

LA AMIGABLE COMPOSICIÓN EN LOS ALBORES DE LA LEY 1882 DE 2018¹

Tatiana Oñate Acosta*

Francisco Ternera Barrios*

RESUMEN

El refuerzo que la expedición de la Ley 1882 de 2018 brinda a los proyectos de infraestructura es el contexto ideal para recordar las especiales características que identifican a la “Amigable Composición” en Colombia y reiterar su importancia para facilitar la solución de los conflictos que se pueden presentar en la gestión contractual de estas operaciones. Por ser una institución que es a la vez un contrato y un mecanismo alternativo de solución de conflictos, la amigable composición colombiana, como institución especial del derecho privado colombiano, brinda diversas bondades a las partes para superar su conflicto y mantenerse enfocadas en la culminación exitosa del proyecto, lo cual es indispensable para superar el rezago en infraestructura que sigue padeciendo el país.

PALABRAS CLAVES

Contrato, arbitraje, mecanismo de solución de conflictos, amigable composición, proyectos de infraestructura

INTRODUCCIÓN

¹Una versión inicial de este artículo fue publicada en la Revista de Derecho Público No. 35 de la Universidad de los Andes.

* Profesora Principal de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Colombia).

* Profesor Titular de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Colombia).

La expedición de la Ley 1882 de 2018 “Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones.” fue recibida con gran entusiasmo por los diferentes actores vinculados al Sector Infraestructura, dentro de los cuales nos incluimos, porque consolida los avances que se han logrado en un Sector en el que en los últimos quince años se ha venido invirtiendo, en promedio, el 3,2% del PIB² y que, de acuerdo con las recomendaciones de los organismos multilaterales de crédito, debe seguir aumentando en los próximos años a un promedio del 6% anual para solucionar el rezago histórico³. En este contexto, este artículo busca recordar que para estimular la inversión en la infraestructura del país, se cuenta con herramientas jurídicas hechas a la medida de las particularidades propias de un Sector en el que los Proyectos de Infraestructura se desarrollan mediante *contratos “dinámicos” de largo plazo, que requieren de “ajustes” para la consecución del objeto contractual*⁴ y donde su “sello distintivo” es que la asignación de riesgos predispone a ese contrato “dinámico” a distintos conflictos de orden técnico, financiero, económico o jurídico que suelen desincentivar la inversión si no se tienen alternativas que brinden seguridad, rapidez y eficacia.

En este contexto, para los propósitos de nuestro artículo, entenderemos por “Proyectos de Infraestructura” el conjunto de acuerdos y contratos entre varias partes, incluyendo al gobierno como regulador o concesionario,⁵ con el fin de desarrollar los insumos de capital fundamentales para la producción y generación de riqueza considerados elementos necesarios en todas las etapas de desarrollo de las economías⁶. En este sentido, tomamos partido por la posición que considera que la infraestructura puede tener un impacto transformador, favoreciendo la productividad y la competitividad en los mercados internacionales, y con ello, el crecimiento y el desarrollo económico y social⁷. En términos generales, la literatura económica ha

² Clavijo, S., Vera, A. y Vera N. 2012. “La Inversión en Infraestructura 2012-2020: Efectos fiscales y Requerimientos Financieros. Documento elaborado por encargo de la Comisión de Infraestructura. Julio de 2012.

³ Idem

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C – 300 de 2012.

⁵ Ver: BRC Standards&Poor’s. Metodología de Calificación Proyectos de Infraestructura.

⁶ Lardé, Jeannette y Sánchez J, Ricardo, Boletín Fal, Edición No.332. Número 4. 2014. CEPAL.

⁷ Idem

considerado⁸ que los servicios en redes de la infraestructura energética, de transporte, telecomunicaciones, agua potable y saneamiento constituyen un elemento articulador de la estructura económica de los territorios y sus mercados, y son mecanismos concretos de acoplamiento de las economías nacionales con el resto del mundo, haciendo posible la movilidad de carga y de pasajeros y las transacciones dentro de un espacio geográfico y económico determinado, y con el exterior. Por esta razón, en los últimos años los países en desarrollo han fomentado la realización de reformas que permitan mejorar y extender los servicios de infraestructura, al ser conscientes de que los niveles y la calidad de la infraestructura tienen un enorme efecto sobre el crecimiento económico y la disminución de la pobreza, y que los niveles de calidad actuales son inadecuados.

Particularmente, desde hace algunas décadas, los “proyectos de infraestructura” se han impulsado gracias a la participación privada la cual ha sido motivada por una necesidad urgente de realizar enormes inversiones. En efecto, dada la escasez de fondos públicos y las necesidades en amplios sectores sociales, la mayoría de los países optaron por transferir los servicios de infraestructura al sector privado. Esta participación privada en los “proyectos de infraestructura” puede darse de diferentes formas las cuáles pueden involucrar desde los contratos de administración a los contratos de concesiones, pasando por todas sus modalidades, hasta, finalmente llegar a la privatización plena⁹. Desde esta perspectiva, en nuestro país¹⁰, así como en México¹¹ y Perú¹², la tendencia reciente es estimular el desarrollo

⁸ ROZAS, Patricio y SÁNCHEZ, Ricardo. 2004, Desarrollo de infraestructura y crecimiento económico: revisión conceptual. *Serie Recursos naturales e Infraestructura No. 75*. Publicación de las Naciones Unidas, Santiago de Chile, octubre. ISBN: 9213225776

⁹ Guasch J, Luis. Título original de la obra: *Granting and Renegotiation Infrastructure Concessions: Doing it Right* © 2004 by The International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank 1818 H Street, NW, Washington, DC 20433, USA . Edición en castellano: *Concesiones en infraestructura. Como hacer/lo bien*. © 2005 by The International Bank for Reconstruction and Development/ The World Bank. Páginas: 20-25

¹⁰ Ver: Ley 1508 de 2012

¹¹ Ver: Ley de Asociaciones Público – Privadas del 16 de enero de 2012, reformada el 14 de julio de 2014

¹² Ver: Decreto Legislativo N° 1012- Decreto Legislativo que aprueba la ley marco de Asociaciones Público - Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la Inversión Privada (Actualizado Al 02.03.2014).

Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012 - Decreto Supremo N° 127-2014-EF – Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012 que aprueba la Ley Marco de Asociaciones Público-Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción privada”.

de “proyectos de infraestructura” a través de las llamadas Asociaciones Público – Privadas o APPs. Esta nueva figura que, en principio, parecería darle un nuevo ropaje a la participación privada en lo proyectos de infraestructura, se caracteriza porque la relación entre el sector público y el sector privado tienen una larga duración y hay una adecuada distribución de riesgos entre ellos¹³, además, el sector privado participa de algún modo en la financiación y debe tener un papel fundamental en el mantenimiento y explotación de la infraestructura¹⁴ y su fundamento es “prestar un servicio de calidad a los usuarios al menor costo posible”¹⁵. Dada la complejidad de estos proyectos, asociada generalmente a las asimetrías de la información y las circunstancias externas que pueden afectar su ejecución, tener un mecanismo idóneo que permita, de un parte, que la entidad estatal pueda contar a tiempo con la infraestructura operando al servicio de la comunidad al costo esperado sin tener que acudir a procesos judiciales interminables y, por otra parte, que el particular pueda tener una solución eficaz en tiempo real a sus problemas para evitar que las posibles demoras se conviertan en sobrecostos del proyecto como consecuencia del mayor riesgo que debe asumir, no es algo meramente accesorio o circunstancial. Por el contrario, el mecanismo de solución de diferencias que se acoja en el marco de estos proyectos se convierte en un elemento fundamental para asegurar su éxito o fracaso, ya que no se trata solamente de mitigar el riesgo legal sino que, en la mayoría de los casos, la controversia involucra riesgos adicionales tales como los comerciales, ambientales y políticos que pueden amenazar la continuidad del proyecto.

En este contexto, una de las ventajas para el desarrollo de los “proyectos de infraestructura” en el país es que, en la actualidad, la Ley 1563 de 2012 establece expresamente que las entidades públicas o quien desempeñe funciones administrativas al igual que los particulares pueden

Decreto Supremo N° 376-2014-EF , Modifican el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012, que aprueba la Ley Marco de Asociaciones Público-Privadas para la Generación del Empleo Productivo y dicta Normas para la Agilización de los Procesos de Promoción de la Inversión Privada, aprobado mediante Decreto Supremo N° 127-2014-EF.

¹³ Vasallo Magro, José Manuel y Izquierdo de Bartolomé, Rafael. Infraestructura pública e Inversión Privada: conceptos y experiencias en América y España. CAF. 2010. Página 104

¹⁴ Idem

¹⁵ Idem

acudir al mecanismo de la amigable composición¹⁶ y, en ese sentido, el artículo 20 de la Ley 1742 del 26 de diciembre 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 y se dictan otras disposiciones” modificó el literal "a" del artículo 14 de la ley 1682 de 2013, con el fin de precisar que 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 adoptarse en equidad, de conformidad con el artículo 60 de la Ley 1563 de 2012".

Desde esta perspectiva, la investigación adelantada busca evidenciar que, con la creación y reglamentación legal de la amigable composición en el derecho colombiano, parecería haberse generado una institución jurídica propia en el marco de los mecanismos alternativos de solución de controversias – Masc. En efecto, hoy en día, después, de dos siglos de recorrido normativo, la institución cuenta con un régimen especial consagrado en la Ley 1563. Se consagra en la norma citada, *grosso modo*, como una transacción adoptada e impuesta por un tercero a dos querellantes. Por lo demás, para desarrollar su misión, este tercero se encuentra investido con una doble representación de los dos pleiteantes.

Desde esta óptica, nos concentraremos en dos ejes centrales:

- Diferenciar la amigable composición colombiana de las instituciones consagradas en diferentes normativas internacionales y domésticas (I)
- La proximidad de la amigable composición colombiana con el contrato especial de mandato. (II)

¹⁶ Guash J, Luis Op, cit.

I. LA AMIGABLE COMPOSICIÓN EN EL MUNDO JURÍDICO: DOS PALABRAS IGUALES Y TRES INSTITUCIONES DISTINTAS

Las palabras “amigable composición” han tenido diferentes lecturas en el mundo y en el país. Así las cosas, la institución *in examine* –la *amigable composición colombiana*- se enfrenta a un problema de homonimia: con las mismas palabras se designan a instrumentos totalmente diferentes.

A. La amigable composición como arbitraje

Como primera medida vale la pena proponer un vistazo en el contexto mundial de nuestra figura. Por ejemplo, podríamos preguntarnos lo siguiente: ¿la expresión “amigable composición” es desconocida en las normativas mundiales? Desde luego que no: este binomio de palabras tiene asiento en decenas de normativas mundiales. Sin embargo, aclaramos que con esta expresión se hace referencia a nuestro *arbitraje en equidad* o árbitro *ex aequo et bono*: un verdadero arbitramento cuyo laudo o sentencia se dicta conforme a los postulados de la equidad o la conciencia.¹⁷

Sobre el particular, a manera de ejemplo, podrían citarse el artículo 28.3 del Procedimiento para solución de disputas internacionales –*International Dispute Resolution Procedures*- de la *American Arbitration Association* (AAA), el artículo 21 del Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), el artículo 28.3 de la Ley-modelo para el arbitraje comercial internacional y el artículo 33.2 del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), el artículo VII de la Convención Europea del 21 de abril de 1961, el artículo 59 Reglamento de Arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual –OMPI-, entre varios ejemplos.

¹⁷En la doctrina se explica así: “el arbitraje puede ser de derecho o de equidad. En el primero los árbitros deben juzgar según las reglas de derecho. En el segundo, que se denomina generalmente amigable composición, los árbitros juzgan en equidad, sin tener en cuenta los preceptos legales con la sola limitación de las disposiciones de orden público. De Sola Cañizares, F. (1962). *Tratado de derecho comercial comparado*. Montaner y Simón, Barcelona, 1962, T. I, p. 531.

También las diferentes normativas domésticas mundiales se establecen lo siguiente: al amigable componedor, arbitrado o árbitro *ex aequo et bono* profiere su laudo de acuerdo a los fundamentos de la equidad –que no del derecho-.

En este sentido pueden consultarse decenas de normas, entre ellas las siguientes: el art. 1438 de Código Judicial de Panamá, el art. 223 del Código Orgánico de Tribunales y el art.636 del Código de Procedimiento Civil de Chile, el art. 959 del Código de Procedimiento Civil de Nicaragua, el art. 1019 del Código de Procedimiento Civil de República Dominicana, el art. 34 de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de España, el art. 32 de la Ley 1879 de 2002 de Paraguay, el art. 766 del Código Procesal Civil y Comercial de Argentina y el art. 804 del Código Procesal de la provincia de Buenos Aires, el art. 1478 del Código de procedimiento Civil de Francia, etc.

En una palabra, este mecanismo denominado en los sistemas jurídicos foráneos “amigable composición” es un verdadero arbitramento –más exactamente un arbitraje en equidad-. Como se sabe, el arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos.¹⁸Con él, los querellantes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición.¹⁹Sin importar su modalidad, en derecho, técnico o en equidad (art.1 de la 1563 de 2012), o bien *ad hoc* o institucional (art.1 de la 1563 de 2012), el arbitraje es siempre un mecanismo jurisdiccional: la solución se materializa con una sentencia o laudo.

He aquí una curiosa transformación de la fisonomía del arbitramento: “nace” con ropajes contractuales –el pacto arbitral (art.3 de la 1563 de 2012)- y se “desarrolla” y “muere” en un escenario estrictamente jurisdiccional: los árbitros administran justicia y se someten a las normas procesales como cualquier otro juez de la República (art. 116 C.N.).

B. La amigable composición como una conciliación

¹⁸ Véase a: Venegas, Alejandro, "Arbitraje y derecho de reaseguros", en el Contrato de Arbitraje, Legis, Bogotá, 2005, pp. 377 y ss.

Igualmente, a: Oppetit, B. (2005), *Teoría del Arbitraje*. Bogotá; Colombia: Universidad del Rosario, Legis y République Française.

¹⁹Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-098 de 2001, magistrada ponente, Martha Victoria SÁCHICA Méndez, expediente D-3179.

Como segunda medida, en ciertas constituciones de la Patria Boba y leyes republicanas—al igual que los instrumentos foráneos comentados—, la *composición* equivalía a una *conciliación*: el tercero compondor simplemente proponía fórmulas de arreglo, que podían ser aceptadas o rechazadas por los querellantes (2.2.1).²⁰

En efecto, con la Constitución de Mariquita del 24 de junio de 1815 se aclaraba que los “*jueces mayores de paz*” podían fungir como compondores de transacción y conciliaciones (Título 17). A pesar de lo sugestivo que pudiera resultar esta fórmula, al final Título en comento se aclaraba lo siguiente: “Pero si dentro del tercero día de traído un asunto de esta naturaleza a su juzgado; y después de haber hecho por su parte todo lo posible para una composición justa y equitativa, no se lograre, darán a los interesados una certificación debidamente autorizada, en que conste no haber surtido efecto la conciliación, para que lleven su demanda por escrito a los Tribunales de primera instancia”.²¹

También en la Constitución de Neiva del 31 de agosto de 1815, que establecía el procedimiento de “*amistosa transacción*”. La fórmula era la siguiente:

“Los Alcaldes ordinarios no deben admitir demanda o queja alguna por escrito sin que primero hayan hecho comparecer ante sí, y a presencia del escribano, las partes contendoras y sus abogados o defensores, si quisieren traerlos. El actor expondrá su demanda, y el demandado la contestará, y después de conferenciadas las acciones y excepciones con los documentos o razones en que funde cada cual su intención procurará el Juez reducirlos a concordia o amistosa transacción, sentándose de todo por el escribano circunstanciada diligencia, que será principio del proceso en caso de no avenirse las partes, o de que la naturaleza del pleito no lo permita; y la falta de esta diligencia inducirá nulidad en todo lo que se

²⁰ Véase a: Restrepo, C. (1996). *Primeras Constituciones de Colombia y Venezuela 1811-1830*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

²¹ Mariquita, Constitución Política, en <http://www.banrepcultural.org/sites/default/files/90801/constitucion-mariquita-1815.pdf>, consulta del 30 de mayo de 2013

actuar sin ella.” (Título VI- Del Poder Judicial, Sección Primera, De algunas disposiciones relativas al poder judicial y a la administración de justicia).²²

Por otro lado, también el legislador decimonónico reconoció al mecanismo como una simple conciliación. La denominación acuñada en ese entonces era la siguiente: la *conferencia amigable*. De manera puntual, en el art. 6 ídem se instituyó: “Los Jueces usarán, tanto respecto del demandado como del demandante, los apremios que establece el artículo 334 de esta ley, para que se surta la conferencia amigable”.

C. La amigable composición como mecanismo heterocompositivo: la institución consagrada en la Ley 1563

En tercer término, el legislador colombiano propone las bases de la figura heterocompositivo que hoy denominamos *amigable composición*. En efecto, bien entrado el siglo XX, el legislador doméstico propuso un progreso brutal de la fisonomía del mecanismo: a partir de 1931 el componedor decidiría la disputa. La hipótesis era, sin embargo, bastante casuista: los procesos divisorios de inmuebles.

En efecto, de manera concreta, se estableció la Ley 105 de 1931 –Código Judicial- que tales divisiones inmobiliarias se confiaban a tres árbitros. Dentro de las prerrogativas de estos árbitros se encontraban las siguientes: establecer transacciones o amigables composiciones. En el art. 1167 ídem se determinaba lo siguiente: “Son atribuciones de los árbitros: (...) 3. Conciliar, y si esto no fuere posible, decidir las opuestas pretensiones de los comuneros, y emplear los medios que, a su juicio, puedan dar por resultado una transacción o composición amigable, caso de que entre éstos y los colindantes se susciten cuestiones sobre límites” (subrayado propio).

En este mismo sentido, pero con un espectro más general, en el art. 677 del Decreto-Ley 1400 de 1970 –a la sazón el Código de Procedimiento Civil- se estableció lo siguiente: “En los casos previstos en el inciso primero del artículo 663, podrán los interesados someter sus diferencias

²² Neiva, Constitución Política, en <http://www.banrepcultural.org/sites/default/files/90751/constitucion-neiva-1815.pdf>, consulta del 30 de mayo de 2013.

a amigables componedores; la declaración de éstos tiene valor contractual entre aquellos, pero no producirá efectos del laudo arbitral". Valga aclarar que en dicho inciso del art. 663 ídem se establecía lo siguiente: "Pueden someterse a la decisión de árbitros las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir." En una palabra, se identifica a la *amigable composición* como un arbitraje puramente contractual.

Por su parte, ya en el art. 51 del Decreto 2279 de 1989 se afirmaba de manera categórica que "[p]or la amigable composición se otorga a los componedores la facultad de precisar, con fuerza vinculante para las partes, el estado y la forma de cumplimiento de una relación jurídica sustancial susceptible de transacción." Posteriormente con los arts. 68 de la Ley 80 de 1993²³ y 130, 131 y 132 de la Ley 446 de 1998 –normas previas a la Ley 1563 de 2012–, se insistió en el carácter impositivo de la *composición*.²⁴

Esta institución consagrada en la Ley 1563 de 2012 es eminentemente contractual.²⁵ A pesar de sus evidentes "parecidos de familia"²⁶ con el arbitramento, la amigable composición propone profundas diferencias. Como lo afirma la doctrina, se trata de categoría autónomas, sujetas a

²³ Según un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado esta norma fue derogada por el art. 130 de la Ley 446 de 1998 –actualmente derogado–, que restringió el mecanismo a los particulares. Colombia, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 13 de agosto de 2009. Consejero Ponente, Enrique José Arboleda Perdomo, Radicación No. 1952.

Sobre la amigable composición en el contrato estatal véase a: Venegas, A. (2007). *La amigable composición en los contratos estatales*. En Temas estructurales entorno al arbitraje, la conciliación y la negociación. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.

²⁴ De igual manera, textos como el art. 68 de la Ley 80 de 1993 también se han referido al mecanismo.

Por otro lado, en la Ley 550 de 1999 se considera que el promotor de los acuerdos de reestructuración es un amigable componedor por ministerio de la ley (Arts. 7, 8, 23 y 25 de la Ley 550 de 1999, ley que fue objeto de distintas modificaciones). Según la Circular Externa No. 04 de 2001 de la Superintendencia de Sociedades, el promotor debe patrocinar el acercamiento de las partes, tratar que se presente el menor número posible de objeciones a la determinación de derechos de voto y acreencias y facilitar, siempre que sea viable, la adopción de una fórmula que permita la recuperación de la empresa.

²⁵ Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-330 de 2012, 9 de mayo de 2012, magistrado ponente, Humberto Sierra Porto, expediente D-8677.

²⁶ La expresión es de Wittgenstein. Sobre el particular considérese el siguiente texto: "Pues si los miras no verás por cierto algo que sea común a todos, sino que verás semejanzas, parentescos y por cierto toda una serie de ellos. [...] No puedo caracterizar mejor esos parecidos que con la expresión 'parecidos de familia'; pues es así como se superponen y entrecruzan los diversos parecidos que se dan entre los miembros de una familia: estatura, facciones, color de los ojos, andares, temperamento, etc.". Wittgenstein, L. (1998). *Investigaciones filosóficas*. Barcelona, España: Crítica.

reglas propias, amén que a un tratamiento disímil, tanto en lo conceptual como en lo funcional.”

27

En efecto, los amigables componedores no ejercen función jurisdiccional alguna.²⁸ Por el contrario, los árbitros -en derecho, técnicos o en equidad-, son siempre jueces. El amigable componedor es un apoderado. De allí que las recusaciones, en principio, sean posibles para el arbitraje e improcedentes para la *amigable composición*. En una palabra, la relación que surge entre el componedor y los mandantes es eminentemente contractual-privada: es un mandatario con doble representación.²⁹ Por el contrario, en el arbitraje identificamos vínculos de estirpe procesal-pública.

Así mismo, la *amigable composición* culmina con un convenio de transacción –que no con un laudo-. Es decir, una vez terminada la misión del componedor, se yuxtaponen dos diferentes contratos: el mandato de amigable composición propiamente tal y el contrato de transacción. Por ello, el arreglo impuesto por el componedor no es susceptible de recurso alguno: no es una providencia. No obstante, procederían las acciones de nulidad y rescisión previstas en los arts. 2476-2483 C.C. Tampoco, en principio, procedería acción de tutela alguna.³⁰ Ahora bien, como cualquier otro contrato, la transacción puede ser objeto nulidades y rescisiones (Arts. 2478-2483 C.C.).

²⁷Jaramillo, C. (1998). *Solución alternativa de conflictos en el seguro y en el reaseguro*. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana.

²⁸ Véase a: Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 6 de febrero de 1998, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández, Radicación No. 11477

También consúltese a: Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-330 de 2012, 9 de mayo de 2012, magistrado ponente, Humberto Sierra Porto, expediente D-8677.

De vieja data así lo tiene también establecido nuestra doctrina nacional: “la decisión de los amigables componedores no es nunca una sentencia sino, simplemente, un acto contractual, aquel cuya celebración se les encomendó para dar fin a la divergencia.” Gaviria, E. (1997). *Lecciones de derecho comercial*. Medellín, Colombia: Díké.

²⁹ Véase a: Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia SU-091 de 2000, 2 de febrero de 2000, magistrado ponente, Álvaro Tafur Gálvis, Expediente T-241.138

³⁰ Véase a: Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sala de Decisión de Tutelas, Sentencia del 15 de diciembre de 2006, magistrado ponente, Julio Enrique Socha Salamanca. También a: Colombia, Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, Sentencia T-153/10, magistrado ponente, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, expediente T-2.455.562

Para terminar, valdría la pena preguntarnos lo siguiente: ¿nuestra versión de amigable composición es verdaderamente original? Dicho en otros términos, ¿en el mundo existe alguna institución próxima a nuestro contrato de amigable composición?

Sobre el particular, en el contexto universal, encontramos algunas figuras con ciertos “parecidos de familia” con nuestra *amigable composición*.

Piénsese, por ejemplo para el caso español, en la “*intervención dirimente*”, la “*mediación pericial*” o el “*arbitraje informal*”³¹ De alguna manera, estas instituciones pudieron tener un soporte normativo en el derogado art. 367 C.Co. esp. Lo propio podría proponerse del instrumento galo intitulado *expertise conventionnelle* –mecanismo calcado del instituto romano denominado *amicabilis compositor*-.³²

En todos estos casos identificamos a un sujeto que presenta a las partes un proyecto de transacción o de arreglo. Son pues los propios contendientes quienes acogen o rechazan el arreglo. Se trata entonces de mecanismos netamente autocompositivos: el tercero dirimente no impone sino, simplemente, propone.³³

Por su parte, en el ámbito anglosajón, siendo considerados como el mecanismo de solución de controversias “natural” de los proyectos de infraestructura³⁴, podríamos hablar de los

³¹ Véase a: Blanco Carrasco, M. (2009). *Mediación y sistemas alternativos de solución de conflictos. Una visión jurídica*. Madrid, España: Reus.

En las Partidas se ofrece esta misma lectura: los “comunales amigos” son escogidos por las partes y ayudan a unir y librar las contiendas. El texto es el siguiente: “arbitros en latín, tanto quiere decir, en romance, como Juezes auenidores, que son escogidos, e puestos de las partes, para librar la contienda, que es entre ellas. E estos son en dos maneras. La una es, quando los omes ponen sus pleytos e sus contiendas, en mano dellos, que los oyan, e los libres según derecho... La otra manera de juezes de auenencia es, a que llaman en latín Arbitradores, que quiere tanto dezir como aluedriadores, e comunales amigos, que son escogidos por auencia de ambas partes, para auenir, e librar las contiendas que ouieren entre sí, en qualquier manera que ellos touieren por bien.” Partida 3. Título 4. Ley 23. Glosado por López, G. (1844). Barcelona, España: Bergner.

También a: Díez-Picazo, L. (1994). *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*. Barcelona, España: Bosch. Consúltese también a: Lorca Naverrete, A. y Siguero Estagnan, J. (1994). *Derecho de Arbitraje Español*. Madrid, España: Dykinson.

³²Sobre el *amicabilis compositor* véase a: Zimmermann, R. (1996). *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*. Oxford, Inglaterra: Oxford University Press.

³³ Jarrosson, C. *La notion d'arbitrage*. París, Francia : Librairie générale de droit et de jurisprudence.

Sobre la *expertise conventionnelle* se aclara que no tiene ningún asiento legal en Francia. Se trata de un simple instrumento ofrecido por la práctica.

³⁴ Véase sobre el particular: Dispute Board Rules of the International Chamber of Commerce, vigentes desde septiembre de 2004. De igual manera, Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils – FIDIC - MDB Harmonised Construction Contract publicado en mayo de 2005, modificado en Marzo de 2006 y modificado 2010. Disponible en :

denominados *dispute boards* –DB-. Dos de ellos podrían citarse: los *dispute resolution boards* – DRB- y los *dispute adjudication boards* –DAB-.³⁵

En los primeros, un panel dirimente ofrece recomendaciones que, salvo desacuerdo expreso de alguno de los contratantes querellantes, son vinculantes para los pleiteantes. En los segundos, las decisiones del dirimente, que en principio son vinculantes para los contendientes, pueden ser impugnadas ante un tribunal arbitral.

Desde luego, a pesar de las evidentes similitudes terminológicas, entre estas figuras foráneas y la nuestra existe un abismo insoslayable: nuestro amigable componedor impone un arreglo – que no lo propone-. Esta decisión, por lo demás, no está sometida a ninguna condición suspensiva, como la aprobación de las partes. Tampoco, en estricto sentido, tiene una necesaria impugnación ante los tribunales ordinarios o arbitrales. En una palabra, este contrato *típico*³⁶ colombiano se reconoce como un mecanismo verdaderamente heterocompositivo.

Una vez presentada esta breve panorámica del arbitraje contractual denominado amigable composición nos disponemos a descubrir su naturaleza contractual.

II. LA AMIGABLE COMPOSICIÓN EN COLOMBIA: LA NATURALEZA CONTRACTUAL DE LA AMIGABLE COMPOSICIÓN COLOMBIANA

Según el Art. 1501 C.C., todos los contratos, sin que importe en cuál ámbito del derecho nos encontremos –público o privado-, tienen tres componentes: elementos que emergen de la *esencia* de la convención, aquellos que se reconocen como de su *naturaleza* y aquellos *especialmente* acuñados por los contratantes –que Andrés Bello calificó como *puramente accidentales* - .

<http://fidic.org/node/321#sthash.QXsJofkH.dpuf> . En la mayoría de contratos de concesión suscritos por el INCO (hoy ANI) en los cuales se pactaba el panel de expertos, se adoptaron las « Dispute Board Rules » de la CCI.

³⁵ Véase a: Genton, P. (2003). *Dispute Boards' part 7 of Bernstein's- Handbook of arbitration and dispute resolution practice*. Londres, Inglaterra: Sweet & Maxwell.

³⁶ Dotado de un puntual régimen especial jurídico: arts. 59-61 de la ley 1563 de 2012.

De acuerdo con los primeros, los *elementos de la esencia*, se identifica su calificación.³⁷ En el caso concreto identificamos una obligación esencial de la amigable composición: la realización de un acto jurídico de transacción. Justamente, este elemento esencial se identifica con el contrato especial³⁸ de *mandato*: la gestión que se le confía al mandatario es un negocio o acto jurídico.³⁹

De manera que tanto el mandato⁴⁰ como la *amigable composición* comparten igual código genético. Los dos convenios descansan sobre un instrumento esencial: la obligación de realizar un acto jurídico por cuenta, en interés de otro. Por consiguiente, los beneficios y perjuicios del acto jurídico encomendado deben ser asumidos por el mandante⁴¹.

Además, dentro de la estructura del contrato de *amigable composición* se abre paso otro convenio bien reconocido: la transacción. En efecto, el acto jurídico encargado en la *amigable composición* es una *transacción*.⁴²

³⁷ Sin que importe el nombre ofrecido a la convención por los contratantes. Véase A: Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 05 de junio de 1937, magistrado ponente, Juan Francisco Mújica. G.J. XLV, p. 223. y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 13 de diciembre de 2002, magistrado ponente, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Expediente, 6462.

³⁸ "Los 'contratos especiales' son los más comunes de los contratos, aquellos que son tan utilizados que presentan un carácter repetitivo que ha permitido constituir categorías bien clasificadas. [...] Estas categorías son las diferentes 'especies' que se pueden enumerar dentro del 'genero' constituido por la noción de contrato en general, como acto jurídico." Bénabent, A. (2001). *Droit Civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux*. París, Francia: Montchrestien.

Sobre el mandato, véase a: Gómez Estrada, C. (1999). *De los Principales Contratos Civiles*. Bogotá, Colombia: Temis.

³⁹ En el derecho privado colombiano, el mandato tiene, por lo menos, dos regímenes especiales: el mandato civil (Arts. 2142 a 2199 C.C. col.) y el mandato comercial (Arts. 1262 a 1286 C.Co. col.) En materia mercantil, también se reconocen algunas variedades, como la comisión, consignación, preposición, etc.

⁴⁰ Esta parece ser la posición de nuestra jurisprudencia. Véase a: Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, G.J. núm. 1917, p. 326.

El Art.1984 del *Code Civil* francés se sirve de la fórmula propuesta por los romanos, mucho más amplia, que parece no limitar la función del mandatario a la simple realización de actos jurídicos.

⁴¹ En el ámbito anglosajón se hace referencia a la *Agency*, un vínculo entre una persona denominada principal y otra, conocida como agente, quien debe actuar por aquella. Conviser, R. J. (2001). *Agency Partnership & Limited Liability Companies*, *Gilbert Law Summaries*. Nueva York, EE.UU.: Harcourt Legal & Professional Pubns.

En la *Agency* la actuación a nombre del principal puede ser pública (*disclosed principal*), secreta (*partiallydisclosed principal*) o, incluso, el agente puede actuar sin manifestar que obra para otra persona (*undisclosed principal*).

⁴² Cierta jurisprudencia colombiana parece concentrarse, exclusivamente, en el resultado de la amigable composición: una transacción, y no en el desarrollo de la misión desempeñada por el amigable componedor. Véase a: Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 26 de febrero de 1.998 (Copia tomada directamente de la Corporación). En este fallo se afirmó que "la amigable composición es simplemente una transacción lograda a través de terceros con facultades para comprometer contractualmente a las partes".

Así las cosas, nuestro mecanismo propone o engloba dos contratos yuxtapuestos: el mandato asumido por el componedor y el contrato de transacción.

En una palabra, la normativa de nuestra *amigable composición* estaría conformada, en primer término, por los tres artículos de la Ley 1563 (arts. 59-61) y aquellas relacionadas con el convenio de transacción (arts. 2469-2487 C.C.).

En segundo término, también serían aplicables las normas sobre el contrato de mandato (para el mandato civil los arts. 2142 a 2199 C.C. y para el mandato comercial los arts. 1262 a 1286 C.Co.). Desde luego, también serían aplicables las disposiciones de los regímenes generales contractuales, comunes a todos los contratos (v.gr. en el C.C. el Libro Cuarto, los Títulos I a XXI y en el C.Co. el Libro Cuarto, el Título I, Capítulo VI). Por lo demás, si se presentasen lagunas, el operador jurídico podría proponer interpretaciones analógicas –por ejemplo, sirviéndose de la normativa sobre los Masc.

Una vez presentada esta estructura, procederemos a identificar ciertos rasgos comunes y diferenciales de la *amigable composición* con los convenios afines.

A. LOS RASGOS COMUNES CON EL MANDATO

Dos momentos contractuales serán estudiados: la formación y ejecución de los convenios

1. Formación de los convenios

Como primera medida vale la pena precisar lo siguiente: en la normativa especial de la *amigable composición* no se establece solemnidad alguna para su perfeccionamiento o formación.⁴³ Así las cosas, en principio tendría que reconocerse que tanto la *amigable composición* como el

⁴³Por el contrario, según el Art. 52 del Decreto 2279 de 1989 –ya derogado–, el contrato de *amigable composición* podía considerarse como un arquetipo de mandato solemne, que exigía la forma escrita *ad substantiam*.

mandato (arts.2149 y 2150 C.C.), son contratos consensuales.⁴⁴Incluso, estimamos que, transcurrido un término razonable, el simple silencio del amigable componedor puede mirarse como aceptación (art. 2151 C.C.).

Además, tanto la *amigable composición* como el mandato están abiertos a cualquier tipo de personas, naturales o jurídicas, públicas o privadas (arts. 59 de la Ley 1563 de 2012 y 2142 y ss C.C.). Ahora bien, si en la amigable composición interviene una entidad estatal, tendrá entonces que constar por escrito al estar sujeta a una formalidad “ad substantiam actus”. Lo anterior teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 80 de 1993.

2. Ejecución de los convenios

Como acontece con el mandato (arts. 2157 C.C. y 1263 C.Co.), el amigable componedor debe ceñirse rigurosamente a los términos del contrato de mandato de amigable composición (art. 61 de la Ley 1563 de 2012). En los dos casos, los mandantes pueden servirse de las estipulaciones que a bien tengan respecto de la manera como se debe ejecutar el contrato de amigable composición.

De igual manera, para los dos contratos se impone la siguiente obligación sobre los mandantes y querellantes: están obligados respecto del mandatario y componedor a proveerlo de lo necesario para la ejecución del encargo (arts. 59 de la Ley 1563 de 2012 y 2184 num. 1 C.C.).

B. Las particularidades de la amigable composición

⁴⁴ Ya los romanos consideraban que, como la venta, arrendamiento y sociedad, el mandato era un contrato *consenso*, que no requería ninguna formalidad para su formación. Consúltese al respecto: Arangio-Ruiz, V. (1998). *Istituzioni di diritto romano*. Nápoles, Italia.: Eugenio Jovene. Igualmente a: Gaudemet, J. (1998). *Droit privé romain*. París, Francia: Montchrestien.

Pese a sus importante “parecidos de familia” con el mandato, la *amigable composición* tiene importantes particularidades. Estas peculiaridades se predicen tanto para los mandantes-querellantes como respecto del mandatario-componedor.

1. Sobre los mandantes-querellantes

Empecemos con la siguiente peculiaridad respecto del mando y respecto de cualquier otro convenio que conozcamos: la *amigable composición* impone siempre una doble representación de los querellantes en la persona del componedor.⁴⁵ Así las cosas, es pertinente insistir en lo siguiente: pese a ser su hacedor, el componedor no es parte de la transacción. Los únicos vinculados con ella son los mandantes mismos.

Un asunto muy controversial está relacionado con la revocabilidad del mandato. En efecto, el art. 2189 C.C. permite la revocación del mandante. ¿Podría extenderse esta instrucción a la *amigable composición*? Pensamos que esta instrucción tendría que ser relativizada: dado que el encargo emerge de dos mandantes, la revocación exigiría igualmente el consenso.

2. Sobre el mandatario-componedor

Como primera medida, anotamos que el acto jurídico encargado al componedor es siempre una transacción. Esta obligación del componedor, diferenciándose de un mandatario corriente (art. 2155 C.C.), podría reconocerse como una obligación de *hacer de resultado*.

De igual manera, el componedor, a diferencia de cualquier otro mandatario, está obligado a respetar el derecho de defensa de los querellantes a propósito de la imposición de la transacción.⁴⁶

⁴⁵ Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia SU-091 de 2000, 2 de febrero de 2000, magistrado ponente, Álvaro Tafur Gálvis, Expediente T-241.138

⁴⁶ La jurisprudencia propone tres etapas: *audiencia de apertura, etapa de investigación y etapa de decisión*. Véase a: Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-017 de 2005, magistrado ponente, Rodrigo Escobar Gil. En el mismo sentido, Corte Suprema de Justicia. Auto de febrero 8 de 1989, magistrado ponente, Pedro Lafont : debe permitirse la acción y la oposición

Desde luego, el componedor tampoco asumiría los mismos límites de mandatario ordinario, quien debe abstenerse de concretar un encargo gravemente pernicioso para el mandante (art. 2175 C.C., 1274 y 839 C.Co.).

Tampoco asumiría la prohibición de fungir del contraparte del mandante o contratar a nombre de otra persona (arts. 839 y 1274 C.Co.).⁴⁷ Además, el deber de lealtad impuesto al mandatario estándar (art. 2175 C.C.) tendría que ser “relativizado”. Por lo demás, el carácter *intuitu personae* de la amigable composición no permite al componedor la sustitución de su encargo.

Así mismo, en cuanto a la designación del componedor-mandatario, en la normativa se impone su tácita designación por parte de un tercero: “[a] falta de acuerdo previo entre las partes, se entenderá que se ha delegado la designación a un, centro de arbitraje del domicilio de la parte convocada escogido a prevención por la parte convocante (...) De no existir un centro de arbitraje en el domicilio de la parte convocada, la parte convocante podrá escoger cualquier centro de arbitraje del país para la designación y el procedimiento a seguir a falta de acuerdo expreso” (art. 61 de la Ley 1563 de 2012).

Por lo demás, los amigables componedores –si se trata de un cuerpo colegiado- deben realizar su misión de manera ligada. Por el contrario, en el caso del mandato ordinario plural., los mandatarios pueden cumplir su misión separadamente, a menos que por una cláusula especial se prohíba expresamente por el mandante según (art. 2153 C.C.).

Finalmente, respecto de la obligación del componedor, el instrumento de transacción no tiene que incluir las “famosas” *concesiones recíprocas* de los querellantes, citadas por la jurisprudencia para este tipo de convenios.⁴⁸

⁴⁷ Nuestra jurisprudencia ha precisado que “no puede el representante, por sí o por interpuesta persona, contratar consigo mismo en nombre del representado; no puede el representar, por sí o por interpuesta persona, ejecutar actos ni celebrar contratos que lo beneficien directa o indirectamente en perjuicio de su representado”. Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil. Sentencia del 6 de octubre de 1981. (Tomada de la Colección Jurisprudencia y Doctrina, tomo XI, página 1 y siguientes, 1982).

⁴⁸ Sobre la transacción se ha afirmado: “Para que haya transacción, en el sentido estrictamente jurídico del vocablo, requiérese, según los dictados de la jurisprudencia universal, que los contratantes terminen una controversia nacida, o eviten un litigio que está por nacer, mediante el abandono recíproco de una parte de sus pretensiones, o la promesa que una de ellas hace a la otra

En efecto, el componedor debe imponer una decisión que cierre una disputa (por ejemplo respecto de un conflicto de responsabilidad suscitado entre las partes, art. 60 de Ley 1563 de 2012), sin que importen las equivalencias obligacionales de los mandantes.

Así las cosas, podría pensarse que la decisión impuesta por el componedor, estrictamente hablando, “toma prestados los atavíos de la transacción” con el propósito de alcanzarlos efectos “de cosa juzgada en última instancia” (art. 2483 C.C.).

3. Sobre el desarrollo de la composición

En primer lugar, la amigable composición tiene que ser pactada en un pacto de composición. Puede tratarse, en este orden de ideas, de un contrato de compromiso de composición o de una cláusula contractual de composición.

Como se verá inmediatamente, la normativa establece una serie de presunciones y reglas supletivas que van a “asegurar” el feliz término de la composición.

En segundo lugar, el componedor puede imponer su transacción sobre toda suerte de querellas, relacionadas con el alcance de las obligaciones derivadas de un negocio jurídico, los incumplimientos contractuales y, en general, cualquier asunto relacionado con la responsabilidad contractual o extracontractual.

En tercer lugar, dado que el componedor puede ser elegido por un tercero, la normativa establece novedosas presunciones. En una palabra, el silencio de las partes frente a la

de alguna cosa para obtener un derecho claro y preciso." Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 21 de mayo de 1992, magistrado ponente, Julio C. Uribe Acosta. En este fallo se cita también este otro: Corte Suprema de Justicia. G.J. XLVI, 120.

En otra sentencia se puede leer 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; c) la transacción supone reciprocidad de concesiones o de sacrificios por parte de cada uno de los contratantes. Esta es la circunstancia que distingue la transacción de la simple renuncia de un derecho, de la remisión de una deuda, del desistimiento". Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 30 de noviembre de 2006, magistrada ponente, Marina Pulido de Barón,

En la doctrina clásica se puede leer lo siguiente: "En el caso fallado mal podía existir transacción cuando no concurrían ninguna de sus características: no se ponía fin a un litigio pendiente, no se precavía ningún litigio eventual y, por último, tampoco habían concesiones recíprocas de las partes". Somarriva, M. (1939). *Las Obligaciones y los Contratos ante la Jurisprudencia*. Santiago, Chile: Editorial Nascimento.

designación del componedor y el procedimiento debe ser suplido por las reglas acuñadas en el art. 60 de la Ley 1563 de 2012.

Por un lado, a falta de acuerdo previo entre las partes respecto del nombre del componedor, se entiende que tal designación ha sido delegada a un centro de arbitraje del domicilio de la parte convocada escogido a prevención por la parte convocante. Nótese que el legislador, con enorme pragmatismo, se sirve en este caso de la infraestructura de los centros de arbitraje del país. Por lo demás, si no existe un centro de arbitraje en el domicilio de la parte convocada, la convocante puede escoger cualquier centro de arbitraje del país.

Por otro lado, en cuanto al procedimiento, se establece una presunción muy similar a la anterior: si no hay acuerdo entre las partes, se entienden acordadas las reglas de procedimiento del centro de arbitraje escogido a prevención por la convocante.

En el caso de los proyectos de infraestructura en Colombia, la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, en el contrato estándar para la cuarta generación de concesiones, ha adoptado algunos modelos de cláusula contractual de composición. En estos modelos, las partes acuerdan el procedimiento de designación de árbitros y las reglas de procedimiento. En consecuencia, para estos casos en particular, en principio no operan las reglas supletivas antes mencionadas. A continuación, destacaremos los aspectos más relevantes de uno de los modelos propuestos por la ANI para las cláusulas de amigable composición a incluir en sus contratos.

En relación con el amigable componedor, en este modelo la ANI establece que las partes al suscribir el contrato acuerdan acudir a un panel de Amigables Componedores permanente para definir todas aquellas controversias que expresamente se han señalado en el Contrato para conocimiento del Amigable Componedor. En cuanto a su composición, esta cláusula precisa que el panel estará compuesto por tres (3) personas naturales seleccionadas de conformidad con el siguiente procedimiento: Dentro de los diez (10) Días Calendario siguientes a la fecha de suscripción del Contrato de Concesión, cada una de las Partes elaborará una lista, junto con

las respectivas hojas de vidas, de cinco (5) profesionales en Economía, Finanzas, Ingeniería, Arquitectura y áreas afines (no incluye al profesional en Derecho que será objeto de un procedimiento especial), y que cuente con una Experiencia profesional específica acreditada de ocho (8) años en contratación estatal y/o proyectos de infraestructura, que deberá remitir a la otra parte dentro de dicho término.

Dentro de los cinco (5) Días Calendario siguientes a la remisión de estas listas la parte contraria seleccionará un miembro de la lista que integrará el panel de Amigables Compondores para ejercer las funciones previstas en el Contrato por la totalidad del plazo del Contrato para lo cual remitirá comunicación a su contraparte, así como al profesional designado informando la selección efectuada.

Este modelo de cláusula establece una especie de “sanción” para la parte que no remita la información dentro de los términos previstos. Esta consiste, en el caso en que no se remitan las listas, en que la parte contraria podrá solicitar la designación de este miembro del Panel al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. En cuanto a la parte que debe hacer la selección, si no lo hace dentro del término previsto, la parte remitente de la respectiva lista queda habilitada por el contrato para hacer la selección respectiva.

En lo que concierne al profesional en Derecho, este modelo de cláusula contractual plantea que dentro de los quince (15) Días Calendario siguientes a la fecha de suscripción del Contrato de Concesión, las Partes remitirán comunicación al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá en el que delegarán a dicho Centro la elección de un miembro del Panel de Amigable Composición para el contrato, mediante sorteo que se realice de las listas del Centro y que acrediten una Experiencia profesional específica de ocho (8) años en contratación estatal. El procedimiento y tiempos para realizar el sorteo de este miembro del Panel de Amigable Compondor, se rige conforme al reglamento vigente del Centro para el mecanismo de Amigable Composición. No obstante, el modelo de cláusula precisa que las partes, en el sorteo que se realice, podrán tener la opción de rechazar hasta dos (2) designaciones por cada una de las partes.

En este modelo de cláusula se establece un plazo estimado de cuarenta (40) Días contados a partir de la suscripción del Contrato, para la conformación del panel de amigables componedores y se precisa que una vez aceptadas las designaciones de los tres (3) miembros del Panel, dentro de los cinco (5) días siguientes el Panel deberá informar a las Partes un lugar de funcionamiento y comunicación del mecanismo de amigable composición.

Una vez designados, este modelo de cláusula establece que los Amigables Componedores, dentro de los dos (2) días siguientes, deben hacer una declaración de independencia e imparcialidad respecto de las Partes al momento de aceptar la designación, en la cual manifiesten que no tienen ninguna inhabilidad o incompatibilidad de conformidad con lo exigido por la Ley Aplicable. En esta misma declaración, deben reconocer expresamente que están obligados a conocer en detalle las características del Contrato de Concesión y de todos sus Apéndices, así como las normas nacionales e internacionales que sean aplicables. Igualmente, en la declaración deben reconocer que están en la obligación de conocer detalladamente todos los aspectos de la ejecución del Contrato, sus modificaciones y cualquier otro aspecto relevante frente a su desarrollo, de tal manera que estén en capacidad de dar una respuesta rápida e informada en todos los casos que se sometan a su conocimiento.

Prevé este modelo de cláusula que, si durante este tiempo alguna de las partes manifiesta 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.

Un aspecto a destacar en relación con este modelo de cláusula de la ANI, que se aparta de la naturaleza eminentemente contractual de la amigable composición, tiene que ver con el supuesto que se plantea según el cual, 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. Precisa el modelo de cláusula que, en todo caso, el impedimento o la recusación del integrante del Amigable Componedor no afectará la fuerza vinculante de las decisiones adoptadas con anterioridad, salvo con excepción de los casos de nulidad o rescisión.

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, el modelo de cláusula señala que éste deberá revelarlo a las Partes sin demora; si cualquiera de las Partes considera que tal circunstancia afecta la imparcialidad o independencia del integrante del panel de Amigables Componedores, los restantes miembros del panel decidirán sobre el particular. A falta de unanimidad, el miembro respectivo será reemplazado.

Este modelo de cláusula plantea que el panel de Amigables Componedores permanecerá activo desde el momento de la designación de sus miembros y hasta la fecha en que se suscriba el Acta de Reversión y que durante el periodo en que ejerzan sus funciones, los integrantes del panel de Amigables Componedores tendrán derecho a percibir remuneración. En todo caso, este modelo de cláusula precisa que los integrantes del panel de Amigables Componedores no tendrán relación laboral alguna con las Partes y que su vinculación al Proyecto se enmarca y limita estrictamente a las funciones que para la figura del panel de Amigables Componedores prevé la Ley Aplicable.

Este modelo de cláusula aclara, adicionalmente, que la designación de los miembros del panel de Amigables Componedores deberá ratificarse cada dos (2) años por la parte que haya remitido la lista, y que el tercero escogido por sorteo de la lista del Centro deberá ratificarse en el mismo término de común acuerdo entre las partes. Si los miembros del panel no fueren ratificados, este modelo de cláusula prevé la realización de una nueva designación de conformidad con el procedimiento antes descrito. Cuando se presente la renuncia o falta de un integrante del panel de Amigables Componedores, este modelo de cláusula establece que éste deberá ser sustituido dentro de los diez (10) Días siguientes al recibo de la renuncia de conformidad con la Parte o mecanismo que lo designó. Este modelo de cláusula reconoce, de

conformidad con lo previsto en el artículo 61 de la Ley 1563 de 2012, que las Partes de común acuerdo podrán modificar en cualquier tiempo la forma de designación de los integrantes del panel de Amigables Compondores y el procedimiento para su funcionamiento.

Esta cláusula modelo precisa que las controversias que surjan entre las partes, sobre las cuáles el contrato establezca expresamente la posibilidad de acudir a la figura de la amigable composición, deben ser definidas por los miembros del panel en equidad, de manera vinculante e imparcial. Sin embargo, se deja abierta la posibilidad de que las partes puedan someter al amigable compondor cualquier controversia, siempre y cuando exista un acuerdo previo, lo que da vía al pacto de composición.

En lo que se refiere a la remuneración de los integrantes del panel de Amigables Compondores, por regla general, el modelo de cláusula establece que se haga con cargo a la Subcuenta MASC del Contrato de Concesión, la cual se alimenta de los aportes que debe hacer el Concesionario. La Fiduciaria de forma mensual remite a la ANI y al Concesionario la relación de los pagos realizados por concepto del Panel de Amigables Compondores. La remuneración de cada uno de los integrantes del panel de Amigables Compondores corresponde a una suma mensual cuantificada y certificada por la Interventoría, por valor hora de dedicación invertida en atender los asuntos o controversias del Contrato de Concesión. (iv) Para estos efectos, las partes convienen que el valor hora de dedicación por cada integrante del panel de Amigables Compondores corresponde a un (1) salario mínimo mensual legal vigente más IVA. Sin embargo, el modelo de cláusula establece un tope. En ese sentido, en ningún caso, la suma mensual de remuneración para cada integrante del Panel puede ser superior a veinte (20) salarios mínimos mensuales legales vigentes más IVA. Con su designación el integrante del Panel acepta y conviene que aún en el evento de haberse cuantificado y certificado un número mayor de horas de dedicación equivalente a la suma mensual de remuneración máxima, esta remunera en su integridad los honorarios del período mensual respectivo. No obstante lo anterior, el modelo de cláusula abre la posibilidad de que en razón de la complejidad de la controversia y/o del tiempo requerido para su solución por parte del panel de los Amigables

Componedores, a solicitud de los miembros del panel las Partes de común acuerdo puedan autorizar una remuneración mayor al límite previsto.

En lo que se refiere al procedimiento para la amigable composición, la cláusula modelo señala que la amigable composición se iniciará y tramitará de conformidad con el reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá relativo a Amigable Composición o con el reglamento que las Partes adoptaren por escrito de común acuerdo en cualquier momento de la ejecución del Contrato. La decisión, una vez adoptada, será irrevocable. El panel de Amigables Componedores tiene un plazo máximo de treinta (30) Días Hábiles para definir la controversia, los cuales se empiezan a contar a partir del día siguiente a la formulación de la de la misma; En el modelo de cláusula se prevé que si se vence el plazo sin que el panel hubiera llegado a una decisión, la consecuencia es que pierde competencia para resolver la controversia específica, la cual podrá ser sometida por cualquiera de las partes ante tribunal de arbitramento. Sin embargo, el plazo para decidir podrá ampliarse a solicitud del panel, siempre que esa solicitud sea aceptada por las Partes.

El modelo de cláusula deja en cabeza del panel de Amigables Componedores el deber de informar a la Procuraduría General de la Nación y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado sobre la apertura de cada proceso de amigable composición, para efectos de lo previsto en el artículo 49 de la ley 1563 de 2012. En esto casos, de ser necesario, pueden suspenderse los términos para tomar la decisión. En todo caso, el modelo de cláusula precisa que el inicio del procedimiento de Amigable Composición no faculta a las Partes para suspender unilateralmente la ejecución de las obligaciones del Contrato, ni tampoco inhibe el ejercicio de las facultades ajenas al derecho común y excepcionales con las que cuenta la ANI.

En cuanto al alcance y contenido de las decisiones que adopte el panel de Amigables Componedores, el modelo de cláusula precisa que se circunscribirá a lo expresamente previsto en la Ley Aplicable, que serán motivadas y dejarán constancia de la manera como para la adopción de las mismas se estableció la intención de los contratantes en los términos del artículo 1618 C.C. y la manera como en aplicación de la equidad se procede a determinar el

alcance o forma de cumplimiento de las obligaciones derivadas de un negocio jurídico, a determinar la existencia o no de un incumplimiento contractual y a decidir sobre conflictos de responsabilidad suscitados entre las partes, entre otras determinaciones, en aplicación del artículo 60 de la Ley 1563 de 2012. En cuanto a las restricciones, el panel de Amigables Compondores no tiene competencia para conocer las controversias que se deriven del ejercicio de las facultades ajenas al derecho común, ni de facultades exorbitantes, de que goza la ANI.

El modelo de cláusula expresamente señala que las decisiones del panel de Amigables Compondores deben adoptarse por unanimidad. Si la decisión del panel no es unánime, la consecuencia es que esa decisión no será vinculante, ni de obligatorio cumplimiento y, en este caso, cualquiera de las partes podrá plantear la disputa ante un tribunal de arbitramento. Por otra parte, el modelo de cláusula establece que sólo en los casos en que se refieran a una eventual causal de nulidad o rescisión de la decisión, las decisiones del panel de Amigables Compondores que definan la controversia pueden ser sometidas al conocimiento de la jurisdicción arbitral, de conformidad con lo establecido en la Ley Aplicable.

CONCLUSIONES

La amigable composición es un contrato especial: una institución social creada por una comunidad y estructurada a través de *normas*, con el propósito de cumplir con *funciones* de organización –especialmente, regular la solución de toda suerte de controversias-. A partir de una discreta reseña normativa (Arts. 59, 60 y 61 de la Ley 1563) el convenio se nos presenta como una variedad del contrato de mandato con representación (Arts. 2142 y 2177 C.C.).

Como contrato nos propone el siguiente contenido: un tercero imparcial –el amigable compondor- aplica una decisión sobre un debate, todo a propósito de un mandato otorgado por las personas en conflicto –los mandantes-. En últimas, cuando la gestión del compondor concluye, se nos revelan dos contratos: el mandato de amigable composición y la decisión con fuerza de transacción.

Así mismo, resulta de extrema importancia agregar lo siguiente: la amigable composición es un mandato *sui generis*. Está dotado, en efecto, de un régimen especial propio. Incluso, asuntos tales como la designación del componedor y el procedimiento aplicable son abordados por el legislador a través de una novedosa normativa supletiva.

Por todo lo anterior, con la expedición de la Ley 1882 de 2018 se incorporan buenas prácticas que fortalecen los “proyectos de infraestructura” que se han venido desarrollando en Colombia. En este contexto, la amigable composición se mantiene como una alternativa eficiente y de bajo costo que permite que las partes puedan resolver de manera directa las complejidades propias de este tipo de operaciones y lleguen, por regla general, a una solución definitiva sin que se presente un enfrentamiento abierto que pueda afectar en el mediano y largo plazo, su relación comercial y, por ende, la ejecución del contrato. Los cambios introducidos por la Ley 1882 de 2018 en los “proyectos de infraestructura” serán más provechosos en la medida en que vayan de la mano con el uso de esta figura que facilita la gestión de estos proyectos y que puede contribuir a disminuir el rezago en infraestructura del que adolece el país.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

Aljure, Antonio. “Perspectivas del arbitraje de derecho privado en Colombia”, en Temas estructurales entorno al arbitraje, la conciliación y la negociación, Universidad del Rosario, Bogotá, 2007.

Arangio-Ruiz, Vincenzo, *Istituzioni di diritto romano*, Eugenio Jovene, Napoli, 1998.

Blanco Carrasco, Martha, *Mediación y sistemas alternativos de solución de conflictos. Una visión jurídica*, Reus, Madrid, 2009

- Bénabent, A. *Droit Civil. Les Contrats Spécieux Civils et Commerciaux*, Montchrestien, Paris, 2001.
- Conviser, R. J. *Agency Partnership & Limited Liability Companies, Gilbert Law Summaries*, Harcourt Legal & Professional Pubns, N.Y., 2001.
- De Sola Cañizares, Felipe, *Tratado de derecho comercial comparado*, Montaner y Simón, Barcelona, 1962, T. I
- Diez-Picazo, Luis. *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Bosch, Barcelona, 1957
- Gaillard Emmanuel, Savage John, Fouchard, *Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague, 1999
- Gaudemet, Jean. *Droit privé romain*, Montchrestien, Paris, 1998
- Gautier, Yves, « Sous le Code civil des Français : Rome (l'origine du droit des contrats) ». 1804-2004, *Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, Paris, 2004
- Gaviria, Enrique, *Lecciones de derecho comercial*, Diké, Medellín, 1987
- Genton, P. *Dispute Boards' part 7 of Bernstein's- Handbook of arbitration and dispute resolution practice*. Londres, Inglaterra: Sweet & Maxwell, 2003.
- Gómez Estrada, C. *De los Principales Contratos Civiles*. Temis. Bogotá, 1999.
- Jaramillo, Carlos Ignacio, *Solución alternativa de conflictos en el seguro y en el reaseguro*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1998
- Jarrosson, Charles, *La notion d'arbitrage*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1987
- Lara Peinado, Federico, *Código de Hammurabi*, Editora Nacional, Madrid, 1982.

López Medina, Diego, *Teoría Impura del Derecho*, Universidad de los Andes, Legis, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2004.

Lorca Naverrete, Antonio Ma, Sigüero Estagnan, Joaquín. *Derecho de Arbitraje Español*, Dykinson, Madrid, 1994

López, Gregorio, Bergner, Barcelona, 1844.

Oppetit, Bruno (2005), *Teoría del Arbitraje*, Universidad del Rosario, Legis y République Française, Traducido por Silva Eduardo, Mantilla Fabricio, Caicedo Jose Joaquín, Bogotá

Restrepo Piedrahita, Carlos. *Primeras Constituciones de Colombia y Venezuela 1811-1830*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.

Somarriva, Manuel, *Las Obligaciones y los Contratos ante la Jurisprudencia*, Editorial Nascimento, Santiago, 1939

Venegas, Alejandro. "La amigable composición en los contratos estatales", en *Temas estructurales entorno al arbitraje, la conciliación y la negociación*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2007.

Venegas, Alejandro, "Arbitraje y derecho de reaseguros", en *el Contrato de Arbitraje*, Legis, Bogotá, 2005

Wittgenstein, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, Crítica, Barcelona, 1988

Zimmermann, Reinhard. *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, Oxford University Press. Oxford, 1996

Jurisprudencia

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 21 de mayo de 1992, magistrado ponente, Julio C. Uribe Acosta

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 6 de febrero de 1998, Consejero Ponente, Daniel Suárez Hernández, Radicación No. 11477

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 26 de febrero de 1.998

Colombia, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 13 de agosto de 2009. Consejero Ponente, Enrique José Arboleda Perdomo, Radicación No.1952.

Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia SU-091 de 2000, 2 de febrero de 2000, magistrado ponente, Álvaro Tafur Gálvis, Expediente T-241.138

Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-1195 de 2001, 15 noviembre de 2001, magistrado ponente, Marco Gerardo Monroy Cabra, Expediente D-3519.

Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-098 de 2001, magistrada ponente, Martha Victoria Sáchica Méndez, expediente D-3179.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-017 de 2005, magistrado ponente, Rodrigo Escobar Gil. Colombia, Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, Sentencia T-153/10, magistrado ponente, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, expediente T-2.455.562

Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-330 de 2012, 9 de mayo de 2012, magistrado ponente, Humberto Sierra Porto, expediente D-8677

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, G.J. núm. 1917, p. 326.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 05 de junio de 1937, magistrado ponente, Juan Francisco Mújica. G.J. XLV, p. 223

Corte Suprema de Justicia. Auto de febrero 8 de 1989, magistrado ponente, Pedro Lafont

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil. Sentencia del 6 de octubre de 1981.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 13 de diciembre de 2002, magistrado ponente, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Expediente 6462.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 30 de noviembre de 2006, magistrada ponente, Marina Pulido de Barón,

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sala de Decisión de Tutelas, Sentencia del 15 de diciembre de 2006, magistrado ponente, Julio Enrique Socha Salamanca.

Laudos

Collection of ICC Arbitral Awards 1996-2000, Ed. Kluwer Law International- International Chamber of Commerce, Editores Arnaldez, Jean-Jaques, Derains Yves, Hascher Dominique. V. III