminentemente contractual, que surte los efectos de la transacción.

De esta manera, en la amigable composición coexisten varios contratos, a saber: el contrato celebrado por las partes en conflicto para acudir a este mecanismo alternativo de solución de conflictos, el contrato de mandato con representación y el acuerdo o convenio final, de donde surge la decisión

que pone fin al conflicto con efectos de transacción, y en consecuencia, aplica la nulidad con referencia a dichas relaciones contractuales.

A estos efectos sirve el régimen general de las nulidades, así como el principio de taxatividad expuesto recientemente; en virtud de ello, las nulidades de los contratos precitados solo aplican para los casos previstos en la Ley del Código Civil y en la Ley 80 de 1993, lo que implica que bajo ninguna circunstancia pueden trasladarse a actos de carácter procesal.

Por lo anterior, las causales previstas para un evento de derecho sustancial, en razón de su naturaleza, no se pueden transportar a un evento de derecho procesal. Así, por ejemplo, no es viable aplicar la omisión de un requisito *ab sustacion actus* de un contrato a uno de los procesos regulados por el código general del proceso; por contera, tampoco es posible aplicar la nulidad procesal cuando se omite la oportunidad para alegar a un negocio jurídico sustancial. Todo lo anterior indica que no es factible invocar una nulidad de derecho procesal a un negocio jurídico de derecho sustancial, como tampoco es posible alegar una nulidad de derecho sustancial como causal de nulidad de un proceso jurisdiccional.

Por lo tanto, dado que la decisión emitida por los amigables componedores se incorpora a la relación contractual, no es viable interponer recursos judiciales para revisar de fondo la referida decisión; solo es posible el análisis de las eventuales causales de nulidad o rescisión que puedan dar lugar a la invalidez de la decisión derivada de la amigable composición. Por ende, la nulidad de las decisiones de los amigables componedores solo se puede controvertir por medio de las causales de nulidad previstas en el Código Civil y la Ley 80, en razón de la naturaleza eminentemente contractual de este mecanismo.

En efecto, quien pretenda la nulidad absoluta de la decisión emitida en el desarrollo de la amigable composición, debe estructurar su petición de

nulidad a luz de lo previsto en los artículos 1740 y 1741 del Código Civil, y del artículo de la Ley 80 de 1993. Para lograrlo, debe demostrar que uno de los contratos que integran la amigable composición o el trámite de la misma va en contravía de lo establecido por una ley imperativa, ya sea por haber omitido un requisito exigido para la validez del contrato, por adolecer de objeto o causa ilícita o por la discapacidad absoluta de las personas que intervienen en dichos contratos. Para el caso de la nulidad relativa, el pretendiente debe demostrar que en uno de los contratos que componen la amigable composición está viciado por discapacidad relativa o vicios del consentimiento.

Teniendo clara la aplicación de la nulidad del negocio jurídico a la amigable composición en virtud de su naturaleza contractual, a continuación, se expondrán los equívocos que tienen lugar en la práctica al aplicar la teoría de las nulidades en las controversias contractuales ventiladas por el mecanismo de amigable composición, con la particularidad de que una de las partes de la controversia es una entidad estatal.

Los casos que se han presentado en la práctica son aquellos en los cuales el amigable componedor ha resuelto la controversia en los siguientes contextos: i. habiéndose presentado una causal de terminación del trámite; ii. mediante una decisión sin la debida motivación; iii. habiendo actuado sin tener competencia —vulnerando con ello el derecho de defensa—; o iv. en los que resolvió el conflicto obrando con falta de imparcialidad o independencia, violando de esta manera el debido proceso. Tales eventos fueron propuestos por los litigantes como causal de nulidad procesal conforme al Código General del Proceso, lo que puede resultar ilógico teniendo en cuenta que dichos supuestos no generan la nulidad de la decisión del panel de amigables componedores, puesto que, como se advirtió con anterioridad, no están previstos por la ley como generadores de causal de nulidad de negocio jurídico.

1.1.20. Particularidades del trámite de la amigable composición en relación con las nulidades del negocio jurídico

Con relación al trámite de la amigable composición, por lo general es común que las partes en controversia no decidan ellas mismas en virtud de su autonomía de acordar el trámite mediante del cual se va a surtir la amigable composición, además de acogerse al reglamento establecido por parte del centro de arbitraje y conciliación seleccionado. Es común también que estos reglamentos consagren que el no pago de los honorarios y gastos de la amigable composición sean causa la terminación del trámite. Pues bien, en la práctica, hay casos en los que las partes, aun acogiéndose al referido reglamento, no pagan dichos gastos y honorarios y, no obstante, deciden surtir el trámite normalmente. Ante esta situación, los litigantes han optado por darle el tratamiento de una causal de nulidad del trámite de la amigable composición, cuando en realidad se trata de una causal de terminación de la misma, pues el no pago de honorarios y gastos para el funcionamiento del panel de amigable composición no está previsto como causal de nulidad de la decisión del amigable componedor, ni mucho menos como una causal de nulidad de la decisión del panel de amigables componedores que, en su momento, decide continuar el trámite a pesar de la ocurrencia de la referida causal de terminación dispuesta por las partes.

El no pago de gastos y honorarios del panel de amigable composición es una de las obligaciones del contrato de mandato celebrado entre las partes y los amigables componedores, y no afecta la nulidad del negocio, donde tiene su origen la obligación de pago, como tampoco la decisión de seguir con el trámite de los amigables componedores que le fue conferida por medio del contrato de mandato. En igual sentido, el desarrollo de todo el trámite después de ocurrida la mencionada causal de terminación no genera nulidad de la decisión emitida por el panel de amigables componedores, debido a que tal

situación no ha sido consagrada en la ley como causal de nulidad del acuerdo final con carácter contractual con el que se decide la controversia.

En efecto, tal incumplimiento no constituye una de las causales de nulidad establecidas en el Código Civil para los actos y contratos (1740 y 1741 CC), en los artículos 2470 y subsiguientes del Código Civil para la transacción, ni tampoco en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

Otra situación que se presenta en el trámite de la amigable composición son los errores en los que incurren los amigables componedores en la identificación del contrato y su tratamiento al momento de decidir la controversia. En la práctica, los litigantes asumen tales errores como causales de nulidad, lo cual no es correcto dado que no constituyen causal de nulidad absoluta ni relativa en tanto no contravienen normas de orden público y no están señalados como una causal nulidad conforme al principio de taxatividad. Tales errores configuran un incumplimiento del contrato de mandato por parte de los amigables componedores.

Por otra parte, en la práctica es frecuente que los amigables componedores no valoren todo el material probatorio incorporado en el trámite de la amigable composición, y tengan en cuenta material probatorio que no fue sometido a contradicción (introducción de un elemento nuevo). Los litigantes alegan este supuesto como una causal de nulidad del acuerdo final con efectos de transacción, emitida por el panel de amigables componedores.

El anterior evento no ha sido establecido por el legislador como causal de rescisión de la transacción, ni corresponde a las causales genéricas de rescisión; incapacidad relativa y vicios del consentimiento. Sin embargo, esa manera de obrar del panel de amigables componedores constituye un incumplimiento de las obligaciones contractuales contenidas en el contrato de mandato celebrado por ellos y las partes interesadas.

Finalmente, los defectos de forma del trámite de la amigable composición no constituyen la nulidad de la decisión —acuerdo final o convención con efectos de transacción— proferida por el panel de amigables componedores, conforme al principio de taxatividad. En virtud de este principio, los eventuales incumplimientos de las partes o del amigable componedor al trámite de la amigable composición no son causales de nulidad o rescisión. Por ello, dado que el artículo 61 de la Ley 1563 de 2012 prescribe que *“el reglamento de la amigable composición debe respetar los derechos de las partes a la igualdad y a la contradicción de derechos y pruebas⁷⁷”*, esta obligación tiene lugar en el contrato de mandato; la vulneración al reglamento en ese sentido supone el incumplimiento e inoponibilidad del mandato mas no apareja la nulidad del mandato, ni la nulidad de la decisión emitida por parte de dicho tercero.

LA AMIGABLE COMPOSICIÓN EN CONTRATOS DE CONCESIÓN DE INFRAESTRUCTURA PÚBLICA

Las políticas contenidas en el Consejo Nacional de Política Económica y Social CONPES 3800 de 2014⁷⁸, la creación de la Agencia Nacional de Infraestructura⁷⁹ y la inclusión de las asociaciones público privadas son, en la actualidad, el marco para los contratos de concesión de infraestructura, lo cual se explica brevemente de manera previa a la descripción de la amigable composición en dichos contratos.

⁷⁷ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1563 de 2012, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial, n.º 48489, 12 de julio de 2012. Disponible en: <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=48366>.

⁷⁸ DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Documento CONPES 3800, Modificación al documento CONPES 3760: “Proyectos viales bajo el esquema de asociaciones público privadas: cuarta generación de concesiones viales”. Disponible en: https://www.ani.gov.co/sites/default/files/conpes_3800.pdf.

⁷⁹ La Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), creada por Decreto extraordinario 4165 de 2011, por el cual se cambia la naturaleza jurídica, cambia de denominación y se fijan otras disposiciones del Instituto Nacional de Concesiones (INCO), el cual se expide por habilitación de la Ley 1444 de 2011, que le otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la República.

La promulgación de la Constitución Política de 1991 permeó todo el ordenamiento jurídico planteando el Estado Social de Derecho, erigiéndose como base del sistema jurídico colombiano. En consecuencia, las regulaciones, reglamentaciones y providencias judiciales emitidas por las ramas del poder público deben estar ceñidas a la norma constitucional.

La Constitución establece la base de la promulgación de la normativa atinente a la contratación del Estado a través de la introducción de nuevos conceptos asociados a esta. Para la jurisprudencia constitucional, la actividad contractual en el Estado Social de Derecho es una modalidad de gestión pública, regida por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad previstos en los artículos 209 y 123 de la Constitución Política como parámetros específicos del cumplimiento de la función administrativa y “en general, constituyen el núcleo axiológico inherente a la filosofía del Estado Social de Derecho”.⁸⁰

Respecto de la contratación pública, la Corte Constitucional plantea:

“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 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

⁸⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-088 de 2000. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz. Reiterada en CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-372 de 2002. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

*las obligaciones generales de todo contrato y por ende supeditados al cumplimiento de los fines del Estado”.*⁸¹

Dada la evolución en materia de contratación pública y de las condiciones bajo las cuales los particulares contratan con el Estado, ya no se está ante reglas que buscan morigerar el poder exorbitante del Estado, sino ante reglas que pretenden satisfacer los principios que orientan la función administrativa previstos en el artículo 209 de la Carta (igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad), y que imponen a las entidades estatales asegurar el cumplimiento de tales principios en los contratos que celebran.⁸²

En relación a lo expuesto, se puede concluir que el Estado es garante del cumplimiento de la concepción de que el interés general prevalece sobre el particular y de las obligaciones que de ella se deriven, por lo cual el legislador y los actores asociados a la contratación pública tienen el deber de ceñirse a tal concepción, cualquiera sea la actuación relacionada con la contratación pública.

Tal y como se refirió, se introducen conceptos marco para la participación de las empresas en procesos de contratación, tal como el artículo 333 de la Constitución Política.

“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

⁸¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-713 de 2009. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-128 de 2003. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

⁸² Constitución Política de 1991, artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.//Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la Ley.

*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”.*⁸³

De lo establecido en el artículo anterior, se puede inferir que la libre competencia es un derecho de todos que supone responsabilidades; la empresa en tanto núcleo del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

Las disposiciones constitucionales hasta ahora mencionadas dan cuenta de los fines del Estado y lo atinente a la regulación económica constitucional, las que inevitablemente han permeado el sistema de contratación pública y, en consecuencia, la contratación de obra con recursos privados en la Nación. Por tanto, la Carta Política supuso un punto de quiebre de la contratación pública, en la medida en que la Constitución permeó toda la normatividad que se emitió con posterioridad a la promulgación de esta.

Cabe hacer referencia al artículo 116 de la Constitución Política, dado que de este emanan mecanismos alternativos de solución. Al tenor de la ley, los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia. Esto se cumple no solo cuando los particulares actúan como conciliadores, sino también cuando las partes en conflicto negocian sin la intervención de un tercero y llegan a un acuerdo, como quiera que en ese evento también se administra justicia a través de la autocomposición.

En relación con ello, la Corte Constitucional ha interpretado que el Constituyente quiso plantear en el ordenamiento jurídico colombiano una serie

⁸³ Constitución Política de 1991, artículo 333.

de mecanismos que se sustentan no solo en el artículo 116 sino 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 enuncien de manera expresa en el artículo 116. Este es el caso de la amigable composición, la cual encuentra sustento legal aunque no se enuncia expresamente en la Constitución Política⁸⁴.

Siguiendo con el marco descrito y atendiendo a los factores que en la actualidad forman parte del contrato de concesión de infraestructura en el país —que a su vez constituyen el marco que incide de manera directa en la amigable composición como mecanismo alternativo de solución de conflictos en la actualidad— se aborda el documento CONPES 3760, que crea la cuarta generación de concesiones viales, el cual se expidió en el año 2013, y que fijó todo lo respectivo a esta nueva etapa de concesiones de infraestructura. En este se abordó nuevamente 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.

El CONPES 3760 de agosto de 2013 establece los lineamientos del programa de concesiones viales de cuarta generación (4G), los cuales buscan el fortalecimiento de la competitividad del país con el propósito de mejorar la capacidad de la infraestructura vial y una adecuada conectividad regional. Los lineamientos se resumen en cuatro componentes principales: estructuración eficaz para la aceleración de la inversión en infraestructura; procesos de

⁸⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-163 de 1999. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

selección que promuevan participación con transparencia; gestión contractual enfocada a resultados; y distribución de riesgos en el programa.⁸⁵

El CONPES 3760 continuamente hace referencia 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, buscan mermar el margen de error para esta nueva generación, para lo cual el CONPES establece que:

“El costo fiscal de estas renegociaciones ha sido muy alto. En promedio se han desembolsado 265 millones de dólares 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”⁸⁶.

Los cambios institucionales transversalizan la nueva generación, desde el Ministerio de Transporte hasta las entidades involucradas directamente con la contratación y financiación de las obras. 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.

⁸⁵ CONPES. 3800. Modificación al documento CONPES 3760: “Proyectos viales bajo el esquema de asociaciones público privadas: cuarta generación de concesiones viales”, p.3.

⁸⁶ DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Documento CONPES 3760, Proyectos viales bajo el esquema de asociaciones público privadas: cuarta generación de concesiones viales, p.13.

La transformación del INCO en la ANI respondió a una necesidad del sector de la infraestructura de una mayor organización institucional y un marco jurídico moderno y claro⁸⁷.

“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.”⁸⁸

En tal sentido, la ANI —actual competente para celebrar contratos de concesión de infraestructura— tiene relación directa con la solución de conflictos que surjan entre estos y, por ende, pactar con los contratistas la amigable composición para solucionar las controversias.

1.1.21. Acuerdo sobre decisiones en derecho o equidad

La amigable composición, tal y como se ha venido enunciando, es un mecanismo alternativo de solución de conflictos de gran relevancia para el ordenamiento jurídico, el cual, aunque no está planteado constitucionalmente, se dispuso en varias normas anteriores a la Carta Política, entre las que se cuenta el Código de Procedimiento Civil, la Ley 2297 de 1989 y la Ley 23 de

⁸⁷ ARAUJO, Juan; Sierra, Ana. Concesiones de cuarta generación. Impacto sobre los seguros de cumplimiento, 2013, p.187.

⁸⁸ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 4165 de 2011, por el cual se cambia la naturaleza jurídica, cambia de denominación y se fijan otras disposiciones del Instituto Nacional de Concesiones (INCO). Diario Oficial, n.º 48242. 3 de noviembre de 2011. p. 48.

1998. Cabe decir que aunque el artículo 116 de la Carta⁸⁹ no lo prevé expresamente, la Corte Constitucional ha establecido:

“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 mecanismos a los que pueden recurrir opcionalmente las personas para poner término a sus controversias sin la intervención directa del Estado, lo que permite no solo la descongestión del aparato de justicia sino la participación activa de los particulares en la definición de sus conflictos⁹⁰.

Además, estos mecanismos alternativos de resolución de conflictos encuentran base constitucional no solo en su reconocimiento expreso en el artículo 116 superior sino también en otros principios y valores constitucionales. Así, su presencia puede constituir una vía útil, en ciertos casos, para descongestionar la administración de justicia formal, con lo cual se potencia la eficacia, celeridad y efectividad de la justicia (CP art. 228). Además, y más importante aún, la Carta establece un régimen democrático y participativo (CP art. 1º) que propicia entonces la colaboración de los particulares en la administración de justicia y en la resolución de sus propios conflictos. 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, o por terceros que no sean jueces,

⁸⁹ Constitución Política. Artículo 116. La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar. El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales. Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos. 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.

⁹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-098 de 2001: El arbitramento como mecanismo alterno de solución de conflictos.

*como sucede en el caso de los árbitros o de ciertas autoridades administrativas y comunitarias*⁹¹

A pesar de que la amigable composición no está prevista de forma expresa en la Constitución Política, la Corte Constitucional le ha conferido el mismo valor que a los mecanismos que están explícitamente consagrados en la Carta. El fundamento legal de la amigable composición es la Ley 1563 de 2012, abordada en los artículos 59 a 61, lo cual se convirtió en la base de aplicación en distintas áreas del derecho.

El artículo 59 de la mencionada ley señala quiénes pueden usar 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”⁹², estipulando así un amplio margen de personas de derecho público o privado, que pueden utilizar este mecanismo.

Por otro lado, en el tercer inciso del artículo 60 se establece que:

“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”.⁹³

⁹¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-163 de 1999. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

⁹² Constitución Política. 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.

⁹³ Constitución Política. Artículo 60.

De lo anterior se concluye que la regla general es la equidad, y la excepción los fallos en derecho. Esta característica es inherente a la amigable composición únicamente dentro de los mecanismos alternativos de solución de conflicto. En tal sentido, es pertinente aclarar el concepto de decisiones en equidad, toda vez que la Corte Constitucional⁹⁴ ha denominado a la “equidad, como concepto indeterminado, que ha sido constitucionalizada. Varias disposiciones de la Carta Política se refieren expresamente a ella”⁹⁵.

En relación con lo anterior, se podría decir que las decisiones en equidad no son la regla general en el ordenamiento jurídico en Colombia; por el contrario, son los fallos que se profieran en derecho de la regla general. Sin embargo, la Corte Constitucional se pronuncia acerca de estas decisiones y sostiene 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.”⁹⁶

⁹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 046 de 2002. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

⁹⁵ Incluso en materia de expropiación, y recogiendo la reforma introducida en 1936 al régimen de la propiedad, la Constitución Política de 1991 contemplaba la hipótesis de que aquella procediera por razones de equidad en los casos determinados por el legislador mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara, sin que tales razones fueran controvertibles judicialmente (artículo 58 de la Constitución Política de 1991).

⁹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 631, 2012. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

La jurisprudencia, por ser un concepto indeterminado, ha otorgado límite a la decisión de las autoridades que se fundamenten en equidad, por lo que se hace imperioso plantearlo; por tanto, 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 estas 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.”⁹⁷

En cuanto a las características de la figura, la Corte Constitucional ha esbozado las siguientes:

“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

⁹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 046 de 2002. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

*evitar las consecuencias injustas que se derivarían de determinada decisión dadas las particularidades de una situación*⁹⁸.

Las instituciones jurídicas del derecho en Colombia parten de que la doctrina fundamenta la viabilidad de las decisiones en equidad en contratos de concesión vial de cuarta generación, lo que no resulta novedoso dado que elementos como los enunciados se encuentran arraigados en el ordenamiento y son aplicables a la contratación estatal. No obstante, aunque es una figura que no está regulada expresamente sí ha sido abordada por la Corte Constitucional, lo que le ha otorgado a las autoridades un marco de actuación que se fundamenten en la equidad para emitir sus decisiones.

1.1.21.1. Sobre la seguridad jurídica de las decisiones emitidas en equidad en el escenario contencioso administrativo

El principio de seguridad jurídica es un principio del *ius gentium*, producto de la recta razón humana, es decir, se trata de la primera aceptación jurídica indiscutible; es un derecho de gentes, que en un principio se confundió con el derecho natural, especialmente en los pensamientos de los jurisconsultos Gayo y Paulo, pero que a partir de Ulpiano, se distinguió del *ius naturale*, tradición que recogieron, entre otros, Justiniano, y luego Tomás de Aquino; de suerte que ya en la Escuela Salmantina del siglo XVI, Vitoria, Soto y Cano distinguen el derecho de gentes del derecho natural.⁹⁹

La seguridad jurídica, como principio rector del ordenamiento jurídico en Colombia, se analiza partiendo el principio de legalidad y el precedente jurisprudencial —instituciones presentes en la contratación pública— planteándose de esta forma la incidencia en la contratación pública, desde la perspectiva de la amigable composición en equidad, dado que el panel de

⁹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-046 de 2002. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

⁹⁹ LARIOS, José Luis. La Seguridad Jurídica en Colombia. Universidad Santo Tomás, 2014.

amigables componedores en equidad no se tendrá que sujetar a ninguna de dichas instituciones jurídicas garantes de la seguridad jurídica.

La consagración constitucional del principio de legalidad se relaciona con dos aspectos básicos y fundamentales del Estado de derecho. En primera instancia, “con el principio de división de poderes en el que el legislador ostenta la condición de representante de la sociedad como foro político al que concurren las diferentes fuerzas sociales para el debate y definición de las leyes que han de regir a la comunidad”¹⁰⁰; y en segundo lugar “la relación entre el individuo y el Estado al prescribir que el uso del poder de coerción será legítimo solamente si está previamente autorizado por la ley”.

La Corte Constitucional, sobre la incidencia del principio de legalidad en la seguridad jurídica:

“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”¹⁰¹.

La Corte Constitucional establece que el principio de legalidad es un garantizador directo de la seguridad jurídica en el caso concreto de la contratación entre particulares y la administración pública, por cuanto supone un límite a los poderes del Estado. “Este principio establece que los servidores

¹⁰⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-710 de 2001. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

¹⁰¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-284 de 2015. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

públicos deben adelantar sus funciones con observancia al ordenamiento jurídico. Como lo plantea el Consejo de Estado, esta obligación se predica en el desarrollo de la actividad contractual del Estado”¹⁰².

A lo largo de los años, la jurisprudencia ha alcanzado preponderancia como fuente de derecho, creando verdaderas normas jurídicas. El derecho administrativo colombiano ha sido moldeado, en lo esencial, a golpe de leyes. Para citar solo algunas de los siglos XX y XXI: Ley 27 de 1904, Ley 130 de 1913, Ley 167 de 1941, Decreto-Ley 01 de 1984, Decreto-Ley 2304 de 1989, Ley 489 de 1998 y Ley 1437 de 2011. A pesar de ese carácter esencialmente legislado de nuestro derecho administrativo, la jurisprudencia no se ha resignado en ningún momento a cumplir la labor de ser tan solo ‘la boca de la ley’. Por el contrario,

“La jurisprudencia administrativa nacional ha creado verdaderas normas jurídicas, algunas de ellas que se desprendían con gran creatividad de las interpretaciones posibles de artículos de una ley y otras que, incluso, surgieron directamente de la inspiración del juez, sin intermediación del legislador”¹⁰³.

En relación con lo dicho, se entiende que las leyes, en su naturaleza ambigua, muchas veces no pueden ser aplicadas en su sentido más general a un caso concreto sin antes darles el sentido especial que las condiciones exijan, más aún, con la inclusión de conceptos como el de “precedente jurisprudencial”, según el cual hay que tener en cuenta líneas jurisprudenciales reiteradas donde se haya solucionado de forma igual asuntos con supuestos fácticos iguales. Esto ha avanzado hasta el punto de que algunos juristas lleguen a asegurar que el derecho administrativo, por

¹⁰² CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

¹⁰³ HENAO, Juan Carlos. La jurisdicción de lo contencioso administrativo: cien años creando derecho a partir de precedentes jurisprudenciales, 100 años de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Alberto Montaña Plata y Andrés Fernando Ospina Garzón (eds.), 2014, p. 246.

ejemplo, guarda mayor correspondencia con el sistema del *common law*, por trabajar diariamente con casos y reglas jurisprudenciales elaboradas al interior de la jurisdicción contencioso administrativa.

Al respecto se ha afirmado:

“Colombia tradicionalmente ha hecho parte del Sistema Continental, tal y como sucede con todos los países cuyas ciencias jurídicas están formadas sobre la base del Derecho Romano. Ahora bien, durante los últimos años, cierta parte de la doctrina colombiana discute la pertenencia del régimen colombiano a dicho sistema, así como la subsistencia del mismo, en razón al poder creador de derecho que parece atribuírsele cada día con más fuerza a los jueces”¹⁰⁴.

De esta manera, también la Corte Constitucional ha sostenido al respecto que “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”¹⁰⁵.

Lo que se expone es que la seguridad jurídica encuentra sus bases en la legalidad y la jurisprudencia, ambos presentes, en la actualidad, en el régimen de contratación estatal. En este sentido, a continuación, se intenta realizar un análisis de la seguridad jurídica, garantizada por el principio de legalidad, así como el precedente jurisprudencial, en el escenario de la amigable composición.

No es claro, pues, al tratarse de una decisión en equidad, que el panel de amigables componedores tenga que acogerse al precedente jurisprudencial o al principio de legalidad. Lo que se estaría desconociendo

¹⁰⁴ MARTINEZ Cárdenas, Betty. Nueva perspectiva del sistema de derecho continental en Colombia. *Ius et Praxis*, año 17, n.º 2, 2011, pp. 25-52. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v17n2/art03.pdf>.

¹⁰⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-634 de 2011. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

bajo el concepto de 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 de que los amigables componedores podrán hacer uso de algunas reglas del derecho, si lo estiman conveniente.

Pero en si el acuerdo de voluntades determina que el panel debe fundamentar su decisión en el derecho, queda claro que la decisión de los amigables componedores debe estar ceñido al principio de legalidad, pues está inmerso en el ordenamiento jurídico, al cual se acogen las partes a través del contrato.

El carácter contractual de la amigable composición incide en que el panel de los amigables componedores no tenga que ceñirse al principio de legalidad ni al precedente, pues el amigable componedor no constituye una autoridad administrativa o judicial en tanto que es un panel designado por las partes para solucionar el conflicto, en el marco de un método heterocompositivo. En tal caso, el panel, cuando pactado, no debe 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 está pactada en equidad, dado que es por medio del contrato que se estipula lo respectivo al procedimiento con los consecuentes vacíos del proceso a seguir y sin fuente legal que otorgue un marco claro al respecto. De esto se colige inseguridad jurídica a la hora de acudir a un panel de amigables componedores, dado que no existe, como en el caso del arbitraje, un proceso claro que garantice la contradicción y, en general, el derecho de defensa.

Por el contrario, la doctrina ha argumentado que la amigable composición en equidad, tratándose de controversias surgidas en contratos de concesión de infraestructura, no constituye un desmedro a la seguridad jurídica.

“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 tienen 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”¹⁰⁶.

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.

En este caso, se trata de evidenciar que la inseguridad jurídica derivada de una decisión en equidad se fundamenta en el hecho de que la decisión de la amigable composición, cuando pactada en equidad, no le otorga a las partes ni al amigable componedor la garantía de que tal decisión se ajuste a las normas y al precedente jurisprudencial.

En palabras de la Corte Constitucional, “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

¹⁰⁶ BLANCO, José Vicente. La amigable composición en equidad: Un regreso al origen de la teoría del equilibrio económico del contrato. La contratación estatal en Colombia, 2015.

justicia”¹⁰⁷; esta afirmación trasciende a que las 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 establecidas con claridad.

1.1.22. Designación de los amigables componedores

Abordando el aspecto de la designación de los amigables componedores, se revisan algunos contratos, lo que permite señalar que aquellos que se suscriben tienen incluidos cómo se debe efectuar la designación de los amigables componedores, de tal forma que se acogen de manera supletiva al Reglamento de la Cámara de Comercio de Bogotá¹⁰⁸; esto, en la medida en que a los mencionados contratos se les ha otorgado la facultad de este organismo a fin de servir a las partes, así como al amigable componedor en el procedimiento de la amigable composición.

Desde la entrada en vigencia de la Ley 1742 de 2014, los contratos celebrados por la ANI han respondido a los cambios establecidos en la misma, aun cuando en todos los casos ha sido tres el número escogido para conformar el panel de amigables componedores. Una de las formas de designación que se ha tenido en cuenta consiste en establecer un mecanismo¹⁰⁹ donde las partes acuerdan seleccionar tres miembros del panel, bajo la condición de que por lo menos uno de ellos sea abogado, los restantes serán profesionales en las áreas de ingeniería, economía, administración de empresas o profesiones afines.

¹⁰⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-284 de 2015. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

¹⁰⁸ Reglamento de la Amigable Composición de la Cámara de Comercio respectiva, de acuerdo con la localidad.

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). Contrato celebrado entre la ANI y MAB Ingeniería de Valor S.A.

Otra forma de designación del panel es el método consistente en la elaboración de tres listados; cada uno de estos incluye un grupo de profesionales de carreras afines, los cuales son posteriormente sorteados. En el caso del contrato estudiado¹¹⁰, las correspondientes listas agruparon a profesionales del derecho (lista 1), de economía, finanzas y áreas afines (lista 2) y de ingeniería civil, arquitectura o áreas afines (lista 3). Además, se establece experiencia mínima de 8 años en contratación estatal, y de dichas listas elaboradas por la ANI, el contratista tendrá la potestad de remoción de hasta un 20% de los profesionales de cada lista para que no se hagan parte del sorteo.

Siguiendo el método de utilización de listas, existe la tercera opción para designar los amigables componedores¹¹¹. En esta, cada una de las partes realiza una lista de cinco profesionales en las áreas de economía, finanzas, ingeniería civil, arquitectura o carreras afines, de tal manera que la parte contraria seleccione uno de la lista de la contraparte. En el caso del abogado, se selecciona delegando al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

En todos los casos expuestos, se destaca que el panel de amigables componedores estará conformado por profesionales de diferentes carreras, sin depender de la mecánica de selección aplicada en cada caso.

De acuerdo con los fundamentos a los que deben acogerse los amigables componedores para decidir, en equidad o en derecho, la regla general son las decisiones tomadas en equidad. No obstante, en el caso de

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).

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).

pacto expreso, se puede acudir a las reglas del derecho, además de no excluir la posibilidad de acudir a ciertas reglas de derecho si lo estiman conveniente, aun decidiendo en equidad, tal como lo establece el artículo 60 de la Ley 1563 de 2012.

“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”¹¹².

Los contratos aquí estudiados presentan evidencias indicativas de la existencia de un pacto expreso en el que el panel de amigables componedores debe fundamentar su decisión en derecho¹¹³; en otro caso, será en equidad¹¹⁴; en otros, guardar silencio¹¹⁵, caso en el cual aplica lo estipulado en el párrafo anterior.

De acuerdo con la designación del panel y su fundamentación de la decisión en derecho o equidad, se evidencia una injustificada designación de

¹¹² Artículo 60 de la Ley 1563 de 2012. Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial, n.º 48489, 12 de julio de 2012. Disponible en: <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=48366>.

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).

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 de 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 amigables componedores conforme a la forma en que deberán decidir. En tal caso, existe la posibilidad de que un profesional en un área diferente al derecho, deba fundamentar su decisión en derecho sin tener la experticia para hacerlo. En tal caso, resulta poco conveniente una decisión fundamentada en derecho, cuando el panel esté conformado, en su mayoría, por profesionales de áreas distintas a este, tomando en cuenta que la decisión se refiere a una controversia de complejidad jurídica, sustentada en plazos de ejecución de los contratos, así como en la vasta jurisprudencia y normatividad que le es aplicable.

Sin perjuicio de lo expuesto, se considera conveniente que, en dichos casos, incidan 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, tratándose de casos decididos en derecho.

Lo dicho hasta ahora destaca que en el régimen procesal actual, en el cual, profesionales con experticia en áreas diferentes a la abogacía, inciden —por medio del peritaje en los diferentes procesos en los cuales se requiere de su intervención— en las controversias que se suscitan en contratos celebrados con el Estado, no tienen la capacidad de decisión, pues son competencia de la Jurisdicción de lo contencioso administrativo o tribunales de arbitramento. En el caso de la amigable composición, en las controversias surgidas en un contrato estatal existe la posibilidad válida de la incidencia de profesionales en el mismo orden ostentado por los métodos jurisdiccionales de solución de controversias.

Esta lógica que plantean los métodos jurisdiccionales se tiene en cuenta en la amigable composición a través de la inclusión de un procedimiento que implica la participación de profesionales de áreas diferentes a la del derecho, que vienen a incidir en la ejecución contractual de la infraestructura, otorgándoles la capacidad de decisión exclusivamente a los abogados para que lo hagan teniendo como base lo que estipulen dichos profesionales.

1.1.23. Impedimentos y recusaciones

En el escenario de la designación de los amigables componedores, resulta importante analizar los impedimentos y las causales de recusación de estos para hacer parte de un panel. Para esto, se referencian los contratos que se analizaron en el apartado anterior y se describen las figuras procesales.

Los impedimentos y recusaciones en los diferentes contratos analizados evidencian dos formas de pacto. En el primero de los casos, se remite como causal de impedimento recusaciones como las consignadas en el artículo 16 de la Ley 1563 de 2012, adicional a causales específicas que las partes acordaron mediante su negocio jurídico.

“A los amigables componedores 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*¹¹⁶.

El artículo 16 de la Ley 1563 de 2012 establece claramente los motivos referidos a los árbitros y secretarios, y por los que estos están impedidos y podrán ser recusados: 1) por las causales aplicables a los jueces previstas en el Código de Procedimiento Civil; 2) por las inhabilidades, prohibiciones y conflictos de intereses contemplados en el Código Disciplinario Único; y 3) por el incumplimiento del deber de información dispuesto a su vez en el artículo 15 de la misma ley¹¹⁷.

“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 sobrevenidos

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).

¹¹⁷ RODRÍGUEZ MEJÍA, Marcela. Una aproximación al régimen del arbitraje nacional del nuevo estatuto del arbitraje en Colombia, Ley 1563 de 2012. Revista de derecho privado, Universidad Externado de Colombia, n.º 23, 2012, pp. 367-405. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3312/3461>.

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.

La otra manera en que la ANI acordó con los contratistas fue pactando una cláusula que contiene una declaración de independencia por parte de los amigables componedores, 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.

“Dentro de los dos (2) días siguientes a su designación, los amigables componedores 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 componedor 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 componedor 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 componedores, este deberá revelarlo a las partes sin demora; si cualquiera de las partes considera que tal circunstancia afecta la imparcialidad o independencia del integrante del

¹¹⁸ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1563 de 2012. Diario Oficial, n.º 48489, 12 de julio de 2012.

panel de amigables componedores, los restantes miembros del panel decidirán sobre el particular. A falta de unanimidad, el miembro respectivo será reemplazado conforme con la sección respectiva.”¹¹⁹

Como puede observarse, en la segunda cláusula se introduce un régimen que no hace referencia a una norma preexistente específica. Destacándose que la amigable composición es un mecanismo contractual, además, contrario al arbitraje y la conciliación, en los cuales se deposita la función jurisdiccional, temporalmente en cabeza de un particular. Este hecho resulta importante, pues las causales de impedimento y recusación deben ser estudiadas según la fuente de la decisión que se profiere para la amigable composición; consecuentemente, es el contrato la figura que dará luces sobre este aspecto.

Con referencia a las causales de impedimento y recusación, la Corte Constitucional arguye 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, el cual se debe encontrar presente en todo proceso judicial. En la providencia que se estudia —en la que se analiza el deber de información¹²⁰ por parte de los árbitros— se plantea una diferencia 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

¹¹⁹ 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).

¹²⁰ El deber de información, revelación o “*disclosure*”, es una figura adoptada en Colombia.

*cambio, el régimen de impedimentos y recusaciones está remitido a las causales previstas en la legislación común*¹²¹.

De lo anterior se desprende que la Corte considerara viable que el deber de información constituya un concepto jurídico indeterminado, contrario a los impedimentos y recusaciones que están remitidos a las causales previstas en la legislación común. Además, el Tribunal Constitucional sostiene 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 taxatividad¹²².

Acorde a la teoría que expone la Corte Constitucional, se insiste que la amigable composición es un método contractual, razón por la cual es el acuerdo de voluntades el que plantea lo referente 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 se sigue que:

La Corte Constitucional ha avalado como viable la situación que no remite a ninguna de las causales legales de impedimentos y recusaciones, y que solo prevé como impedimento el incumplimiento al 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.

Caso contrario ocurre en la primera cláusula expuesta perteneciente al contrato celebrado entre la ANI y la Estructura Plural Concesionaria Aeropuertos Colombia SPV – Grupo Aeroportuario del caribe S.A.S., que

¹²¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-538 de 2016. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

¹²² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-176 de 2008. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

remite a las causales del artículo 16 de la Ley 1563 de 2012. 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 Colombia, en el caso de los proyectos de infraestructura, la Agencia Nacional de Infraestructura —ANI— ha adoptado en el contrato estándar para la cuarta generación de concesiones algunos modelos de cláusula contractual de composición, en el cual las partes acuerdan el procedimiento de designación de árbitros y las reglas de procedimiento¹²³. En este modelo de cláusula de la ANI destaca —apartándose de la naturaleza eminentemente contractual de la amigable composición— la asociada al supuesto de que si durante el curso del contrato se llegare a establecer que alguno de los integrantes del panel no reveló información que debía suministrar al momento de aceptar el nombramiento, quedará impedido, y así deberá declararlo, so pena de ser recusado. En este caso, los restantes miembros del panel decidirán sobre la separación o continuidad del miembro respectivo; en el caso de falta de unanimidad, el miembro respectivo será reemplazado.

En todo caso, el impedimento o la recusación del integrante del amigable componedor no afecta la fuerza vinculante de las decisiones adoptadas con anterioridad, con excepción de los casos de nulidad o rescisión. En el caso que sobrevenga un hecho que pudiere generar duda a alguna de las partes en lo atinente a la independencia o imparcialidad de un miembro del panel, el modelo de cláusula señala que este 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,

¹²³ OÑATE, Tatiana; Ternera Barrios, Francisco. El contrato *sui generis* de amigable composición: una alternativa para la solución de controversias en los proyectos de infraestructura. Revista de derecho público, n.º 35, Universidad de los Andes. DOI:<http://dx.doi.org/10.15425/redepub.35.2015.03>.

los restantes miembros decidirán sobre el particular. A falta de unanimidad, el miembro respectivo será reemplazado.

En resumen, la característica contractual de la amigable composición no le otorga un régimen claro a los impedimentos y recusaciones, sino solo a aquel que sea pactado de forma expresa —aunque usando conceptos jurídicos indeterminados— lo cual, a pesar de todo, no le imprime la claridad suficiente que contratos de tal magnitud merecen.

2. SEGUNDO CAPÍTULO: ALCANCE DE LA COMPETENCIA DE LOS AMIGABLES COMPONEDORES EN LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN VIAL

La Ley 1563 de 2012 establece un amplio espectro de decisión y plantea 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. Esto sucederá siempre y cuando la controversia sea susceptible de transacción, dada la característica de este método de que las decisiones que se tomen tengan los efectos de aquella institución.

En concreto, 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.

La jurisprudencia sobre la viabilidad de la amigable composición en contratos estatales, en providencia, en la cual 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. Estos se plantean como:

¹²⁴ Artículo 60 de la Ley 1563 de 2012, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial, n.º 48489, 12 de julio de 2012. Disponible en: <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=48366>.

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.

“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”¹²⁶.

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 extraordinarias¹²⁷.

Al respecto, la jurisprudencia en providencia posterior a la promulgación de la Ley 1682 de 2013, interpreta la norma de manera más amplia, excluye de la competencia de los amigables componedores, no solo los actos administrativos en ejercicio de facultades extraordinarias, sino a todo acto administrativo.

“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).

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 actos administrativos expedidos por la entidad estatal en el seno del contrato estatal, por ejemplo, el acto de

¹²⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección A. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón, concepto 15 de abril de 2015, Rad. 11001-03-26-000-2010-00004-00(38053).

¹²⁷ 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”.

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.

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 2000¹²⁸.

Esto significa que el Consejo de Estado en su posición 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.

LAS CLÁUSULAS EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN

De conformidad con la normatividad —Ley 1742 de 2014—, la Agencia Nacional de Infraestructura —ANI— ha optado por la utilización del mecanismo de la amigable composición en los contratos de infraestructura

¹²⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección A. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón, concepto 15 de abril de 2015, Rad. 11001-03-26-000-2010-00004-00(38053).

pública, los cuales ha celebrado con particulares y bajo la modalidad de concesión y el sistema de APP', pertenecientes a la cuarta generación de concesiones viales.

La amigable composición supone un método heterocompositivo de solucionar controversias, eminentemente de carácter contractual, en el que queda claro que las partes determinan el campo de acción del método, determinando elementos tales como: designación de los amigables componedores, fundamentación de la decisión en derecho o equidad, impedimentos y recusaciones, procedimiento, alcance de la decisión, y todas las reglas consideradas pertinentes¹²⁹.

Como mecanismo heterocompositivo, implica la intervención de un tercero con poder decisorio y vinculante para los sujetos del conflicto. Está representada prevalentemente por el proceso jurisdiccional, pero también por los equivalentes jurisdiccionales: arbitramento, amigable composición o jueces de paz, cuando la decisión, aunque sea en conciencia, es obligatoria para los extremos en conflictos¹³⁰.

La Corte Constitucional colombiana también los describe de la siguiente manera:

“El segundo grupo, denominado de heterocomposición, compuesto por aquellos medios en los cuales las partes enfrentadas someten la solución de sus conflictos a terceros que se encargan de resolverlos independientemente de la autonomía de la voluntad de las partes. En este segundo grupo se ubican tanto los mecanismos de justicia formal como el arbitraje”¹³¹.

¹²⁹CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-330 de 2012. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

¹³⁰ RICO PUERTA, Luis Alonso. Teoría general del proceso. Bogotá, D.C.: Editorial Leyer, 2008.

¹³¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1195 de 2001. Magistrados Ponentes: Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra.

De lo anterior, se tiene que 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 tienen como fundamento que este es un método alternativo para solucionar conflictos cuya fuente es eminentemente contractual.

Cabe señalar que las partes de un contrato, indistintamente sea negociado o de adhesión, voluntariamente pueden someter los conflictos a la decisión de árbitros, mediante una cláusula compromisoria o a través del compromiso. La cláusula compromisoria ha sido definida como:

“Un acuerdo de voluntades mediante la cual las partes someten asuntos litigiosos futuros y eventuales que deriven de un contrato o estén relacionados con este a la decisión obligatoria de una o más personas privadas, conocidas como él o los árbitros”¹³².

Al respecto se tiene que tanto la jurisprudencia como la doctrina tienen que, a manera general, para todos los contratos de adhesión que la cláusula compromisoria es abusiva al tener por objeto o efecto la limitación del acceso a la justicia del adherente tratándose de un derecho que la ley reconoce en todas las personas, además significa el incremento de los costos asumidos por la parte débil para proteger sus derechos, generando un desestimulo orientado a las acciones respectivas; pues la justicia arbitral resulta onerosa¹³³.

Los Contratos de Concesión bajo la Modalidad de APP para proyectos de infraestructura 4G incluyen, de manera más o menos uniforme, provisiones sobre amigable composición como mecanismo de solución de controversias

¹³² CORREA ARANGO, Gabriel. De los principales contratos mercantiles, 2.a ed. Bogotá, Temis, 1991, p. h9.

¹³³ POSADA TORRES, Camilo. Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano. Revista de derecho privado, Universidad Externado de Colombia, n.º 29, julio-diciembre, 2015, pp. 141-182. <http://dx.doi.org/10.18601/01234366.n29.07>.

contractuales. Sin embargo, la aplicación de este mecanismo no es excluyente de otros mecanismos -estos contratos incluyen también cláusulas compromisorias remisorias de arbitraje nacional e internacional- ni es aplicable para todas las controversias.

A diferencia de las cláusulas arbitrales pactadas —que se aplican a todas las obligaciones contractuales— a amigable composición no se extiende a todas las Controversias u obligaciones contractuales sino a aquellas previstas de manera específica dentro del Contrato. En otras palabras, si la Controversia entre las partes no se encuentra específicamente diferida a la amigable composición en una cláusula contractual especial, esta figura no será aplicable.

Los amigables componedores se nombran de manera anticipada al surgimiento de la controversia. Cada contrato tiene un panel permanente de amigables componedores, actualizado, con cierta periodicidad, que debe estar disponible cada vez que cualquiera de las partes quiera hacer uso de este mecanismo. La remuneración de estos amigables componedores se hace a través de la subcuenta que hace parte del patrimonio autónomo que administra los recursos del proyecto.

La decisión del panel de amigables componedores es vinculante para las partes. Sin embargo, el amigable componedor solo está facultado para interpretar el Contrato, mas no a modificarlo, subrogarlo u otra medida que implique el cambio de condiciones contractuales. El Panel tampoco podrá pronunciarse sobre las facultades exorbitantes de la Entidad. Además, en algunos proyectos se ha pactado que la decisión de los amigables componedores solamente es vinculante cuando es adoptada de manera unánime.

Cabe mencionar que en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá no exige ningún modelo o redacción

específica de una cláusula. En tal caso, sugiere el texto para la elaboración de esta cláusula, en amigable composición, que permita la solución de controversias contractuales a través de un tercero neutral calificado, que puede ser experto en diversas materias y profesional en distintas disciplinas, además puede ser una persona natural o jurídica y su decisión es de carácter obligatorio.

“Toda controversia o diferencia relativa a este contrato se resolverá a través de un panel de amigable composición, que funcionará en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, de conformidad con el Reglamento de Amigable Composición de dicho Centro”¹³⁴.

MANEJO DE ASUNTOS TÉCNICOS Y FINANCIEROS MEDIANTE AMIGABLES COMPONEDORES

Tal y como se ha referido con anterioridad, el artículo 59 de la Ley 1563 de 2012 define a la amigable composición como el mecanismo alternativo de solución de conflictos en el que las partes delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de definir, con fuerza vinculante para las partes, una controversia contractual de libre disposición. Debe destacarse que el amigable componedor no tiene que ser abogado y se caracteriza por tener un amplio y especializado conocimiento en la materia objeto de la disputa. Lo anterior propicia que a través de este mecanismo se busque la resolución de un conflicto de manera ágil, de forma que se puedan discutir aspectos de variada índole y que, como consecuencia del conocimiento especializado que tiene el amigable componedor, la amigable composición sea también un instrumento idóneo para discutir aspectos de carácter técnico.

El amigable componedor expide una decisión que es firmada por él

¹³⁴ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Disponible en: <https://www.centroarbitrajeconciliacion.com/Servicios/Amigable-composicion/Clausula-compromisoria>.

mismo y por las partes, que tiene los mismos efectos de la transacción; es decir, según la ley constituye cosa juzgada y las partes podrán dar alcance de prestar mérito ejecutivo. Dado que la amigable composición es un mecanismo contractual, la existencia de la cláusula respectiva no puede ser invocada con fuerza para enervar la acción contractual ni para derogar la competencia de la jurisdicción, sin perjuicio de reconocer que, una vez realizada de acuerdo con la ley, la decisión de los amigables componedores tiene fuerza de cosa juzgada¹³⁵.

Vale decir que los amigables componedores tienen la facultad de pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos que no se consideren excepcionales, tal y como establece la Ley 1682 de 2013¹³⁶ en el artículo 14. Sin embargo, y de manera especial, en la solución de las controversias aplican ciertas reglas, entre las que se encuentran: “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”, lo que ocurre en los términos del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, que corresponden a la caducidad, la reversión, la interpretación unilateral, la modificación unilateral y la terminación unilateral. Es decir, que al tenor del literal d del artículo 14 de la Ley 1682 de 2013, los árbitros y amigables componedores sí podrán referirse

¹³⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección A. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón (E), concepto 15 de abril de 2015, Rad. 11001-03-26-000-2010-00004-00(38053).

¹³⁶ 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”. Ley 1682 de 2013, por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias.

a los efectos económicos de los actos administrativos contractuales excepcionales¹³⁷.

EL PERFIL DEL AMIGABLE COMPONEDOR

El amigable componedor es un tercero imparcial e independiente que ha sido facultado por las partes para resolver de forma definitiva una controversia que ha surgido entre ellas. Además, este puede tener cualquier profesión y se caracteriza por su conocimiento especializado en una materia específica. El amigable componedor no requiere ser profesional del derecho, y es nombrado por las partes, directamente o mediante la delegación a un tercero de su designación.

Al respecto, instituciones como el Centro de Arbitraje y Conciliación han tomado en cuenta las diferentes necesidades de amigables componedores y han conformado paulatinamente un listado de amigables componedores en las siguientes materias: infraestructura, derecho contractual público, derecho contractual privado e ingeniería. En tal sentido, el perfil del amigable componedor corresponde a profesionales en áreas diferentes a la de derecho, que puedan desempeñar las funciones que les son inherentes al formar parte del panel de amigables componedores. Para el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, el amigable componedor debe poseer habilidades y destrezas que le permitan dar cumplimiento al encargo de solucionar el conflicto de las partes, especialmente como las siguientes:

“a. Ilustrarse, con todas las facultades, sobre los hechos que dan origen a la controversia, para lo cual podrá solicitar a las partes o a terceros que aporten los documentos, declaraciones o cualquier otra pieza que sea necesaria para cumplir con el fin aquí establecido.”

¹³⁷ GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán. Apuntes sobre amigable composición. Revista n.º 368, julio-diciembre, 2018.

b. Dirigir el trámite de la amigable composición y tomar las decisiones que considere necesarias para el buen funcionamiento del trámite y la garantía de los principios rectores de este reglamento.

c. Actuar, en cualquier etapa del trámite, por solicitud conjunta de las partes, como mediador en procura de una solución directa de las partes al conflicto. En caso de que las partes lleguen a un acuerdo, este constará por escrito y tendrá los efectos de una transacción.

d. Resolver el conflicto.

e. Realizar una eficiente administración de los honorarios y gastos de funcionamiento de la amigable composición. Al final del trámite entregar a las partes la relación de los gastos”¹³⁸.

¹³⁸CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ, Centro de Arbitraje y Conciliación, <https://www.centroarbitrajeconciliacion.com/Servicios/Amigable-composicion/Amigables-componedores>.

3. TERCER CAPÍTULO: RAZONES PARA PREFERIR EL ARBITRAJE EN LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

El arbitraje es una figura que se ha venido imponiendo fundamentalmente en la solución de controversias contractuales, lo que obedece a tres razones. En primer lugar, dado que actualmente persiste el grave problema de la morosidad en la administración de justicia, tanto en la jurisdiccional en materia civil como en materia contencioso-administrativa, el arbitraje se impone como una solución rápida y efectiva para solucionar controversias contractuales. En segundo lugar, gracias al arbitraje se puede contar con jueces especializados en las respectivas materias, que es útil puesto que en la medida en que el tema contractual es más complejo surge la necesidad de contar con jueces especializados, y esto es posible gracias al arbitraje. En tercer lugar, hay quienes acuden al arbitraje por desconocimiento pues, en la práctica, las personas copian formatos o minutas contractuales, por lo que suscriben contratos con cláusulas compromisorias sin saberlo y, como consecuencia, llegan al arbitraje por equivocación. Además, cabe mencionar que de cara a los otros mecanismos de solución de controversias contractuales —particularmente, frente a la amigable composición—, el arbitraje presenta ciertas ventajas que se constituyen en razones para preferirlo en lugar de aquella.

Por su parte, en la amigable composición las partes exponen todos sus argumentos a un tercero, quien no administra justicia, sino que emite una decisión, que para las partes tiene los efectos de una transacción. En este sentido, una ventaja proporcionada por la amigable composición es tener la naturaleza de un contrato de transacción elaborado por un tercero a petición de las partes, quienes se obligan a aceptar tal contrato. Sin embargo, una desventaja es que, en la amigable composición, el arreglo que profiere el amigable componedor implica la obligatoria aceptación y el acato de las partes

en controversia. Es por ello que, en el desarrollo de la amigable composición, las partes solicitan la oportunidad de controvertir, argumentar, probar y alegar, con lo que se genera el gran problema de la amigable composición, pues en la práctica se acerca mucho a un proceso judicial, lo que le resta su utilidad y su razón de ser porque las partes terminan en un escenario parecido al proceso judicial. Por tal razón, existe una gran tendencia a que las partes prefieran acudir al arbitraje.

Por otra parte, en el arbitraje las partes pueden designar sus árbitros, para lo que disponen de un escenario jurisdiccional, dado que los árbitros administran justicia. Este es un mecanismo con amplias oportunidades—incluso más allá que en un proceso verbal tramitado ante los jueces ordinarios—, además de que otorga la posibilidad de contar con jueces especializados. Sin embargo, la desventaja latente en el arbitraje se relaciona con los costos, que dependen de la cuantía y la única instancia, así como de tumbar laudos por vía del recurso de anulación o tutela, lo que es bastante complejo. En ese orden, se puede afirmar que de cara a todas las figuras alternativas de solución de controversias jurídicas el arbitraje presenta grandes ventajas para las partes, aunque se debe tener en cuenta que, si se está ante un asunto eminentemente técnico, la figura más adecuada es la amigable composición.

La amigable composición, como método alternativo de solución de conflictos diferente al arbitraje y a la conciliación, corresponde a una institución muy propia del derecho colombiano, puesto que en derecho comparado se equipará al arbitraje en conciencia y, por tal razón, a los árbitros habilitados para proferir laudos en equidad se les denomina árbitros arbitradores o amigables componedores.

La Corte Constitucional establece las diferencias entre la amigable composición y el arbitraje tal y como sigue:

“La amigable composición es un procedimiento eminentemente contractual; el arbitramento es un procedimiento judicial, aunque tenga fundamento inmediato en un acuerdo de voluntades, que se comprometen a que particulares habilitados por ministerio de la ley ejerzan la función estatal de dirimir un conflicto de intereses generando derogatoria de la jurisdicción estatal, para el caso concreto.- Los amigables componedores, por principio, no ejercen función estatal judicial; por el contrario, los árbitros sí, conforme lo establece directamente la Constitución Política (Art. 116).

La amigable composición es un mecanismo de autocomposición, los amigables componedores son representantes de las partes contratantes; el arbitramento es mecanismo de heterocomposición.

La amigable composición se desarrolla en la forma acordada autónomamente por las partes; por el contrario, el arbitramento en cuanto a su tramitación se halla sujeto a regulación legal específica. La amigable composición concluye en un acuerdo o convención que tiene los efectos de transacción; el arbitramento concluye en laudo que produce los efectos propios de las sentencias judiciales”¹³⁹.

La amigable composición no puede confundirse con el arbitramento, pues no corresponde a una figura de índole procesal y en su implementación y desarrollo no se administra justicia. Por lo tanto, se trata de una institución jurídica sustantiva, muy próxima a la transacción —figura que constituye el primero y más antiguo sistema de mecanismos alternos de solución de conflictos—.

Con respecto al arbitraje como equivalente jurisdiccional, la Corte Constitucional ha manifestado lo siguiente:

“El artículo 116 de la Constitución Política, junto con la Ley 446 de 1998, desarrollan la figura del arbitramento, entendido como un mecanismo

¹³⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-091 de 2000. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

alternativo de solución de controversias mediante el cual las partes involucradas resuelven voluntaria y libremente sustraer de la justicia estatal la solución de un conflicto, a fin de que un tercero particular, revestido temporalmente de función jurisdiccional, adopte una decisión de carácter definitivo y vinculante para las partes. Los árbitros se pronuncian sobre los hechos que dieron lugar a la controversia, resuelven las pretensiones de las partes, practican y valoran las pruebas, resuelven el litigio con fundamento en los mandatos constitucionales y legales o atendiendo a los principios de equidad, y sus decisiones hacen tránsito a cosa juzgada. Por estas razones, la jurisprudencia constitucional ha considerado que la decisión arbitral es eminentemente jurisdiccional y equivale a una providencia judicial”¹⁴⁰.

En Sentencia C-330 del 22 de marzo de 2000, la Corte Constitucional señaló:

“d. El arbitramento, tal como ha sido concebido en nuestro ordenamiento jurídico, es una figura procesal. Cuando la Constitución defiere a los particulares la función de administrar justicia en calidad de árbitros, les confía, como a todos los demás jueces, la solución de contenciones jurídicas entre las partes en concordancia con la Constitución y las leyes. De ahí que la institución arbitral en nuestro ordenamiento tenga el carácter de un proceso, que garantiza los derechos de las partes enfrentadas disponiendo de una serie de etapas y oportunidades para la discusión de los argumentos, la valoración de las pruebas aportadas y, aun, la propia revisión de los pronunciamientos hechos por los árbitros”.

COMPETENCIA DE LAS CÁMARAS DE COMERCIO EN COMPARACIÓN CON LOS AMIGABLES COMPONEDORES

El Ministerio de Justicia y del Derecho ha tomado una serie de medidas en las que predispone la estructura de los reglamentos de los centros de

¹⁴⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-288 de 2013. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

arbitraje y de amigable composición mediante instrumentos de unificación que tienen como destinatarios los entes que están bajo su "control, inspección y vigilancia". En efecto, de acuerdo con el criterio de dotar a los diferentes Centros de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición que se encuentran bajo la vigilancia del Ministerio de Justicia y del Derecho de una herramienta lo más completa posible para aproximarse al mínimo con el que deben contar los reglamentos internos de los Centros de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición¹⁴¹, se promueve el "Modelo Reglamento para Centros de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición"¹⁴² que reúne, en un único estatuto, las regulaciones sobre estos tres métodos alternativos de solución de controversias.

El modelo estatutario propuesto reitera el carácter contractual de la amigable composición en el sentido de que las partes tendrán facultades para configurar los aspectos instrumentales del trámite. No obstante, establece que los amigables componedores de los centros de arbitraje deberán seguir en todo caso —y aun en detrimento de lo estipulado expresamente por los interesados— unas reglas preestablecidas en estas normas modeladoras.

Sin embargo, el intento de unificar el modelo por parte del ente gubernamental es contrario al espíritu de libertad contractual que la ley dispone para la amigable composición, pues se sugiere a los centros —que son entes de naturaleza privada— unos estándares regulatorios mínimos y la disposición de una serie de etapas que ponen de manifiesto su interpretación sobre lo que significa el respeto a la "igualdad y la contradicción de argumentos y pruebas". Estos principios fueron efectivamente dispuestos en la ley como límites a la autonomía contractual, pero jamás fueron

¹⁴¹ Programa Nacional de Conciliación, Modelo de reglamento interno para Centros de Conciliación Arbitraje y Amigable Composición. Disponible en: <http://conciliacion.gov.co/portal/documentos>.

¹⁴² Programa Nacional de Conciliación, Modelo de reglamento interno para Centros de Conciliación Arbitraje y Amigable Composición. Disponible en: <http://conciliacion.gov.co/portal/documentos>.

contemplados en los términos que esta normativa propone. Adicionalmente, las disposiciones señaladas desconocen la posibilidad de que las partes involucradas en la solución del conflicto definan y estructuren los alcances del procedimiento bajo su propio criterio mediante la supresión de etapas, la disminución de términos o incluso la dotación de mayor informalidad a la decisión del tercero, pues este reglamento establece que los mínimos señalados serán aplicables para todos los efectos.

A pesar de lo anterior, y pese a las funciones que desarrolla el Ministerio de Justicia y del Derecho en relación con los Centros de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición y a su expresión unificadora plasmada en el señalado documento, estos entes administradores de trámites han contado con un nivel de autonomía tal que han podido regular el procedimiento de la amigable composición de forma diversa a la propuesta por el gobierno nacional.

De acuerdo con lo señalado, es importante resaltar que la Cámara de Comercio de Bogotá independiza en su reglamento de arbitraje la figura de la amigable composición en virtud de lo establecido por la ley, a partir del establecimiento de algunas reglas a seguir en este mecanismo alternativo de solución de conflictos. En efecto, reglamentos como el del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá —uno de los de mayor impacto nacional en el desarrollo de métodos alternativos de solución de conflictos— dispusieron en sus estatutos sobre la amigable composición una serie de fórmulas que constituyen una clara expresión de la autonomía de la voluntad privada combinada con aquellas que propician el impulso del trámite bajo el criterio del amigable componedor que, a su vez, se deberá guiar por los principios de igualdad promulgados en la correspondiente ley.

Estas disposiciones suponen ser de gran utilidad para los trámites de esta naturaleza, pues los amigables componedores no están atados a esquemas reglamentarios estrictos, por lo que pueden liderar bajo su criterio

el desarrollo del trámite según las necesidades que se presenten y las realidades que emerjan de cada caso particular, de forma que siempre toman en consideración que están supeditados a los acuerdos alcanzados por las partes antes y durante el desarrollo de los procedimientos. En efecto, lo dispuesto en la mencionada reglamentación replica las normas básicas del arbitraje internacional en las que el árbitro adquiere gran protagonismo y facultades de impulso de las actuaciones, lo que redundará en los criterios de efectividad, seguridad y celeridad que caracterizan esta clase de mecanismos alternativos¹⁴³.

De lo anterior surge que la configuración legal de la amigable composición resulta favorable para que tanto las partes involucradas en los conflictos como las entidades privadas que se dedican a la prestación de estos servicios reglamenten los procedimientos ajustados a las necesidades de cada caso. Por su lado, las funciones de control, inspección y vigilancia atribuidas por ley al Ministerio de Justicia y del Derecho no han sido determinantes para que, por medio de actuaciones administrativas, se homogeneicen visiones exclusivas y excluyentes de lo que deben ser los procedimientos de amigable composición adelantados por los centros operadores de este mecanismo alternativo de solución de controversias.

De tal manera, los reglamentos modelo expedidos por el gobierno nacional han conservado su carácter de verdaderas guías para aquellos centros que deseen replicarlos y alinearse bajo los parámetros sugeridos, y en una menor medida han representado imposiciones de fórmulas contractuales emanadas de una autoridad con pretensiones unificadoras.

¹⁴³ REY, Pablo. El arbitraje doméstico colombiano a la sombra de la amigable composición como mecanismo que privilegia la autonomía de la voluntad. *Vniversitas*, n.º 133, Bogotá, julio-diciembre, 2016. <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj133.adcs>.

LA AMIGABLE COMPOSICIÓN COMO MECANISMO DE PREVENCIÓN DE PROCESOS DE ARBITRAJE O JUDICIALES

Desde hace varios años la amigable composición ha sido un mecanismo permitido por la ley colombiana para solucionar diferencias que siempre tiene un efecto contractual, lo que quiere decir que el aporte de este método a las partes incurso en un conflicto es una fórmula contractualmente obligatoria cuya finalidad es superar las diferencias mediante la creación de un acuerdo vinculante que ponga fin a la mencionada diferencia.

La labor que tienen los MASC es complementaria y busca generar nuevas soluciones a los conflictos que se suscitan entre las partes con eficacia y celeridad, sin la necesidad de acudir a las instancias judiciales. La Ley 1563 de 2012, en su artículo 59, define a la amigable composición como 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 la facultad de definir, con fuerza vinculante para las partes, una controversia contractual de libre disposición.

Los mecanismos alternativos —como el caso de la amigable composición— son una solución para el descongestionamiento judicial, y aunque la vía judicial hace parte de los mecanismos heterocompositivos por sus características, no tendría razón de ser que fuese un mecanismo alternativo a él mismo.

Cabe destacar que, ante la controversia, un tercero neutral —denominado amigable componedor— toma la decisión sobre el conflicto en virtud de un mandato que le ha sido otorgado por las personas envueltas en una diferencia. La amigable composición es un procedimiento eminentemente contractual en el que particulares ejercen la función estatal de dirimir un conflicto de intereses mediante la generación de una derogatoria de la

jurisdicción estatal para el caso concreto. Por principio, los amigables componedores no ejercen función estatal judicial, mientras que, por el contrario, los árbitros sí, de conformidad con lo establecido directamente por el artículo 116 de la Constitución Política.

La figura de la amigable composición aparece como un mecanismo de auto composición que se desarrolla de acuerdo con la forma acordada por las partes, y que concluye en un acuerdo o convención que goza de los mismos efectos de una transacción, que ha sido facilitado por terceros con facultades para comprometer contractualmente a las partes.

EVENTUALES DILACIONES GENERADAS POR LOS AMIGABLES COMPONEDORES

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas puede concebirse como un derecho subjetivo constitucional de carácter autónomo —aunque instrumental del derecho a la tutela—, que asiste a todos los sujetos del derecho privado que hayan sido parte en un procedimiento judicial y que se dirige frente a los órganos del poder judicial —aun cuando en su ejercicio han de estar comprometidos todos los demás poderes del Estado—, que crea en él la obligación de satisfacer dentro de un plazo razonable las pretensiones y resistencias de las partes o de realizar sin demoras la ejecución de las sentencias¹⁴⁴.

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas o el derecho a la duración de un proceso en un plazo razonable aluden a un ideal temporal en la estructuración del sistema procesal y al reconocimiento de una garantía constitucional que protege la eficacia misma del proceso¹⁴⁵.

¹⁴⁴ GIMENO SENDRA, Vicente. Constitución y proceso. Madrid: Tecnos, 1988, p.136.

¹⁴⁵ RIBA Trepas, Cristim. Eficacia temporal del proceso. El juicio sin dilaciones indebidas. Barcelona: Bosch, 1997, pp. 160 y ss.

El problema de la duración del proceso se aprecia desde dos aspectos, de los cuales el primero consiste en un problema de excesiva celeridad que afecta el desarrollo del proceso y vulnera las garantías procesales consustanciales a él; el segundo se aprecia como un problema de retardo irrazonable que hace infructuosa la tutela jurisdiccional. El primer caso implica arbitrariedad en el procedimiento en la medida en que se vulneran garantías del proceso sin las cuales este no puede ser considerado legítimo; en el segundo caso, existe arbitrariedad en la medida en que se ha sobrepasado el límite temporal de duración aceptable del proceso, lo que genera ineficacia de la tutela¹⁴⁶.

La jurisprudencia constitucional ha señalado que los mecanismos alternativos de resolución de conflictos alcanzan los siguientes objetivos: i) buscan hacer efectivo uno de los fines constitucionales, como es el de la convivencia pacífica; ii) permiten la participación directa de los interesados en la resolución de sus conflictos; iii) son otra forma de hacer efectivo el derecho de acceso a la administración de justicia; y iv) son un buen mecanismo para lograr la descongestión judicial¹⁴⁷.

Además de reiterar los conceptos sobre la forma de clasificación de los mecanismos y señalar sus bondades, la jurisprudencia de la Corte ha vinculado inescindiblemente estas figuras con el derecho fundamental de acceso a la justicia que, a su vez, forma parte del núcleo esencial del derecho al debido proceso. En tal sentido, resulta imperativo para la alta corporación que estos mecanismos cuenten con "procedimientos idóneos y efectivos para la determinación legal de derechos y obligaciones, que las controversias planteadas sean resueltas dentro de un término prudencial y sin dilaciones

¹⁴⁶ APOLÍN MEZA, Dante Ludwig. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Revista Foro Jurídico, p.83-88.

¹⁴⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-222 de 17 de abril de 2013. Magistrada Ponente: María Victoria Calle-Correa, Consideraciones y fundamentos de la Corte, 4.2. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/c-222-13.htm>.

injustificadas, que las decisiones sean adoptadas con el pleno respeto del debido proceso, que exista un conjunto amplio y suficiente de mecanismos para el arreglo de controversias, que se prevean mecanismos para facilitar el acceso a la justicia por parte de los pobres, [y] que la oferta de justicia permita el acceso a ella en todo el territorio nacional"¹⁴⁸.

¹⁴⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-222-13, 17 de abril de 2013, magistrada ponente María Victoria Calle-Correa, Consideraciones y fundamentos de la Corte, 4.1. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/c-222-13.htm>.

4. CUARTO CAPÍTULO MEDIDAS PARA MEJORAR LA EFICACIA DE LA AMIGABLE COMPOSICIÓN EN LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Hasta ahora se han expuesto los aspectos más importantes con respecto a la figura de la amigable composición y su incidencia en los contratos de infraestructura. Esto hace posible formular una propuesta de medida que pudiera servir para contrarrestar los posibles efectos negativos de la escogencia de este mecanismo como medida alterna para la eventual solución de conflictos entre las partes.

En primer lugar, se hace un llamado de atención sobre el hecho de que la amigable composición se anteponga a otros mecanismos de solución de conflictos; es decir, que, por señalamiento del contrato, primero se debe recurrir a la amigable composición antes que a otro mecanismo, como lo es el arbitramento nacional. Sobre esta estipulación, hay que señalar también que esta condición se presenta como un “dilatatorio” del que, pese a considerarse la cláusula de continuidad en la ejecución del contrato aun cuando hubiera un asunto sometido a controversia, el hecho de que exista una desavenencia en el entendimiento contractual es suficiente para que la decisión que sobre el particular se tome pudiera generar algún traumatismo en la ejecución pronta y efectiva de las obras contratadas —elemento de gran interés para el bien general—.

Por lo anterior, se considera que la amigable composición no debería ser el primero de los mecanismos ni se debería dejar a cualquier otro como subsidiario, sino que a este se debería recurrir solo cuando la cuantía de la controversia fuera lo suficientemente pequeña como para no llegar a generar ningún tipo de traumatismo en la ejecución del contrato como consecuencia de la decisión a la que el panel de amigables componedores hubiera llegado.

Sobre esta misma línea, se plantea entonces que como medio general para evitar que las decisiones adoptadas por el amigable componedor tuvieran el percance de ser decisiones por fuera de derecho y, como se mencionó, contrarias de esta forma al principio de legalidad, al precedente judicial y a los vacíos que el término “equidad” —ya como criterio de interpretación o auxiliar de la justicia— pudiera generar, se propone que las controversias sometidas a este mecanismo lo sean en virtud de su cuantía —mínima de acuerdo con el costo del contrato—, de manera que cualquier preocupación con respecto a si la decisión del amigable componedor se tomó en derecho o en equidad, y si fue adoptada por profesionales en derecho o no, sea inocua en consideración del monto que la decisión supone y, en cambio, para controversias que pudieran comprometer un monto superior, sea el mecanismo del arbitramento nacional el primero en tenerse en cuenta.

CONCLUSIONES

Las conclusiones a que dio lugar este trabajo son las siguientes:

1. La figura de la amigable composición es un mecanismo alternativo para la solución de conflictos en los contratos de obras de infraestructura hechos por la Agencia Nacional de Infraestructura —ANI—, a la que se acude como primer mecanismo para la solución de controversias entre los contratantes en los contratos suscritos por esta entidad estatal, pese a que la figura tiene un origen y adaptabilidad más cercana a las relaciones contractuales entre privados —tema que no fue ajeno a controversias—.

A través de la presentación del mecanismo, su desarrollo legal y jurisprudencial, se evidenció que la amigable composición, tal y como está formulada y acogida tanto en la ley como en los contratos de infraestructura, pudiera no ser la figura más adecuada para el cumplimiento de las garantías legales que, en procura del interés general, abarca la ejecución de este tipo de contratos.

La Corte Constitucional ha tenido oportunidad de referirse en varias ocasiones a la figura de la amigable composición a través de diversas sentencias desde el año 1996, y en tales pronunciamientos ha caracterizado paulatinamente —tanto en materia sustancial como procesal— este mecanismo, y lo ha precisado con el ánimo de diferenciarlo de otros mecanismos alternativos de solución de conflictos. En virtud de ello, la amigable composición se tiene como una institución de derecho sustancial y, específicamente, del derecho de los contratos, al igual que la transacción; además, los amigables componedores no ejercen una función jurisdiccional. Se destaca que la amigable composición y la transacción se desarrollan a través de un trámite contractual, por lo que no tienen consecuencias de carácter procesal y dejan a criterio de las partes los pasos a seguir.

2. La amigable composición concluye con el convenio de composición elaborado por un tercero, con el que se espera que el conflicto sea solucionado, mientras que la transacción es una solución surgida de las mismas partes. El vínculo existente entre el amigable componedor y las partes es un contrato de mandato, por lo que el límite a las actuaciones del amigable componedor está consignado en el contrato.

El convenio de composición no tiene resoluciones ni órdenes, pues solo se limita a fijar los compromisos voluntarios a los que han llegado las partes. Según sea el caso, el convenio de composición puede convertirse en un contrato adicional y modificatorio del contrato original. Se debe destacar que el efecto del convenio de composición es el de una transacción, lo que implica el efecto de cosa juzgada en última instancia y que, por su naturaleza contractual, el compromiso suscrito entre las partes no es objeto de recurso procesal alguno, por lo que la única forma de controvertirlo es a través de la demanda de su eficacia como acto jurídico.

3. En cuanto al mecanismo de la amigable composición en los contratos, se toma como referencia la Ley 1682, expedida en el año 2013, por medio de la cual se adoptaron medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte, entre los que se contemplan los mecanismos alternativos de solución de controversias, artículo 14, literal a, el cual dispone que las entidades públicas les es posible acudir a estos mecanismos siempre y cuando “las decisiones proferidas en ejercicio de los mecanismos alternativos de solución de controversias, relativas al contrato, deberán proferirse en derecho”.

Los contratos que celebra la ANI en cumplimiento de sus funciones incluyen, en el acápite concerniente a la solución de controversias, la figura de la amigable composición como mecanismo para surtir eventuales dificultades. Al respecto, el clausurado del contrato establece sobre la elección del amigable componedor que las partes acuerdan acudir a un panel de amigables componedores permanente para definir todas aquellas controversias que se hubieran señalado expresamente en el contrato.

Este panel de amigables componedores está conformado por tres personas naturales que definirán en derecho, de manera vinculante e imparcial, las controversias entre las partes. Con respecto a las características de estos integrantes, el contrato estipula que deben ser profesionales en economía, finanzas, ingeniería, arquitectura y áreas afines, además de un profesional en derecho; es decir, al menos uno de los tres integrantes del panel debe ser un abogado, mientras que los otros dos pueden ser profesionales en alguna de las otras carreras referidas o similares.

4. Con respecto al alcance de las decisiones del panel de amigables componedores, el contrato establece que el amigable componedor puede hacer una interpretación libre del contrato, pero no puede incluir en su decisión una subrogación, modificación, sustitución, aumento, adición, complemento o derogación en el contenido. Así mismo, las decisiones del panel deben adoptarse por unanimidad, pues sin el cumplimiento de esta condición la decisión del panel pierde su carácter vinculante u obligatoria, por lo que cualquiera de las partes puede entonces acudir al tribunal de arbitramento.

Al hacer la comparación entre la amigable composición y el arbitramento, la amigable composición se presenta como una alternativa más laxa, abierta y volitiva, en contraposición con la del arbitramento, que tiene un procedimiento, escogencia y fuerza de decisión mucho más rígida y vinculante, lo que lleva entonces a cuestionar si el mecanismo de la amigable composición es en realidad una alternativa que bien pudiera ser eficiente y eficaz en la contratación pública de obras de infraestructura o si debería quedar excluida de este tipo de contratos debido a sus características.

5. Entre las críticas que pueden formularse en contra de la amigable composición como mecanismo alternativo para la solución de controversias en contratos de obras de infraestructura se encuentran aquellas que dan cuenta de lo que se puede considerar como criterio de equidad cuando este queda establecido en el contrato.

La inseguridad jurídica se presenta como otra de las críticas hechas al mecanismo, puesto que el fallo en equidad supone una vulneración al principio de legalidad y el precedente jurisprudencial debido a que, sobre el primero, las decisiones del amigable componedor que se dictan en equidad y que han sido adoptadas por profesionales que bien pudieran no ser abogados, con gran probabilidad van a desconocer el reconocimiento que sus decisiones deben tener conforme con la ley y los métodos de interpretación previstos para ello, y sobre el precedente jurisprudencial, si acaso es probable que se desconozca el mandato legal, mucho más lo será el precedente, que es fuente formal de derecho en el ordenamiento jurídico colombiano.

Más que redundar en los intereses de la comunidad, representados en el la autonomía jurídica que la ley le confirió a la ANI, el mecanismo de la amigable composición en los contratos de infraestructura pública podría afectarlos por la decisión que se adopta por parte de un panel de personas cuyas capacidades para decidir en derecho pueden ser objeto de una negociación, y puesto que las partes contratantes se han decantado por la decisión en equidad, queda del todo sometida a premisas que bien pudieran incluso ser contrarias al derecho y ajustarse a lo que un grupo de profesionales considera que puede ser lo más “equitativo”.

Se concluye que no se debe recurrir al mecanismo de la amigable composición como el primero y dejar a otro mecanismo como subsidiario, sino que a este se debería recurrir en el caso en que la cuantía de la controversia sea suficientemente pequeña como para que no se generen situaciones

traumáticas en la ejecución del contrato a consecuencia de la decisión emitida por el panel de amigables componedores.

BIBLIOGRAFÍA

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA —ANI—. Contrato de Concesión n.º 664 de 1994. Disponible en: https://www.ani.gov.co/sites/default/files/cto._concesion_664_de_1994.pdf.

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA —ANI—, Contrato de concesión n.º 005 de 1999, para la construcción, rehabilitación, operación y mantenimiento de la malla vial del Valle del Cauca y Cauca.

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA —ANI—, Contrato de concesión bajo el esquema de APP n.º 01 de 2017.

APOLÍN MEZA, Dante Ludwig. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Revista Foro Jurídico, p. 83-88.

ARANA, Muriel. El riesgo de diseño en los contratos de concesión de infraestructura vial. En: Revista de Derecho Administrativo. 2016, n.º 16.

ARAUJO, Juan; SIERRA, Ana. Concesiones de cuarta generación. Impacto sobre los seguros de cumplimiento. 2013, p.187.

AREVALO REYES, Héctor (Comentarista). Nuevo Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y Amigable Composición. ECOE Editores, 2017, p. 137.

BÁEZ MARTÍNEZ, Roberto. Manual de Derecho Administrativo, Edit. Trillas, México, 1990, p.12.

BENDECK OLIVELLA, Jorge. Exposición de motivos al proyecto de ley n.º 149 de 1992. Gaceta del Congreso, n.º 75, 23 de septiembre de 1992.

BERNAL, Francisco. Derecho Administrativo. Escuela Superior de Administración Pública, 2008.

BLANCO, José Vicente. La amigable composición en equidad: Un regreso al origen de la teoría del equilibrio económico del contrato. La contratación estatal en Colombia, 2015. Disponible en: <https://contratacionestatal.blogspot.com/2015/05/la-amigable-composicion-en-equidad-un.html>.

CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ Centro de Arbitraje y Conciliación, Tribuna arbitral de Sociedad concesionaria Montes de María S.A.S. contra la Agencia Nacional de Infraestructura —ANI—: Laudo arbitral, julio 13 de 2018.

CARNELUTTI, Francesco. Instituciones, Tomo I, Buenos Aires, Ejea, 2008, p. 61, número 113.

CASTRO LONDOÑO, Juliana, MENZIETA ANGARITA, Cristian; TRIANA LESMES, Sara. Análisis de las cláusulas de amigable composición en los contratos de infraestructura de la ANI. Universidad Nacional de Colombia, 2018.

CESSARE MASSIMO, Bianca. Derecho civil 3, el contrato. Traductores Fernando Hinestrosa y Édgar Cortés, segunda edición, Universidad Externado de Colombia, 2007.

CORREA ARANGO, Gabriel. De los principales contratos mercantiles, 2.a ed. Bogotá, Temis, 1991.

ESCUADERO ALZATE, María Cristina. Mecanismos alternativos de solución de conflictos conciliación, arbitramento y amigable composición. Editorial Leyer, Bogotá, 2016.

GARCIA, Orlando. Lecciones de derecho administrativo. Institución Universitaria Sergio Arboleda, Bogotá D.C., 1994, p. 8.

GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán. Apuntes sobre amigable composición. Revista Academia Colombiana de Jurisprudencia n.º 368, julio-diciembre, 2018.

----- . La conciliación extrajudicial y la amigable composición, Temis, Bogotá, 2003, p. 34-85.

GIMENO SENDRA, Vicente. Constitución y proceso. Madrid: Tecnos, 1988.

HENAO, Juan Carlos. La jurisdicción de lo contencioso administrativo: cien años creando derecho a partir de precedentes jurisprudenciales, 100 años de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. Alberto MONTAÑA PLATA y Andrés Fernando OSPINA GARZÓN (eds.), 2014.

HERNÁNDEZ ESPINOZA, Gustavo. 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. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Departamento de Derecho Público, Bogotá D.C., 2018, 99 p.

LAMPREA RODRÍGUEZ, Pedro Antonio. Contratos estatales, editorial Temis, Bogotá, 2007.

LARIOS, José Luis. La seguridad jurídica en Colombia. Universidad Santo Tomás, 2014.

LARROUMET, Christian. Teoría general del contrato, Bogotá, Temis, 1999.

MARTINEZ Cárdenas, Betty. Nueva perspectiva del sistema de derecho continental en Colombia. *Ius et Praxis*, año 17, n.º 2, 2011, pp. 25-52. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v17n2/art03.pdf>.

OÑATE, Tatiana; TERNERA BARRIOS, Francisco. El contrato *sui generis* de amigable composición: una alternativa para la solución de controversias en los proyectos de infraestructura. *Revista de derecho público*, n.º 35, Universidad de los Andes, DOI:<http://dx.doi.org/10.15425/redepub.35.2015.03>.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO. Abrir mercados y promover la buena gobernanza. Acuerdo sobre contratación pública, Organización Mundial del Comercio, 2005.

ORTIZ A, y SOLORZANO G. La amigable composición en equidad, una institución negocial alternativa de solución de conflictos con deficientes cimientos en la contratación pública. Universidad ICESI, Santiago de Cali, 2017.

OSORIO HERNÁNDEZ, Mario Ricardo. Amigable composición y arbitraje en equidad: pasado presente y futuro de dos engendros colombianos, en *Ensayos arbitrales*, Cámara de Comercio de Bogotá, Kimpres, Bogotá, 2010, pp. 3-26.

PARICIO, Javier. Los arbitrajes privados en la Roma Clásica, 42. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2014.

POSADA TORRES, Camilo. Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano. *Revista de derecho privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 29, julio-diciembre, 2015, pp. 141-182. <http://dx.doi.org/10.18601/01234366.n29.07>.

RAMOS ACEVEDO, Jairo. Cátedra de derecho Administrativo General y Colombiano. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá D.C., 2003.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. *Diario Oficial*, n.º 41.094, 28 de octubre de 1993. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=304>.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1285 de 2009, por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia. Diario Oficial, n.º 47.240, 22 de enero de 2009. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1285_2009.html.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Diario Oficial, n.º 47.956, 18 de enero de 2011. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1563 de 2012, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial, n.º 48489, 12 de julio de 2012. Disponible en: <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=48366>.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1682 de 2013, por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias. Diario Oficial, n.º 48.982, 22 de noviembre de 2013. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic5_col_andje_anex8.pdf.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Documento CONPES 3760, Proyectos viales bajo el esquema de asociaciones público privadas: cuarta generación de concesiones viales. Disponible en: https://www.ani.gov.co/sites/default/files/conpes_3760.pdf.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Documento CONPES 3800, Modificación al documento CONPES 3760: "Proyectos viales bajo el esquema de asociaciones público privadas: cuarta generación de concesiones viales". Disponible en: https://www.ani.gov.co/sites/default/files/conpes_3800.pdf.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 4165 de 2011, por el cual se cambia la naturaleza jurídica, cambia de denominación y se fijan otras disposiciones del Instituto Nacional de Concesiones (INCO). Diario Oficial, n.º. 48242, 3 de noviembre de 2011. Disponible en: <https://www.ani.gov.co/sites/default/files/dec416503112011.pdf>.

REY, Pablo. El arbitraje doméstico colombiano a la sombra de la amigable composición como mecanismo que privilegia la autonomía de la voluntad. *Vniversitas*, n.º 133, julio-diciembre, 2016. p.229-250

RIBA TREPAT, Cristim. Eficacia temporal del proceso. El juicio sin dilaciones indebidas. Barcelona: Bosch, 1997.

RICO PUERTA, Luis Alonso. Teoría general del proceso. Bogotá, D.C.: Editorial Leyer, 2008.

----- . Teoría general y práctica de la contratación estatal. 6ª ed., Bogotá, D.C., Editorial Leyer, 2009.

RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho administrativo general y colombiano, Bogotá, D.C., Editorial Temis, 2001, p.11.

RODRÍGUEZ MEJÍA, Marcela. Una aproximación al régimen del arbitraje nacional del nuevo estatuto del arbitraje en Colombia, Ley 1563 de 2012. Revista de derecho privado, Universidad Externado de Colombia, n.º 23, 2012, pp. 367-405. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3312/3461>.

RODRÍGUEZ ALESSANDRI, Arturo. De los contratos, Chile, Editorial jurídica de Chile, 2011.

ROJAS ARBELÁEZ, Gabriel. El espíritu del derecho administrativo. Bogotá, D.C., Editorial Temis, 1985, p. 4.

RUFÍAN LIZANA, Dolores María. *Manual de concesiones de obras públicas*, 2ª Ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2018.

TAYLOR, S.; BOGDAN, R. (1994). Introducción a los métodos cualitativos de investigación. Buenos Aires: Paidós, 2018.

TERNERA BARRIOS, Francisco. Amigable composición: contrato para solucionar conflictos, Revista de derecho privado, n.º 38, Bogotá, Universidad de los Andes, 2007.

VÉSCOVI, Enrique. Teoría General del Proceso, Bogotá, Temis, 2006, p. 6.

ZAMORA Y CASTILLO, Niceto Alcalá. Proceso, autocomposición y autodefensa, México, Universidad Autónoma de México, 2000.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL

REPÚBLICA DE COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-536 de 1995. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Disponible en: <https://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/-43559280>.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-163 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-163-99.htm>.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1547 de 2000. M.P. Cristina Pardo Schlesinger. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-1547-00.htm>.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-088 de 2000. M.P. Fabio Morón Díaz. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-088-00.htm>.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-091 de 2000. M.P. Álvaro Tafur Galvis. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/SU091-00.htm>.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-098 de 2001. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-098-01.htm>.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-710 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-710-01.htm>.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1195 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1195-01.htm>.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-372 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño. Disponible en: https://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/-43618542?_ga=2.44855847.2097153071.1577625892-1060034585.1577625892.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-837 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Disponible en: <https://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/-43619063>.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 046 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-046-02.htm>.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-128 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-128-03.htm>.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-017 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Disponible en: <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/17098/T-017-05.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-176 de 2008. M.P. Mauricio González Cuervo. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-176-08.htm>.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-713 de 2009. M.P. María Victoria Calle Correa. Disponible en: <https://corteconstitucional.vlex.com.co/vid/-208168043>.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-634 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Disponible en: https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=48244.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-330 de 2012. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-330-12.htm>.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-631 de 2012. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Disponible en: <http://www.avancejuridico.com/actualidad/ultimassentencias/C-631-12.html>.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-222 de 17 de abril de 2013. M.P. María Victoria Calle-Correa, Consideraciones y fundamentos de la Corte, 4.2. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/c-222-13.htm>.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-288 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-288-13.htm>.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-284 de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo. Disponible en: <https://corteconstitucional.vlex.com.co/vid/572616198>.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-538 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-538-16.htm>.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 30 de noviembre de 2006, M.P. Marina Pulido Varón.

CONSEJO DE ESTADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO, Sala de consulta y servicio civil, C.P. Luis Camilo Osorio Isaza, Concepto del 16 de marzo de 2000, Rad. 1246.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO, Sala de consulta y servicio civil, C.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce, concepto de 6 de abril de 2000, Rad. 1263.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO, Sala de consulta y servicio civil, C.P. Susana Montes de Echeverri, concepto de 25 de abril de 2002, Rad. 1417.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO, Sala de consulta y servicio civil, C.P. Enrique José Arboleda Perdomo, concepto de 13 de agosto de 2009, Rad. 11001-03-06-000-2009-00033-00(1952), actor: Ministerio de Transporte.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección A. C.P. Hernán Andrade Rincón (E), concepto 15 de abril de 2015, Rad. 11001-03-26-000-2010-00004-00(38053).

REPÚBLICA DE COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO, Sala de consulta y servicio civil, Concepto 00071 de 2017, C.P. Oscar Darío Amaya, Navas, Concepto del 12 de diciembre de 2017, Rad. 11001-03-06-000-2017-00071-00.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, Rad. 2500023260002008 0014102.

SITIOS WEB

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA —ANI—. Asociación pública privada IPB Autopista al mar 2. Disponible en: <https://www.ani.gov.co/asociacion-publico-privada-ipb-autopista-al-mar-2>.

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA —ANI—. Asociación público privada APP corredor vial Bucaramanga-Pamplona. Disponible en: <https://www.ani.gov.co/asociacion-publico-privada-app-corredor-vial-bucaramanga-pamplona>.

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA —ANI—. Sistema vial para la conexión del Cesar y Guajira IPV. Disponible en: <https://www.ani.gov.co/sistema-vial-para-la-conexion-del-cesar-y-guajira-ipv>.

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA —ANI—. Corredor transversal del Sisga. Disponible en: <https://www.ani.gov.co/corredor-transversal-del-sisga>.

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA —ANI—. Interventoría concesión aeropuerto Ernesto Cortissoz, Barranquilla. Disponible en: <https://www.ani.gov.co/interventoria-concesion-aeropuerto-ernesto-cortissoz-barranquilla>.

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA —ANI—. Detalle del Proceso Número: VJ-VE-APP-IPV-001-2015. Disponible en: <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=15-19-3423753>.

CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Disponible en: <https://www.centroarbitrajeconciliacion.com/Servicios/Amigable-composicion/Clausula-compromisoria>.

PROGRAMA NACIONAL DE CONCILIACIÓN. Modelo de reglamento interno para Centros de Conciliación Arbitraje y Amigable Composición. Disponible en: <http://conciliacion.gov.co/portal/documentos>.