



UNIVERSIDAD
ICESI

***LA AMIGABLE COMPOSICIÓN EN EQUIDAD, UNA INSTITUCIÓN NEGOCIAL
ALTERNATIVA DE SOLUCION DE CONFLICTOS CON DEFICIENTES
CUMENTOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.***

Andrea Ortiz

Andrés Felipe Solórzano Gómez

Universidad ICESI

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

Maestría En Derecho

Santiago de Cali

2017

**LA AMIGABLE COMPOSICIÓN EN EQUIDAD, UNA INSTITUCIÓN NEGOCIAL
ALTERNATIVA DE SOLUCION DE CONFLICTOS CON DEFICIENTES
CUMENTOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.**

Andrea Ortiz

Andrés Felipe Solórzano Gómez

Trabajo de Grado

Nombre director de Tesis

Jorge Andrés Illera Cajiao

Universidad ICESI

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

Maestría En Derecho

Santiago de Cali

2017

Contenido

INTRODUCCIÓN	5
1. LA AMIGABLE COMPOSICIÓN	9
ELEMENTOS QUE CARACTERIZAN EL AMIGABLE COMPONEDOR	9
HISTORIA DE LA FIGURA EN COLOMBIA	10
LA AMIGABLE COMPOSICIÓN EN EQUIDAD	13
LA EQUIDAD COMO INSTRUMENTO DE INTERACCIÓN PACÍFICA Y DE CONVIVENCIA CIUDADANA.	13
FUNCIONALIDAD DE LA <i>EQUIDAD</i> EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA	14
2. MARCO NORMATIVO DE LA AMIGABLE COMPOSICIÓN EN COLOMBIA	16
3. ESTUDIO JURISPRUDENCIAL DE LAS PROVIDENCIAS DE LAS ALTAS CORTES.	21
OTRAS SENTENCIAS IMPORTANTES SOBRE LA MATERIA:	23
4. LAS BONDADES QUE PROMUEVEN LAS DECISIONES EN EQUIDAD EN EL ÁMBITO CONTRACTUAL PÚBLICO	27
LA NECESIDAD DE DECISIONES TOMADAS EN <i>EQUIDAD</i> DENTRO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.	27
5. LOS CIMIENTOS ENDEBLES DE LA INSTITUCION DEL AMIGABLE COMPONEDOR EN EL ESCENARIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.	31
LA AMIGABLE COMPOSICIÓN EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN VIAL DE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA	32
LA INSEGURIDAD JURÍDICA DE LAS DECISIONES EMITIDAS EN EQUIDAD EN EL ESCENARIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	33
LOS LÍMITES QUE TIENE LA ADMINISTRACIÓN COMO ENTE CONTRATANTE, DENTRO DE SU AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, DE ACORDAR CON EL CONTRATISTA, LA RESOLUCIÓN DE UN POSIBLE CONFLICTO A TRAVÉS DE UN AMIGABLE COMPONEDOR EN EQUIDAD.	36
CONCLUSIONES.	42

Lista de ilustraciones

Tabla 1.Poner nombre a la tabla. Fuente: Autores..... 16

INTRODUCCIÓN

En la práctica, como litigantes en derecho público y privado, nos enfrentamos a un gran número de audiencias conciliatorias fallidas, cuando el Estado, es uno de los sujetos procesales. Los llamados mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC) en el escenario público, parecen no cumplir una de sus finalidades prácticas para lo cual fueron creados; descongestionar el aparato judicial en Colombia. De aquí, la conciliación prejudicial, la transacción y la amigable composición, tienen un protagonismo ínfimo, según estadísticas revisadas, en el escenario contencioso.¹

No obstante, el legislador y el ejecutivo en Colombia, han pretendido, con el fin de activar e incrementar su utilización, ofrecer un protagonismo a estas instituciones alternativas, expidiendo un grupo importante de normas. Ejemplo de ello, sólo en razón al amigable componedor en nuestro ordenamiento jurídico, se tiene: la Ley 1563 de 2012, La ley 1682 del 2013, la Ley 1472 del 2014 y el Decreto 1829 de 2013.

En dicho marco normativo, la Amigable Composición, se ha definido, como una institución alternativa de solución de conflictos, a través de la cual un tercero imparcial (amigable componedor) toma la decisión que dirime las diferencias existentes, en virtud de un mandato que le ha sido otorgado por las partes. De dicho concepto, será preciso distinguir la amigable composición en equidad, a la amigable composición en derecho, dado 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.

Esta regla general, *de decidir los fallos en equidad como criterio fundante*, precisamente confiere a dicha institución de elementos diferenciadores en relación a otros mecanismos alternativos de solución de conflictos. La decisión del amigable componedor en equidad no se fundamenta *en derecho*, por lo anterior, escapa de la formalidad, del seguimiento al precedente jurídico y de la ritualidad del debido proceso. No obstante a lo anterior, una decisión del amigable componedor en equidad, según lineamientos jurisprudenciales prestos a estudiar en el presente artículo, y los defensores de dicha institución negocial, promueve la

¹ Refiriéndose al porcentaje de casos resueltos en escenario de MASC en materia contenciosa administrativa: "Los casos conciliados de esta jurisdicción son aproximadamente 33 anuales, con una tasa en 2014 de 16,2%, la más alta de las revisadas. Como en el caso anterior, el monto absoluto es muy bajo, aunque la tendencia de crecimiento es positiva y continua. Ello hace que se esperen para 2025 unos 73 casos anuales, con una tasa de crecimiento hasta ese año de 8,2%, y de 147 en 2035, lo que representaría un crecimiento de 7,8% en promedio hasta ese año." Fuente: **Departamento Nacional de Planeación (2015). Análisis conceptual del Sistema Nacional de Conciliación en Colombia en sus 25 años: Construyendo diálogo y paz para el futuro. Bogotá D.C.**

justicia y el ajuste de cargas contractuales, estudiando las particularidades del caso en concreto, dada la singularidad de los hechos motivos de disputa.

Por lo anterior, y dada la legislación que promueve las decisiones del amigable componedor en equidad,² es preciso revisar, si la administración como sujeto contractual, ha promovido este tipo de MASC en su ejercicio contractual. En dicho rastreo, encontramos que la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) dispuso, dentro de los contratos de concesión vial de cuarta generación,³ dada su autonomía contractual, la cláusula de la amigable solución en equidad como mecanismo alternativo de solución de conflictos (MASC). En este contexto, se identificarán los términos en que fue insertada dicha institución negocial dentro de su clausurado y el alcance de conflictos que tendría que decidir un amigable componedor en equidad dentro de los referidos contratos.

Precisamente, la discusión jurídica que se surte de lo expuesto, persigue la revisión de los verdaderos alcances de la autonomía de la voluntad de las partes en el marco negocial de la Contratación Estatal. De aquí, la inviabilidad según los contradictores de dicho mecanismo alternativo, en relación a que estas mismas partes puedan fijar dichas cláusulas de resolución de conflictos en un tercero, sin que este último tenga que ser estrictamente un abogado, promoviendo una decisión no jurídica, dada la naturaleza de la referida institución alternativa, máxime si se pretenden resolver el pago de recursos públicos o la decisión de alguna otra controversia contractual estatal de interés general⁴. Por otro lado, los que defienden la viabilidad en la utilización de dichas cláusulas de amigable componedor, expresan que últimamente el Consejo de Estado en sus diferentes sentencias, “*ha hecho gala de una nueva creatividad jurídica*”⁵, citando algunos ejemplos al; (i) declarar nulidades contractuales por presuntas irregularidades al principio de planeación, (ii) estimar preclusiones de oportunidad procesal por no reclamar derechos en actas parciales y no definitivas, por lo que es preciso

² Artículo 60 Ley 1563 del año 2012, *Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones.*

³ Las Concesiones Viales de Cuarta Generación, o 4G, constituyen el proyecto de infraestructura más revolucionario que se ha puesto en marcha en el país para apalancar el crecimiento y ser más competitivo. Se trata de la construcción y la rehabilitación de más de 7.000 kilómetros de vías, que contemplan dobles calzadas (más de 1.370 km); 1.300 viaductos (146 km) y 141 túneles (125 km) a través de 40 proyectos que se tiene programado tener ejecutados en máximo seis años a partir de la fecha de su adjudicación. Serán invertidos para la realización de las obras de infraestructura a lo largo del país a través de la modalidad de Asociación Público Privada (APP) alrededor de \$50 billones, siendo este mecanismo una de las característica principales del nuevo esquema de 4G, en donde el concesionario privado es quien financia el proyecto con recursos propios en la etapa Capex, es decir, todos los gastos relacionados con la construcción, mejoramiento o rehabilitación de la infraestructura. Una vez realizadas las entregas de las diferentes etapas de la obra, el concesionario recupera su inversión a través del dinero que el Gobierno Nacional le gira de los peajes o vigencias futuras. Los contratos son administrados por la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI. (Ver <http://mab.com.co/que-son-concesiones-viales-de-cuarta-generacion-4g/>)

⁴ Ver: *Solución de controversias 4G o la oscura bola de cristal*, Alessia Abello, Artículo publicado en portafolio el 29 de abril del año 2015.

⁵ *La amigable composición en equidad: un regreso al origen de la teoría del equilibrio económico del contrato*, JOSÉ VICENTE BLANCO, Fuente Digital : <http://contratacionestatal.blogspot.com.co/2015/05/la-amigable-composicion-en-equidad-un.html>

equilibrar las cargas contractuales de las partes, a través de teorías que reivindiquen la posición inequitativa de estas últimas en determinados casos en concreto. Por consiguiente, arguyen que teorías como la de imprevisión, la del equilibrio económico de los contratos y la distribución de riesgos, son fiel ejemplo de conquistas doctrinales fundamentadas en la equidad, con criterio fundante de justicia.

Una vez revisadas ambas posturas, es preciso abordar los siguientes interrogantes como ejes centrales de discusión en el presente escrito: ¿La administración pública al ser sujeto contractual con fines reglados por la constitución y la ley, tiene completa libertad para acordar dirimir sus diferencias ante un amigable componedor en equidad? ¿Su autonomía de la voluntad se encuentra limitada por fines constitucionales y legales? La respuesta a dichos interrogantes se abordará en el presente artículo estudiando el principio de legalidad como límite al de autonomía de la voluntad en contratación pública y el interés general como freno a la libertad contractual y negocial del Estado.

En suma en el presente artículo, nos enfocaremos en el concepto, naturaleza, elementos e historia del amigable componedor en Colombia, haciendo hincapié en el amigable componedor en equidad. Precisamente se estudiará la equidad como criterio fundante de decisión y como criterio de ponderación para el administrador de justicia. Luego se abordará la normatividad y jurisprudencia existente alrededor de dicha institución. Seguidamente, se estudiarán las virtudes y ventajas que tiene dicho mecanismo alternativo, dentro del escenario contencioso administrativo, para luego esbozar las razones, que llamaremos *cimientos débiles* del amigable componedor en equidad en la contratación estatal, dado que dichas decisiones no son tomadas en derecho, esto es sin rigurosidad jurídica, sin apego a la ley, al precedente judicial y a un estricto debido proceso formal. En dicho escenario se identificará la inserción de dichas cláusulas de amigables componedores en equidad en la (ANI) para determinar con base a dicho rastreo: (i) la inseguridad jurídica que conlleva resolver conflictos a través de dicha institución negocial (ii) los límites que tiene la autonomía de la voluntad en la contratación estatal dado el interés general y los principios de contratación pública en Colombia.

Las hipótesis planteadas en esta investigación consisten en (i) demostrar la inviabilidad que tiene la administración como parte contractual dentro de un contrato estatal, de convenir la amigable composición en equidad como mecanismo alternativo de solución de conflictos, y en depositar la solución del conflicto en un tercero, no abogado para que promueva un fallo en equidad, no jurídico, dada la naturaleza de la referida institución alternativa, máxime si se pretenden transar o conciliar recursos públicos, de interés general. (ii) Indicar que la amigable composición en equidad, por su naturaleza contractual y/o negocial, radica su esencia, en la autonomía de la voluntad de las partes. Su finalidad se traduce, en definir un mecanismo alternativo, ágil no jurisdiccional, para

solucionar los conflictos entre Contratante y Contratista. No obstante, cuando uno de los sujetos tiene naturaleza pública o presta un servicio público, automáticamente la voluntad comercial se restringe a ciertas condiciones regladas para el cumplimiento de los fines del Estado, el interés general y los principios de la Contratación Estatal. De ahí, que su componente autónomo y decisorio en equidad, sea efectivamente limitado, incluso inconveniente, dada su viabilidad de aplicación en la ley 1472 del año 2014. Lo anterior puesto que no se define un interés particular, sino uno de interés colectivo, en los cuales las partes, máxime la administración como sujeto contractual deben actuar en un grado superlativo de responsabilidad.

1. LA AMIGABLE COMPOSICIÓN

Este primer acápite del presente escrito, acerca al lector al estudio de la institución de la amigable composición en el derecho colombiano. El concepto, la naturaleza y los elementos que componen la figura. Se estudiará en dicho sentido, la amigable composición como institución negocial, para luego ahondar en la amigable composición en equidad, dada la voluntad del legislador en determinar que las decisiones del amigable componedor sean resueltas en equidad y no en derecho, como regla general.

En nuestro país la amigable composición se circunscribe en los llamados *métodos alternativos de solución de conflictos*, entre los cuales solo la conciliación y el arbitraje tienen reconocimiento constitucional explícito, específicamente en el artículo 116 superior. Precisamente, figuras como la *transacción*, la *amigable composición* y la *mediación* han sido desarrolladas en el plano legal o, en el caso de esta última, en el estrictamente convencional.

Para el tribunal constitucional, los métodos alternativos, pertenecen a una categoría de justicia “*informal*” que no tiene como finalidad sustituir la justicia estatal “*formal*” sino complementarla. En este sentido considera necesario que el legislador desarrolle y propicie políticas de Estado tendientes a vincular a la sociedad civil en la construcción de estos espacios comunes⁶. Dicho lo anterior, tenemos que la amigable composición es un mecanismo de solución alternativa de conflictos, a través del cual un tercero imparcial (amigable componedor) toma la decisión en equidad, como regla general, puesto que las partes pueden convenir que se decida en derecho, sobre un conflicto en virtud de un mandato que le ha sido otorgado. La amigable composición (i) no está consagrado constitucionalmente (ii) no es de carácter jurisdiccional sino contractual, (iii) puede ser o no objeto del establecimiento de reglas jurisprudenciales que deriven en limitaciones a la plena efectividad de la autonomía de la voluntad contractual.

Elementos que caracterizan el amigable componedor

Existen algunas discusiones sobre la naturaleza del mecanismo objeto de estudio y su calificación como un sistema de autocomposición o heterocomposición dadas sus características *sui generis* en el derecho colombiano. En efecto, los mecanismos puramente autocompositivos suelen involucrar exclusivamente a las

⁶ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-893 de 2001, magistrada ponente, Clara Inés Vargas-Hernández, Consideraciones y fundamentos de la Corte.

partes a la hora de adoptar la decisión; mientras que en los heterocompositivos, la definición del conflicto suele emanar de un tercero que opera con total autonomía.⁷

En el caso de la amigable composición, el tercero obra como mandatario de las partes, de aquí que la jurisprudencia lo entienda como una institución de naturaleza autocompositiva. Elementos que justifican dicho criterio, son el mandato y la representación. No obstante, el mandatario actúa con total autonomía para decidir la forma de cumplimiento de un negocio jurídico particular o para decidir cuestiones de incumplimiento y responsabilidad, de aquí que adquiera características de mecanismo heterocompositivo, según la fórmula vigente adoptada en la Ley 1563 de 2012⁸, lo cual nos permite precisar que la amigable composición tiene tanto elementos autocompositivos como heterocompositivos.⁹

Los acuerdos llegados a través del amigable componedor tienen la facultad de precisar con fuerza vinculante para las partes una obligación, El amigable componedor no tiene que ser abogado, puede ser cualquier persona que haya sido designado por las partes,. Este último, expide una decisión que es firmada por él y 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.

Historia de la figura en Colombia

⁷ Rey-Vallejo, Pablo, *El arbitraje doméstico colombiano a la sombra de la amigable composición como mecanismo que privilegia la autonomía de la voluntad*, 133 *Vniversitas*, 227-270 (2016). <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj133.adcs>

⁸ *Ibid.*, p 227 “En primer lugar, es pertinente anotar que el punto relativo al mandato fue objeto de debate bajo los regímenes anteriores. Autores nacionales como Jorge Hernán Gil-Echeverry consideraban que el vínculo entre el amigable componedor y las partes no correspondía a esa figura en el ordenamiento mercantil, ya que en los términos del artículo 1262 del Código de Comercio, el mandatario se obliga a ejecutar uno o más actos comercio por cuenta del mandante, lo que no acontece con la amigable composición. Para reafirmar su posición, advierte el autor que el amigable componedor tiene la obligación de actuar con total autonomía e independencia, comportamiento incompatible con lo dispuesto en el artículo 1266 de la normatividad mercantil que obliga al mandatario a sujetarse a las instrucciones del mandante y a proteger sus intereses. La posición contraria ha sido esgrimida por diversos autores como José Alejandro bonivento, Roberto Valdés-Sánchez, Enrique Gaviria -Gutiérrez y Alejandro Venegas-franco, entre otros. De la misma manera, la Corte Constitucional se inclinó por esta teoría, en los siguientes términos: Dicho vínculo que se establece entre el amigable componedor y las partes tiene su origen en un contrato de mandato, cuyas facultades se limitan conforme a lo establecido en el contrato de composición. Así las cosas, la amplitud de las actuaciones que adelante el amigable componedor dependerá de las restricciones o no que se le fijen por parte de sus mandatarios. Desde nuestro punto de vista, esta postura se reafirmó sin lugar a equívocos en la normatividad actual, pues en ella se expresó de manera explícita la condición de “mandatario” del amigable componedor. De esta premisa se desprende que tanto en el régimen anterior como en el vigente ha prevalecido la posición sobre el carácter autocompositivo de la amigable composición.

⁹ *Ibid.*, p 235 “En tal sentido, la visión de la amigable composición como mecanismo autocompositivo apunta a que bien sea porque las partes definen directamente las formas del “procedimiento” aplicable o bien porque quien lo hace es el amigable componedor, en ambos casos estamos ante una manifestación de voluntad de sus primeras y por consiguiente los límites que el legislador o los jueces impongan deben entenderse como verdaderas restricciones al libre ejercicio de la autonomía contractual en este campo”

Con Rey Vallejo¹⁰ tenemos que la amigable composición no fue regulada como el mecanismo autónomo que conocemos en la actualidad. El Código Judicial, consignado en la Ley 105 de 1931, y la Ley 2 de 1938 se refirieron a los árbitros, en los procesos de división de grandes comunidades,¹¹ y a los arbitradores con la posibilidad de emitir fallos en conciencia¹² o como amigables componedores en los términos del derecho español, que recogió la definición del derecho romano¹³. Posteriormente, la amigable composición en Colombia, fue consagrada como mecanismo independiente del arbitraje tanto en el Código de Comercio como en el Código de Procedimiento Civil¹⁴.

De las normas mencionadas, es posible colegir que la normativa de la época trataba la amigable composición como una forma de arbitraje ya que esas disposiciones estaban incorporadas entre las normas que regulaban esa materia. Adicionalmente, los referidos artículos no caracterizaban o definían la amigable composición sino que se limitaron a demarcar las diferencias entre estas dos instituciones, a partir de los efectos del laudo y la “*declaración con valor contractual*” emanada de la amigable composición.¹⁵

¹⁰ Ibíd, p 229.

¹¹ “Artículo 1167. 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 estos y los colindantes se susciten cuestiones sobre límites”. Colombia, Ley 105 de 1931, sobre organización judicial y procedimiento civil, 21.823 Diario Oficial, 24 de octubre de 1931. Disponible en: http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0105_1931.htm

¹² “Artículo 1216. Los interesados deben otorgar una escritura pública o un documento privado, firmado ante dos testigos, extendido en papel sellado, y en que conste: (...) 3. La clase de sentencia que deben dictar los arbitradores, si en derecho, o en conciencia, y si la decisión debe ser simplemente absolutoria o condenatoria, o si puede transigir las pretensiones opuestas. Si falta alguna de estas tres circunstancias, es nulo el compromiso”. Colombia, Ley 105 de 1931, sobre organización judicial y procedimiento civil, Diario Oficial, 24 de octubre de 1931. Disponible en: http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0105_1931.htm

¹³ “Artículo 6. Si en la cláusula compromisoria o en acuerdo posterior comunicado a los arbitradores antes de la primera audiencia no se les facultare para fallar en conciencia o para transigir las opuestas pretensiones, la sentencia habrá de ser en derecho”. Colombia, Ley 2 de 1938, por la cual se da validez a la cláusula compromisoria, Diario Oficial, 12 de marzo de 1938. Disponible en: https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/ley_0002_1938.htm

¹⁴ “Artículo 2025. Sometimiento de diferencias a amigables componedores. En los casos previstos en el inciso primero del artículo (2011 / 663), podrán los interesados someter sus diferencias a amigables componedores; la declaración de estos tiene valor contractual entre aquellos, pero no producirá efectos del laudo arbitral”. Colombia, Decreto 410 de 1971, por el cual se expide el Código de Comercio, Diario Oficial, 16 de junio de 1971, artículo 2025. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=41102>. “Artículo 677. Amigables componedores. En los casos previstos en el inciso primero del artículo 663, podrán los interesados someter sus diferencias a amigables componedores; la declaración de estos tiene valor contractual entre aquellos, pero no producirá efectos del laudo arbitral”. Colombia, Decreto 1400 de 1970, por el cual se expide el Código de Procedimiento Civil, 33.150 Diario Oficial, 21 de septiembre de 1970. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6923>

¹⁵ Rey-Vallejo, Pablo, *El arbitraje doméstico colombiano a la sombra de la amigable composición como mecanismo que privilegia la autonomía de la voluntad*, 133 Universitas, 227-270 (2016). <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj133.adcs>

El Decreto 2279 de 1989 en su capítulo II, sección I —De la amigable composición y de la conciliación— dispuso: *“las controversias susceptibles de transacción, que surjan entre personas capaces de transigir, podrán ser sometidas a conciliación o amigable composición”*. La referida normatividad definió este mecanismo en los siguientes términos: *“Por 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”*¹⁶. Derivado de esta fórmula, se desligó la figura de la amigable composición de la institución arbitral y le otorgó autonomía como otro mecanismo de solución de controversias.

Seguidamente, la Ley 23 de 1991, que derogó los artículos pertinentes del Decreto 2279 de 1989 arriba referido, enfatizó esa autonomía y ratificó su independencia al disponer en capítulos separados la conciliación (capítulos III, IV, V, VI y VII), el arbitraje (capítulo VIII), y mantener la amigable composición en el capítulo II, sección II del Decreto 2279 de 1989.

La Ley 446 de 1998, definió la figura como un mecanismo de solución de conflictos y le atribuyó las características de un contrato complejo, en el que el amigable componedor se constituye en un verdadero mandatario de las partes cuyas funciones contribuyen y favorecen el desarrollo de una relación contractual. En materia procedimental, el legislador entendió que es un mecanismo eminentemente contractual, en el que terceros tienen facultades para comprometer contractualmente a las partes—a diferencia de la conciliación y el arbitraje— están desprovistos de función jurisdiccional, constituyéndose en una de sus principales ventajas y fortalezas a la hora de optar por un mecanismo ágil, eficiente y apartado del rigor de las instituciones procesales que se aplican en el ámbito judicial.

Finalmente, en lo que respecta a la normatividad vigente, la Ley 1563 de 2012 en su artículo 59 define la amigable composición, así:

“ARTÍCULO 59. DEFINICIÓN. *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*

¹⁶ Colombia, Decreto 2279 de 1989, por el cual se implementan sistemas de solución de conflictos entre particulares y se dictan otras disposiciones, 39.012 Diario Oficial, 7 de octubre de 1989. Disponible en: http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto_2279_1989.htm

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.”

La Amigable Composición en Equidad

En cuanto al contenido y la forma de la decisión, se consagró *que la decisión del amigable componedor estará fundamentada en la equidad*, sin perjuicio de que el amigable componedor en su decisión, pueda hacer uso de las reglas del derecho. De igual manera su decisión pueda 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*. Así mismo se estipuló que esta produce los efectos legales propios de la transacción.

Así lo reflejó el legislador colombiano en el artículo 60 de la ley 1563 de 2012.

“ARTÍCULO 60. EFECTOS. *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”

La equidad como instrumento de interacción pacífica y de convivencia ciudadana.

Para los autores que propenden por una utilización masiva de los (MASC) la amigable composición en equidad es un instrumento de interacción pacífica y de convivencia ciudadana, puesto que sus elementos de autocomposición y

resolución pronta, no litigiosa, propenden hacia una recomposición del tejido social y cultural del país como lógica de justicia no formal.

Para dichos autores, existen tres lógicas de justicia no formales así; La inicial, en la década de los 90s' que se inclinó por la descongestión judicial como estrategia central, dada la saturación del aparato formal de justicia. La segunda vinculada al acceso de justicia, sobre el presupuesto de falta de respuesta de la justicia formal a una serie de conflictos invisibles o de muy difícil inscripción en el aparato judicial por falta de tiempo y costo. Y una tercera, donde se ubica la amigable composición en equidad, la conciliación en equidad y los jueces de paz, como componentes esenciales de recomposición de tejido social, reconociendo formas propias de resolución de conflictos surgidas en las sociedad dada su interacción dentro del espacio pluralista y democrático que plantea la Constitución de 1991, que fuera de desafiar el orden jurídico estatal, lo enriquece y refuerza en la medida que reconoce otros discursos de convivencia y de defensa de derechos, otros ordenes normativos en la Sociedad.¹⁷

Respecto de la consagración y el desarrollo legal de los mecanismos alternativos consagrados constitucionalmente, la Corte considera que esta reglamentación de la materia resulta compatible con la Carta Política y además cumple el objetivo de interpretar y desarrollar principios y valores transversales a la Constitución, como la búsqueda de la paz, la convivencia y el orden justo.

Funcionalidad de la *equidad* en la administración de justicia

Los operadores jurídicos le han atribuido diferentes funciones a la equidad. En primer lugar le permite *evaluar la razonabilidad* de las categorías generales de hecho formuladas por el legislador, a partir de las situaciones particulares y concretas de cada caso. Esto es ir más allá de la igualdad de hecho. En segundo caso, la equidad actúa como un *elemento de ponderación* que hace posible que el operador jurídico atribuya y distribuya las cargas impuestas por la norma general, proporcionalmente, de acuerdo con elementos relevantes, que la ley no considera explícitamente. De aquí, al considerar aquellos vacíos de ley y la complejidad de la realidad social, la equidad permite una *graduación* en la distribución de cargas y beneficios de las partes. En este sentido, al operador, al decidir, se le amplía su

¹⁷ Ver en dicho sentido: IGUARÁN ARANA, Mario Germán. Los mecanismos alternativos de Solución de Conflictos y el mediador Comunitario. Universidad Externado de Colombia, Pág. 23—29, Bogotá Noviembre de 2001 / SANCHEZ VERGARA GARLY JHONADY, AGUDELO BOTERO ANDERSON ALBERTO, “*La Conciliación en Equidad, un mecanismo de participación ciudadana que ayuda a reconstruir el tejido social, a través del liderazgo comunitario*”, Trabajo de grado para obtener el título de abogado, universidad de Antioquia, facultad de derecho y ciencias políticas, departamento derecho, Pág. 34-38 Medellín, 2006.

horizonte hermenéutico, puesto que no tiene en cuenta no sólo las prescripciones legales, sino los efectos concretos de su decisión entre las partes.¹⁸

En este mismo lineamiento se ha referido la jurisprudencia Constitucional en relación a tres elementos o rasgos característicos que promueve una decisión en equidad. El primero es la *importancia de las particularidades fácticas del caso a resolver*. En este sentido es importante para el administrador de justicia la situación en concreto de las partes, los hechos en particular como connotación especial para así decidir una 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, desestima si, las cargas excesivas y onerosas o el desentendimiento respecto de una de las partes. El tercero es la *apreciación de los efectos de una decisión en las circunstancias de las partes en el contexto del caso*. De ahí el carácter remedial de la equidad, puesto que busca evitar consecuencias injustas que se derivarían de un fallo ajustado a priori a la Ley, dadas las particularidades de una decisión. Estos elementos de la equidad han inspirado doctrinas jurídicas como la teoría de la imprevisión, la teoría sobre el equilibrio económico de los contratos, la teoría del enriquecimiento sin causa.¹⁹

Ahora, en relación a las decisiones tomadas en equidad, las razones que justifican su actuar no requieren necesariamente ser normativas, a diferencia de una decisión en derecho. La decisión en equidad explora estrictamente las circunstancias concretas del conflicto y propugna por la justicia del caso, sin necesidad de basarse en referentes normativos positivos. En este sentido, la decisión en equidad se basa en un conjunto de factores diferentes y relevantes relativos a las especificidades de cada caso, como por ejemplo los intereses en juego, las necesidades de los involucrados o la situación económica de las partes. En relación a su justificación, la decisión en equidad debe presentar razones para entenderse motivada. Cuando no existen razones no puede ser tomada como ejercicio legítimo de la función pública, puesto que se convertiría en un acto inexpugnable, caprichoso y arbitrario.²⁰

¹⁸ Ver Corte Constitucional, Sentencia C –1547 de 2000, M.P. (e): Cristina Pardo Schlesinger, Demanda de Inconstitucionalidad contra el artículo 38 numeral 1 del Código de Procedimiento Civil

¹⁹ Sentencia SU 837 del año 2002, Referencias: expediente T-503413, Sentencia T-046 de 2002 y Auto 027 de abril 2 de 2002. Actor: Fundación Abood Shaio y otros, Magistrado Ponente: Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

²⁰ *Ibidem*.

2. MARCO NORMATIVO DE LA AMIGABLE COMPOSICIÓN EN COLOMBIA

Para efectos prácticos abordaremos la legislación de la amigable composición en el siguiente cuadro:

Tabla 1. Poner nombre a la tabla. Fuente: Autores

FUNTE NORMATIVA	DESCRIPCIÓN DE LA NORMA	AÑO	VIGENTE/ DEROGADA	CONCEPCIÓN NORMATIVA
Decreto 1400	<i>Código de Procedimiento Civil</i>	1970	Derogado	En la presente norma se concibe a la amigable composición como una forma de arbitraje, ya que esta disposición estaba incorporada entre las normas que regulaban la materia. Adicionalmente, este artículo no caracterizaba o definía la amigable composición sino que se limitaron a demarcar las diferencias entre lo uno y lo otro, a partir de los efectos del laudo y la “ <i>declaración con valor contractual</i> ” emanada de la amigable composición <i>Art 677. “amigables componedores. En los casos previstos en el inciso primero del artículo 663, podrán los interesados someter sus diferencias a amigables componedores, la declaración de estos tienen valor contractual entre aquellos, pero no producirá efectos de laudo arbitral”</i>
Decreto 410	<i>Antiguo Código de Comercio</i>	1971	Derogado	Sucede lo mismo en este código que la concepción normativa dispuesta por el Código de procedimiento civil atrás descrito. <i>“Artículo 2025. Sometimiento de diferencias a amigables componedores. En los casos previstos en el inciso primero del artículo (2011 / 663), podrán los interesados someter sus diferencias a amigables componedores; la declaración de estos tiene valor contractual entre aquellos, pero no producirá efectos del laudo arbitral”</i>
Decreto 2279	<i>Implementan sistemas de solución de conflictos entre particulares y se dictan otras disposiciones.</i>	1989	Derogado	El Decreto 2279 de 1989 en su capítulo II, sección I — <i>De la amigable composición y de la conciliación</i> — dispuso: “ <i>las controversias susceptibles de transacción, que surjan entre personas capaces de transigir, podrán ser sometidas a conciliación o amigable composición</i> ” La referida normatividad definió este mecanismo en los siguientes términos: “ <i>Por la amigable composición se otorga a los componedores la facultad de precisar, con fuerza vinculante para las</i>

				<p>partes, el estado y la forma de cumplimiento de una relación jurídica sustancial susceptible de transacción". Esta fórmula de consagración desligó la figura de la amigable composición de la institución arbitral, la aproximó a la conciliación mediante su incorporación en un capítulo común y le otorgó autonomía como otro mecanismo de solución de controversias.</p>
Ley 23	<p><i>Mecanismos para descongestionar los Despachos Judiciales, y se dictan otras disposiciones</i></p>	1991	Derogado conforme al amigable componedor	<p>Derogó los artículos pertinentes del Decreto 2279 de 1989 arriba referido. Hizo más patente esa autonomía y ratificó su independencia al disponer en capítulos separados la conciliación (capítulos III, IV, V, VI y VII), el arbitraje (capítulo VIII), y mantener la amigable composición en el capítulo II, sección II del Decreto 2279 de 1989.</p>
Ley 80	<p><i>Estatuto Contractual en Contratación Pública</i></p>	1993	Derogado conforme al amigable componedor	<p>ARTICULO 68. DE LA UTILIZACION DE MECANISMOS DE SOLUCION DIRECTA DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. "Las entidades a que se refiere el artículo 2o del presente estatuto y los contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual. Para tal efecto, al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en esta ley y a la conciliación, amigable composición y transacción. PARAGRAFO. Los actos administrativos contractuales podrán ser revocados en cualquier tiempo, siempre que sobre ellos no haya recaído sentencia ejecutoriada."</p>
Ley 446	<p><i>Se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia</i></p>	1998	Derogado conforme al amigable componedor	<p>Una fórmula similar, aunque más explícita, acogió la Ley 446 de 1998 que derogó todas las normas sobre el particular vigentes a la fecha y reconoció en la figura un mecanismo del todo separado de los otros sistemas alternativos. "ART 130. La amigable composición es un mecanismo de solución de conflictos, por medio del cual dos o más particulares delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de precisar, con fuerza vinculante para ellas, el estado, las partes y la forma de cumplimiento de un negocio jurídico particular. El amigable componedor podrá ser singular o plural."</p>

Ley 1563	<i>Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones</i>	2012	Vigente.	<p>La Ley 1563 de 2012 incorporó a la figura una serie de modificaciones derivadas de las experiencias surgidas por cerca de quince años de operación del mecanismo sin ninguna clase de ajuste legislativo o reglamentario. En un principio, el texto presentado inicialmente por el gobierno nacional²¹ pretendió superar la fórmula dispuesta por la normativa anterior en el sentido de que la función del amigable componedor no debía limitarse a definir “<i>el estado, las partes y la forma de cumplimiento de un negocio jurídico particular</i>” sino a “<i>definir, con fuerza vinculante para las partes, una controversia de libre disposición</i>”.</p> <p>ARTÍCULO 59. DEFINICIÓN. <i>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.</i>²²</p> <p>ARTÍCULO 60. EFECTOS. <i>El amigable componedor obrará como mandatario de las partes y, en su decisión, podrá precisar el alcance o forma de</i></p>
----------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------	----------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

²¹ “Artículo 58. Definición. *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 un particular con ocasión de su ejercicio de funciones públicas, delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de definir, con fuerza vinculante para las partes, una controversia de libre disposición.* Artículo 59. Efectos. *La decisión del amigable componedor producirá los efectos legales propios de la transacción.* Artículo 60. Designación. *Las partes podrán nombrar al amigable componedor directamente o delegar en un tercero su designación. El tercero delegado por las partes para nombrar al amigable componedor puede ser una persona natural o jurídica*”. Informe de ponencia para primer debate al Proyecto de Ley 18 de 2011 Senado, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones, 817 Gaceta del Congreso, 2 de noviembre de 2011. Disponible en: <http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel3>

²² Esta propuesta tuvo como finalidad ampliar el ámbito de competencias de una figura cada vez más utilizada para la resolución definitiva de un conflicto que como un mecanismo para precisar aspectos de una relación contractual. En tal sentido, el texto finalmente aprobado por el Congreso de la República incluyó esta particular alternativa mediante una fórmula más detallada, así: “*(...) 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*”. También se hizo explícito en el articulado final que el amigable componedor actúa como mandatario de las partes, lo que ratifica aún más la condición de mecanismo de carácter contractual, no jurisdiccional. Ver Rey-Vallejo, Pablo, *El arbitraje doméstico colombiano a la sombra de la amigable composición como mecanismo que privilegia la autonomía de la voluntad*, 133 Universitas, 227-270 (2016). <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj133.adcs>

				<p><i>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.</i></p> <p><i>La decisión del amigable componedor producirá los efectos legales propios de la transacción.</i></p> <p>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 .</p>
Ley 1682	<p><i>Por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de Infraestructura de Transporte y se conceden facultades extraordinarias</i></p>	2013	Vigente excepto artículo 14, literal a	<p>La presente Ley permite los mecanismos alternativos de solución de conflictos en contratos de infraestructura de transporte y fija regla especiales para su uso, tales como: (i) las decisiones que se tomen en la solución de conflictos, incluyendo la amigable composición deben ser en derecho. (Dicha regla fue derogada por el Artículo 2 de la Ley 1472 del año 2014.) (ii) las partes podrán acordar no solo temas jurídicos, también temas técnicos y financieros que se someterán a decisión parcial o total. (iii) Prohibición a los árbitros y amigables componedores a decidir sobre la validez de actos administrativos. (iv) En caso de pactarse el uso del amigable componedor, la entidades objeto de la presente ley deberán incluir en la cláusula respectiva las reglas que garanticen los derechos de igualdad, publicidad, contradicción y defensa. (v) el ejercicio de los MASC no suspende las facultades ajenas al derecho común de que gocen las entidades contratantes, salvo que medie medida cautelar decretada en los términos del Capítulo XI del Título V de la Parte Segunda de la Ley 1437 de 2011 (vi) prohibición a las entidades públicas de nombrar los integrantes del panel arbitral o de amigable componedor en la cláusula compromisoria relativa o inequívocamente referida al contrato, o a documentos que hagan parte del mismo en los pliegos de condiciones. Se seguirán las reglas de nombramiento de la Ley 1563 de 2012. (vii) obligatoriedad a las entidades públicas de definir en su pliego de condiciones el perfil de los árbitros y amigables componedores (viii) Ningún árbitro, amigable componedor o secretario podrá desempeñarse simultáneamente como tal, en más de</p>

				tres (3) tribunales o amigable componedor en que intervenga como parte una entidad pública objeto de la presente ley, o en los conflictos relativos a estas (ix) Las entidades públicas deberán en las cláusulas compromisorias limitar los honorarios de los árbitros o de los amigables componedores. (xii) Las entidades públicas incluirán los costos y gastos que demanden el uso de tales mecanismos en sus presupuestos.
Decreto 1829	<i>"Por el cual se reglamentan algunas disposiciones de las Leyes 23 de 1991, 446 de 1998, 640 de 2001 y 1563 de 2012"</i>	2013	Vigente.	Reglamenta el procedimiento que deben seguir los centros de arbitraje y amigables componedores. Con respecto a estos últimos establece que deben establecerse reglas que garanticen los derechos de las partes a la igualdad y a la contradicción de argumentos y pruebas
Ley 1472	<i>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</i>	2014	Modifica únicamente el artículo 14 literal a de la ley 1682 de 2013. Vigente.	Modifico el artículo 2 Literal a del artículo 14 de la ley 1682 de 2013 precisando que las decisiones del amigable componedor se podrán adoptar en equidad, dada la consagración de la figura en la Ley 1563 de 2012. Artículo 2^o. <i>Modifíquese el literal "a" del artículo 14 de la ley 1682 de 2013, el cual quedará 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 adoptarse en equidad, de conformidad con el artículo 60 de la Ley 1563 de 2012".</i>

A diferencia de la legislación anterior derogada, las disposiciones contenidas en la Ley 1563 de 2012 y demás normas posteriores hicieron alusión puntual sobre aspectos procedimentales que deben considerarse a la hora de adelantar un trámite de amigable composición. Sin embargo estos preceptos están dispuestos de una manera muy general y otorgan especiales prerrogativas a los acuerdos privados que prevalecen sobre una serie de reglas supletivas, normalmente referencias a reglamentos de centros prestadores de servicio.²³

²³ Íbid, p. 234.

3. ESTUDIO JURISPRUDENCIAL DE LAS PROVIDENCIAS DE LAS ALTAS CORTES.

Este capítulo será destinado al estudio de la amigable composición desde el inicio de la figura en la jurisprudencia colombiana, por eso este capítulo estará dividido en dos partes, la primera hace referencia a dos sentencias que dieron inicio al estudio de la figura en materia jurisprudencial, una del Consejo de Estado y la otra de la Corte Constitucional y la segunda abarca otras sentencias de estas Cortes que infieren aspectos puntuales de la figura, como veremos a continuación:

En Sentencia del 26 de Febrero de 1998 el Consejo de Estado precisó:

“Desde el Código de Procedimiento Civil de 1970, la legislación ha previsto la amigable composición; en aquella normatividad en el artículo 677, luego adoptada por los artículos 51 y 52 del Decreto 2279 de 1989, adicionada por el artículo 16 de la ley 23 de 1991. No resulta exótica a la legislación colombiana, el pacto de amigable composición en los términos acordados en el convenio demandado. Antes de celebrarse el acuerdo, en el momento de su celebración, y hoy, ha existido norma positiva que permite acudir a tal procedimiento como medio extrajudicial de solución de conflictos. Por otro aspecto tampoco se desnaturaliza la figura de la amigable composición, cuando las partes convienen frente a la intervención de tres amigables componedores, que las decisiones se tomaran por mayoría. La ley no regula la forma como se adelantará la amigable composición, dejando a las partes en libertad para pactar lo que estimen conveniente; lo que en manera alguna implica que la decisión por mayoría convierta la figura en una decisión de carácter judicial, dado que los amigables componedores obligan contractualmente a las partes porque actúan por mandato de éstas, y no con la fuerza procesal de sentencia. Los tratadistas nacionales, en consonancia con lo dispuesto en la normatividad procesal civil, coinciden en tratar la figura de la amigable composición como un acuerdo de carácter contractual, cuyos efectos se asimilan a los de la transacción, sin reconocerle al acuerdo que se logre el carácter de decisión judicial, que solo puede ser proferida por quien esté investido de jurisdicción, bien sea en forma permanente o transitoria, por la voluntad de las partes cuando la ley así se los permite, mientras que los amigables componedores no están investidos de jurisdicción.”²⁴

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Doctor Daniel Suárez Hernández, expediente No. 1147 de 1998.

El Consejo de Estado ratifica por medio de esta sentencia; que, aunque este mecanismo no había sido muy utilizado para resolver conflictos, se encontraba incorporado desde 1970 en el Código de Procedimiento Civil. Además, confirmó que la amigable composición es uno de los mecanismos más flexibles; puesto que, las partes tienen plena libertad para regular por sí solas el procedimiento a seguir para solucionar su conflicto.

Finalmente, precisó que, aunque los amigables componedores no administran justicia, el acuerdo final que suscriben las partes es de tal importancia que no provistos de los efectos de la sentencia igual poseen efectos jurídicos vinculantes.

En Sentencia del 2 de Febrero de 2000²⁵ la Corte Constitucional manifestó

“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...”

Es un fallo muy importante debido a que unifica lo expuesto jurisprudencialmente en materia de amigable composición, por esa razón cita y reitera la posición del Consejo de Estado del 26 de Febrero de 1998 acerca de la naturaleza contractual –con todas sus implicaciones- y el carácter no jurisdiccional de dicho mecanismo. Además, describe las diferencias de la amigable composición con el arbitramento, estableciendo a su vez las principales características del primero anteriormente citadas y explicadas.

²⁵ Sentencia SU 091-2000, Acción de tutela instaurada por la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Ltda. -ETMVA- contra la Cámara de Comercio de Medellín - Centro de Conciliación y Arbitraje- y el Consorcio Hispano Alemán, Magistrado Ponente: Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Otras Sentencias importantes sobre la materia:

Sentencia T-017 del año 2005, en este fallo la Corte Constitucional centró el problema jurídico en determinar si el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, incurrió en una vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa, al negarse a declarar fracasada o fallida la instancia de la amigable composición entre el Instituto Nacional de Vías (INVIAS) y el Consorcio Survial.

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

Es decir, que sólo a través del debido acatamiento de las citadas etapas para resolver un conflicto sometido a amigables componedores, puede asegurarse la vigencia de los principios constitucionales de buena fe e igualdad previstos en el Texto Superior, y además, preservar los derechos contractuales de las partes sometidas a dicho mecanismo alternativo de resolución de conflictos.

En dicha sentencia el exmagistrado, Dr. JUAN CARLOS HENAO, aclaró voto en el sentido de señalar que:

“Debe existir, ineludiblemente, una relación de adecuación y conveniencia entre el mecanismo alternativo de resolución de conflictos y la naturaleza y magnitud de la controversia a resolver. Es decir, que la naturaleza de la disputa y el mecanismo alternativo escogido a fin de resolverla deben guardar correspondencia. Lo anterior, por cuanto es imperioso que un litigio de naturaleza y magnitudes como las de los conflictos que surgen con ocasión de la contratación estatal sean resueltos mediante un mecanismo que brinde las garantías procesales inherentes al debido proceso y cuya decisión se fundamente en criterios jurídicos y técnicos, en aras de proteger los intereses públicos y el patrimonio del Estado.”

De lo expuesto en dicha providencia , si bien es cierto la autonomía de la voluntad, la buena fe contractual y la igualdad son pilares dentro de todo contrato sea o no de naturaleza Estatal, otros como el de legalidad, debido proceso, transparencia, moralidad y responsabilidad complementan estos primeros dentro de la relación contractual estatal, inyectando un plus de exigencia jurídica a dichos actos de autonomía inter partes, ya que se deben cumplir necesidades de orden público no sólo particulares.

Finalmente, en Sentencia C-330 del año 2012 la Corte estudió si la figura de la amigable composición, regulada en los artículos 130, 131 y 132 de la ley 446 de 1998 infringe el artículo 116 del Estatuto Superior, al autorizar a un particular, diferente a los facultados en el referido artículo constitucional, a impartir justicia.

Concluyendo que al ser el pronunciamiento emitido por el amigable componedor únicamente un acuerdo contractual que fija los compromisos que asumen las partes voluntariamente, en virtud del mandato que le ha sido dado a éste, para definir el conflicto surgido entre ellas, no es posible inferir que en este mecanismo de solución de conflictos se esté administrando justicia.

Por su parte el Consejo de Estado en Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil²⁶, con ponencia del doctor Enrique José Arboleda Perdomo, consideró que la facultad que tienen las entidades estatales de transigir no es suficiente para permitirles acudir a la amigable composición, dado que las competencias en el derecho público deben ser expresas, con mayor razón cuando está de por medio la defensa del interés y el patrimonio público envuelto en los conflictos que se generan con la contratación estatal.

La imposibilidad jurídica de que las entidades estatales acudieran a la amigable composición ya había sido sostenida por la Sala de Consulta y Servicio Civil en el concepto 1246 de marzo 16 de 2000, que en lo pertinente señaló:

“AMIGABLE COMPOSICIÓN

“El Código de Procedimiento Civil de 1970, artículo 677, prevé la amigable composición; adoptada luego por los artículos 51 y 52 del decreto 2279 de 1989, adicionado por el artículo 116 de la ley 23 de 1991, es un medio de solución de conflictos, por el cual dos o más particulares delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de precisar, con fuerza vinculante para ellas, la forma de cumplimiento de un negocio jurídico particular (arts. 130, 131 y 132, ley 446 de 1998).

²⁶ Bogotá, D.C., trece (13) de agosto de dos mil nueve (2009) Radicación No. 11001-03-06-000-2009-00033-00 Referencia: El contrato de concesión de servicio público. Modificaciones. La Amigable Composición. Contrato de concesión del aeropuerto El Dorado

“La ley no regula el trámite de la amigable composición, y por tanto, deja a las partes en libertad para pactar lo que estimen conveniente.

“La decisión no tiene carácter judicial ya que los amigables componedores sólo obligan contractualmente a las partes porque actúan por mandato de éstas, pero no con la fuerza procesal de la sentencia. Por tanto, los amigables componedores no están investidos de jurisdicción.

“Además en la materia que ocupa a esta Sala, su autorización no está dada a las entidades estatales, pues sólo es aplicable a los particulares”.

Sentando la postura de que no era posible acordar la amigable composición para solucionar conflictos en los que una entidad estatal sea parte.

En la Sentencia de 21 de octubre de 2009 con ponencia de la doctora Miryam Guerrero de Escobar, el H. Consejo de Estado, Sección Tercera, avizó nuevas tendencias hermenéuticas más responsables y limitadas conforme al uso de dichos mecanismos alternativos de solución de conflictos en la Contratación Estatal²⁷.

Finalmente, en Sentencia de 15 de abril de 2015²⁸, se estudió la procedencia de la amigable composición para solucionar controversias contractuales, negando la nulidad de un aparte del inciso 2° del artículo 226 del Decreto 1818 de 1998, el

²⁷ “(..) De otra parte es de anotar que no todos los conflictos que se susciten en torno a un negocio jurídico específico son susceptibles de ser resueltos a la luz de la amigable composición. En efecto, solo pueden estar sujetos a la decisión de los amigables componedores los aspectos atinentes al estado y el cumplimiento de las obligaciones que emanan del negocio jurídico que suscita la controversia, contrario a lo que sucedía en los ordenamientos anteriores a la ley 446 de 1998, en los cuales resultaba viable someter a la decisión de los amigables componedores las Controversias susceptibles de transacción o el estado y cumplimiento de la relación jurídica sustancial susceptible de transacción, de manera que “strcito sensu” a pesar de que todos los mecanismos alternativos de solución de conflictos persiguen la misma finalidad (Resolver diferencias entre los integrantes del conglomerado) no puede hacerse uso indiscriminado de cualquier mecanismo para efectos de solucionar las múltiples diferencias que puedan presentarse, las partes deben razonar la aplicación de los diferentes instrumentos para efectos de que no resulten eventualmente ineficaces.

Otro aspecto que resulta importante destacar es que la Ley no ha regulado el procedimiento al que debe someterse la amigable composición, sin embargo, como el surgimiento desarrollo y producto es de orden contractual, debe entenderse que la ley ha otorgado a los contratantes la facultad de establecer el procedimiento, sin perjuicio de lo que sobre el particular establezcan los reglamentos de los centros autorizados para desarrollar dicha actividad, pero, en todo caso, debe prevalecer la voluntad de los contratantes.”

²⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA-SUBSECCION A CONSEJERO PONENTE (E): HERNÁN ANDRADE RINCÓN, Bogotá D.C., quince (15) de abril de dos mil quince (2015), Radicación: 11001032600020100000400, Expediente: 38053, Actor: Samuel Urueta Rojas, Demandado: La Nación – Ministerio del Interior y de Justicia, Acción: Nulidad.

cual permitía a las entidades públicas solucionar las controversias contractuales a través de la amigable composición.

Sostuvo que la amigable composición aplicable a las entidades estatales no fue derogada tácitamente por la Ley 446 de 1998 ni requería una autorización especial por parte de esta, ya que la Ley 80 de 1993 sí habilitó a las entidades estatales para acudir a dicha figura, sin embargo, aclaró que la utilización de la amigable composición tiene límites²⁹ y está vedada en ciertos asuntos, entre otros, 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.

Estos lineamientos jurisprudenciales aclaran las bondades y los límites de la amigable composición, no obstante ninguna de las precitadas sentencias ha estudiado la figura, con fundamento en la normatividad vigente, esto es analizando el criterio fundante decisorio en equidad, establecido en la Ley 1563 del año 2012, de ahí que no se cuente al día de hoy con un criterio jurisprudencial que estudie la viabilidad de una decisión en equidad por parte de un amigable componedor.

²⁹ Establece la Providencia *“sobre el respeto de las normas legales que se impuso a la amigable composición en razón del escenario del contrato estatal en el cual se encontró fundada la competencia de las entidades estatales para acudir a esta figura al amparo de la Ley 80 de 1993, que se expresa en las siguientes limitaciones: i) el deber de aplicación de los principios imperativos de la función administrativa a cargo de la entidad estatal de acuerdo con el artículo 209 de la Constitución Política y de los principios de la contratación que la Ley impone a las entidades estatales. ii) la ilicitud de la amigable composición estatal en la cual se disponga contra legem.*

4. LAS BONDADES QUE PROMUEVEN LAS DECISIONES EN EQUIDAD EN EL ÁMBITO CONTRACTUAL PÚBLICO

En el presente punto, se hará un rastreo sobre los argumentos más influyentes en relación a las ventajas que tienen las decisiones en equidad dentro de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC). Se expondrá dentro de la lógica de justicia no formal, argumentos que la auspician como institución que refleja la interacción pacífica y de convivencia ciudadana. De igual manera, se estudiará la funcionalidad de la equidad dentro de la administración de justicia, para luego, identificar las razones por las cuales algunos doctrinantes promueven la necesidad de su uso dentro del escenario contractual público.

La necesidad de decisiones tomadas en *equidad* dentro de la Contratación Pública.

Entendiendo la amigable composición en equidad como institución alternativa de solución de conflictos y lo que esto precisamente presupone como mecanismo de participación ciudadana, ágil, no formal, que propende, dada su función en la administración de justicia, por la resolución de un caso de manera justa, equitativa, no arbitraria, los promotores de la amigable composición en equidad, en materia contenciosa contractual apuntan que dichos fallos promueven al resurgimiento de teorías, tal como lo ha dispuesto en las sentencias estudiadas la Corte Constitucional; de la imprevisión, equilibrio económico de los contratos y la distribución de riesgos³⁰. En este sentido, para estos doctrinantes, la Jurisprudencia del Consejo de Estado en los últimos años, ha impuesto un sinnúmero de cargas formales al contratista con el fin de velar los intereses económicos del estado, promoviendo así fallos inequitativos y arbitrarios. En particular, uno de los ejemplos que disponen dichos autores con fundamento a las Sentencias del Consejo de Estado que en los últimos años han generado cargas inequitativas a los contratistas, es la referente al principio de Planeación Estatal.

³⁰ El artículo 4 de la ley 1150 de 2007 estableció que "*los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación*". La norma es absolutamente clara al establecer que los riesgos que deben estimarse, tipificarse y asignarse son solamente los previsibles, para lo cual hay que entender que el concepto de previsibilidad se refiere a los eventos que razonablemente pueden esperarse que ocurran en condiciones normales. Pero las entidades parece que pasan por alto la lectura de este adjetivo que limita la distribución de riesgos únicamente a los previsibles y se han dado a la tarea de incluir en sus listas todo tipo de riesgos imaginables así las probabilidades de ocurrencia en el sitio de las obras sean nulas. Por ejemplo, se mira con extrañeza que el CONPES 3107 de 2001, manifiesta que la evaluación de los proyectos o inversiones privadas en infraestructura, así como su estructura y viabilidad financiera se realiza sobre la base de una proyección probable de flujos, esto es, costos de construcción y operación, así como de los ingresos esperados, además indica que una asignación adecuada de los riesgos es aquella que minimiza el costo de mitigación. Esto se logra asignando cada riesgo a la parte que mejor lo controla. Los riesgos deben ser identificados y asignados claramente a las partes en los contratos. ¿Pero esto que tan cierto es? No tanto, estos riesgos son propios de la entidad estatal, como dueña de la obra y se los están atribuyendo a los contratistas.

Este principio, desde la expedición de la Ley 80 de 1993 y la jurisprudencia del Consejo de Estado, se funda en todas aquellas actividades de *coordinación* en oposición a las de *improvisación* en cabeza de la administración estatal. De forma precisa, *la necesidad pública que se pretende satisfacer, el objeto a contratar y los recursos con cargo a los cuales ejecutará el contrato*, todo lo cual tiene como fin último satisfacer el interés general, haciendo uso de los recursos públicos de manera eficiente y eficaz.³¹

No obstante la Sección Tercera del Consejo de Estado recientemente ha proferido unas pocas sentencias (con ponencia del Dr. Orlando Santofimio Gamboa y salvamentos de voto del Dr. Enrique Gil Botero) en las cuales expone una posición completamente distinta a la decantada por años por dicha corporación, de lo cual es posible según doctrinantes estudiados, extraer los siguientes postulados:

*“(I) Que, a partir de lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 3° de la Ley 80 de 1993, comoquiera que los particulares contratistas del estado son colaboradores de la administración, se desprende que ellos también tienen deberes en el cumplimiento del principio de la planeación lo cual implica para el particular, no solo poner de presente a la entidad contratante las deficiencias en el cumplimiento de las normas sobre planeación sino, además, abstenerse de celebrar contratos en los cuales existan fallas en su planeación. (II) Que, en razón a lo anterior, no podrá el contratista pretender el reconocimiento y pago de derechos económicos surgidos con ocasión de un contrato estatal celebrado y ejecutado con violación al principio de la planeación, por cuanto ello sería una “apropiación indebida de los recursos públicos” (III) Que, el contrato celebrado con desconocimiento del principio de la planeación adolece de objeto ilícito, por cuanto se celebró en contravía a lo dispuesto por normas imperativas que ordenan que los contratos estatales deben ser adecuadamente planeados para la satisfacción del interés general (lo anterior se soporta en lo previsto en el artículo 1519 y 1741 del código civil, así como en las causales contenidas en los numerales 2° y 3° del artículo 44 de la ley 80 de 1993)”.*³²

Para los críticos aludidos, tal razonamiento expuesto en esas sentencias de abril y junio de 2013 plantea graves problemas de cara a la teoría jurídica del contrato estatal y de las cargas que se imponen al contratista. Ello precisamente así lo puso de presente el Dr. Gil Botero en su salvamento de voto a la sentencia del 24 de abril de 2013 al indicar que la tesis adoptada en el fallo implica que el contratista se constituye en un garante del comportamiento de un tercero, es decir, de la administración pública, respecto de quien es exigible el cumplimiento del

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de fecha 3 de diciembre de 2007, expediente No. 24715. C.P. Ruth Stella Correa y Sentencia de fecha 13 de noviembre de 2013, expediente No. 23829, C.P. Hernán Andrade Rincón.

³² AMAYA LAURA, *La violación al principio de la planeación en la contratación estatal. El cambio jurisprudencial y los efectos adversos que se Desprenden de la nueva postura*, Revista Nova et Vetera ISSN: 2422-2216 / Volumen 2 - N° 16 Junio 2016, Universidad del Rosario.

principio de la planeación y, en ese sentido, la consecuencia más gravosa para el contratista es que entra a responder por actuaciones de las cuales ni siquiera fue partícipe, generando rompimiento en las cargas del contrato promoviendo decisiones inequitativas.³³

En este orden de ideas, los promotores de las presentes tesis que propenden por utilización de decisiones de un amigable componedor en equidad, dentro de las diferentes controversias contractuales, concluyen, que un fallo en Derecho necesariamente no integra las soluciones más equitativas en razón a un caso en concreto. Existen algunos casos que escapan de la solución ofrecida por el legislador y la inamovible jurisprudencia (Precedente Judicial) realizada por la Autoridad Judicial competente. Precisamente si en materia Contenciosa Administrativa con los últimos lineamientos del Consejo de Estado, y en los pliegos de condiciones de algunas entidades de la Administración Pública, existe duda en la equitativa repartición de cargas contractuales y en el debido equilibrio económico del contrato. Por consiguiente, es preciso, que ante un eventual incumplimiento contractual, se tomen decisiones con la particularidad que exige cada caso en concreto, esto es, que el tercero a dirimir dicho conflicto cuente con un espectro más amplio y ecuánime, con el fin de alivianar las cargas contractuales con las que hoy cuenta el contratista particular, máxime si debe afrontar, verbi gracia, la facultades exorbitantes con los que goza el Estado en su ejercer contractual.

Bajo este lineamiento, al entender que las diferentes soluciones que preponderen la buena fe contractual, el justo equilibrio de las partes y la justa distribución de riesgos, intrínsecamente son decididos con fundamento a la equidad, se yuxtapone la importancia de su implementación y aplicación efectiva bajo la figura del amigable componedor. De ahí, que en muchas ocasiones no se requiere dada la particularidad del caso en concreto, de soluciones en normas positivas, ni en homologación de otras, simplemente la decisión puede escapar del derecho, dadas las circunstancias precisas dentro de un caso en concreto, para dar lugar a una solución arraigada a la equidad y en suma a la justicia.

En resumen los que propenden por la utilización de la amigable composición en equidad fundamentan dicho criterio no sólo en la justificación legal y constitucional como mecanismo alternativo de solución de conflictos que promueve la participación ciudadana y la resolución pacífica de sus conflictos, sino como mecanismo que requiere la justicia, puesto que muchas veces un fallo en derecho

³³ Salvamento de Voto en sentencia del Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Bogotá D.C, veinticuatro (24) de abril de dos mil trece (2013). Radicación número: 68001-23-15-000-1998-01743-01(27315), Actor: JAIRO OSPINA CANO, Demandado: AREA METROPOLITANA DE BUCARAMANGA, Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA)

no logra resolver de manera equitativa un caso en concreto, de ahí es necesario que el espectro del administrador de justicia se amplíe y encuentre otras alternativas no precisamente sujetas a las normas positivas para decidir con criterio más justo. Ejemplo de ello ocurre, en el escenario contencioso administrativo, en donde al contratista se le ha venido aplicando reglas *conforme a derecho* que distan de un equilibrio justo de cargas entre las partes. Verbi gracia, reglas conforme a la corresponsabilidad que le asiste al contratista como *colaborador de la administración* para que esta última, antes de celebrar un contrato, haya planeado estrictamente en sentido jurídico el mismo, so pena de nulidad, o la tipificación dentro de la matriz de riesgos por parte del contratista, obligaciones propias de la administración.

5. LOS CIMIENTOS ENDEBLES DE LA INSTITUCION DEL AMIGABLE COMPONEDOR EN EL ESCENARIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

Una vez revisado el marco legal y jurisprudencial, así como las principales ventajas que algunos doctrinantes en materia contractual administrativa le otorgan a la amigable composición en equidad, es importante evidenciar en la práctica, si dicha figura es utilizada, y si es así, cuáles serían las consecuencias jurídicas de su efectiva utilización. Particularmente en el presente aparte, se estudiará la inseguridad jurídica de una decisión de un amigable componedor en equidad y los límites de la autonomía de la voluntad de la administración para insertar dichas cláusulas en los contratos estatales. Lo anterior, en razón a lo endeble que puede ser una decisión dentro de una controversia contractual estatal no ajustada en derecho, o no decidida por un abogado, cuando los conocimientos técnicos exigen necesariamente de dicha especialidad.

En este punto sea lo primero decir, que no sólo nos identificamos con los límites que el Consejo de Estado en las sentencias estudiadas, le ha ofrecido a la utilización de la presente figura negocial como (MASC) en las controversias suscitadas en materia contractual pública, sino que nuestra posición crítica va más allá, puesto que siendo el amigable componedor un tercero interviniente facultado a dirimir en equidad, primero se advertirá ; en la inseguridad jurídica que conlleva arreglar algún conflicto contractual; contratos de gran envergadura como lo son los de concesión de infraestructura vial de cuarta Generación en el País, dispuestos por la Agencia nacional de infraestructura (ANI) y en general para todos los contratos que contempla la Ley 1472 del año 2014³⁴ y segundo; en los presupuestos de legitimidad para que dicho interviniente amigable componedor logre ser convocado por la Administración Publica ante una Controversia Contractual por algún presunto incumplimiento. En otras palabras, en la viabilidad dentro del *iter negocial* que tiene la administración para que dentro de su autonomía de la voluntad, pueda convocar a un tercero para que este último puede decidir un incumplimiento contractual en equidad y no en Derecho.

Por consiguiente, se identificará la existencia en concreto de la cláusula de inserción del amigable componedor en equidad, por parte de la administración pública como sujeto contractual estatal. Identificada la existencia de esta última, se ahondará en las dos posiciones críticas precitadas: (a) *La inseguridad jurídica de las decisiones emitidas en equidad en el escenario contencioso administrativo* y (b) *los límites de la voluntad negocial en cabeza de la administración pública para*

³⁴ Como se estableció en el marco normativo , la Ley 1472 del 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*” Modifico el articulo2 Literal a del articulo 14 de la ley 1682 de 2013 precisando que las decisiones del amigable componedor se podrán adoptar en equidad, dada la consagración de la figura en la Ley 1563 de 2012.

insertar en su clausulado o en su pliego de condiciones la amigable composición en equidad, de aquí precisamente el estudio del principio de legalidad y el interés general como contrapeso a la libertad contractual, libertad negocial para luego concluir sobre nuestra posición al respecto.

La Amigable composición en los contratos de Concesión Vial de la Agencia Nacional de Infraestructura. (ANI)

En los procesos licitatorios de la denominada “*primera ola*” de concesiones, la Agencia Nacional de Infraestructura (“ANI”) señaló expresamente que el Amigable Componedor debía decidir en derecho.

Lo anterior se observa en la Sección 15.1 (f) (i) de la Parte General de los contratos adjudicados con ocasión de dichos procesos licitatorios, en la que se indica:

“(f) El proceso por medio del cual el Amigable Componedor defina sobre la controversia deberá basarse en los principios propios del debido proceso, y su decisión deberá fundamentarse en las pruebas o experticios válidamente obtenidos en el proceso, así como respetar la Ley Aplicable. El Amigable Componedor no podrá decidir en equidad y deberá decidir en derecho” (Subrayado fuera de texto).

Cuando la ANI publicó el Pliego de Condiciones Definitivo de la Licitación Pública No. VJ-VE-IP-LP-015-2013 señaló lo siguiente en relación con los criterios de decisión del Amigable Componedor:

“(i) El alcance y contenido de las decisiones que adopte el panel de Amigables Componedores se circunscribirá a lo expresamente previsto en la Ley Aplicable”

Cambiando la posición adoptada en las concesiones de la “*primera ola*”, mediante la Adenda No. 1 la ANI determinó para efectos de la licitación que nos ocupa, que las decisiones del Amigable Componedor se adoptarán en equidad en los siguientes términos:

“15.1 Amigable Componedor

(a) Las Partes acuerdan acudir a un panel de Amigables Componedores permanente para definir todas aquellas controversias que expresamente se han señalado en el presente Contrato para conocimiento del Amigable Componedor.

(b) El panel de Amigables Componedores estará compuesto por tres (3) personas naturales seleccionadas de conformidad con lo señalado en la

Sección 15.1(c) siguiente, las cuales definirán en equidad, de manera vinculante e imparcial, las controversias que surjan entre las partes respecto de las cuales este Contrato establezca expresamente la posibilidad de acudir al Panel.

(c) Lo anterior sin perjuicio de que cualquier otra controversia pueda ser sometida a este mecanismo de solución, previo acuerdo entre las Partes” (Subrayado y negrillas fuera de texto).

Una vez identificada la utilización de dicha institución negocial por parte de la ANI por su naturaleza y objeto, como una de las entidades que más contrata obras civiles en el país, es preciso identificar los argumentos centrales que fundamentan la inviabilidad en su utilización.

La inseguridad jurídica de las decisiones emitidas en equidad en el escenario contencioso administrativo

Es general en la doctrina distinguir dos actuaciones de la Equidad en los sistemas de Derecho Codificado³⁵ : una como criterio de ponderación o moderación en la aplicación de las normas (desempeñando funciones como pauta de interpretación, integración o corrección) y otra como razón en la que se funda una decisión (o principio de Derecho para suplir los preceptos legales): En el primer sentido es un criterio de utilización formal y el segundo, en cambio, es de entera aplicación excepcional por cuanto requiere de expresa autorización legal.

Ahora, siendo el segundo caso el que nos interesa, tenemos, que a esta noción se puede llegar en nuestro Derecho por tres caminos o circunstancias diferentes: una primera que la constituye el caso hipotético extremo, en el que el fallador agota todos los referentes y criterios del derecho positivo sin encontrar en ellos respaldo para su decisión, evento en el cual el propio ordenamiento lo autoriza a recurrir a criterios *extrasistemicos*, esto es, que no satisfacen las condiciones de la regla de reconocimiento por no ser reductibles a la Constitución, a los que refiere formalmente, como el Derecho Natural, La Equidad y los Principio Generales del Derecho; segundo, porque así lo dispone la Ley, caso de los Jueces de Paz , por ejemplo , que por mandato de la Constitución , deben resolver en equidad y el; tercero, porque así lo permite, como el caso que nos ocupa propiamente, el amigable componedor y del arbitraje en equidad.

Precisamente sobre las decisiones fundadas en equidad por parte de los Jueces de Paz ha puntualizado la Corte Constitucional:

³⁵ ENTRENA KLETT, Carlos María. *La Equidad y el Arte de Juzgar*. Segunda Edición. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1990 - GARRIDO GOMEZ, María Isabel. *Criterios para la Solución de Conflictos de intereses en el Derecho Privado*. Madrid: Editorial Dykinson, 2002- PEÑA CASTRILLÓN , Gilberto. *Algunos Aspectos Generales del Arbitraje*. Sinopsis entregada a los alumnos de la especialización en Gestión Pública e instituciones administrativas. Universidad de los Andes. Bogotá: Primer semestre, 2003.

*“Se ha visto que al juez de paz se le encarga dirimir conflictos menores individuales o comunitarios– mediante fallos basados en la equidad y no en motivaciones jurídicas y sometidas únicamente al imperio de la ley. Siendo ello así, entonces **carece de fundamento constitucional pretender que estos servidores puedan tomar una decisión en equidad cuando la naturaleza de la asignación contemplada en las normas demandadas implica necesariamente un juicio de carácter jurídico,** en el que, se reitera, será necesario, con base en la máxima “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, determinar la existencia o no de los tres elementos que hacen parte de todo hecho punible. Tamaño compromiso debe recaer únicamente en aquellas personas que han logrado una debida preparación y conocimiento jurídicos, de forma tal que sus decisiones sean decantadas y, sobre todo, fundamentadas en derecho.”³⁶*

Subrayado y negrilla nuestro

De aquí, creemos que sucede de igual forma, con la naturaleza y envergadura de conflictos que la Ley en nuestro país ha permitido al amigable componedor en equidad. Ley como la 1472 del año 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*) permiten que las controversias existentes en CONTRATOS ESTATALES DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE- AGUA POTABLE- SANEAMIENTO BASICO puedan dirimirlos un amigable componedor en equidad.³⁷

Adviértase que nos encontramos ante la Equidad entendida no como criterio de ponderación, sino como fundamento o razón en la que debe fundamentarse la decisión, de aquí entiéndase que el amigable componedor no fundamenta su decisión en equidad, entendida esta como criterio auxiliar de ponderación , cuando la norma no le brinda soluciones respecto al caso en concreto, sino, como criterio fundante de decisión, es decir cómo se advirtió anteriormente, como principio para suplir los preceptos legales.

De aquí, a diferencia de los fallos *en derecho* en los que la decisión debe sustentarse en el ordenamiento jurídico vigente y en consonancia con el respeto al precedente judicial existente, así como en una adecuada valoración de las

³⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-536 del 23 de noviembre de 1995, Magistrado Ponente Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA

³⁷ La Citada Ley Modificó el artículo el literal “a” del artículo 14 de la Ley 1682 de 2013, el cual establecía: *Las decisiones proferidas en ejercicio de los mecanismos alternativos de solución de controversias, relativas al contrato, **deberán proferirse en derecho.*** El nuevo texto de la Ley 1472 del año 2014 aún vigente dispone: *Las decisiones proferidas en ejercicio de los mecanismos alternativos de solución de controversias relativas al contrato, **deberán proferirse en derecha,** 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”.*

pruebas, en los fallos *fundados en equidad* el Amigable Componedor cuenta con un mayor grado de discrecionalidad y subjetividad para decidir.

Como lo estableció en su momento la Sentencia T 017 del año 2005 a los amigables componedores dentro de su juicio: no le son aplicables las reglas del debido proceso, ni la interpelación de recursos de ninguna índole, pues la naturaleza de la figura es de carácter sustancial y no procesal.

En relación a su naturaleza contractual y no jurisdiccional estima como se anotó anteriormente:

Tanto la amigable composición como la transacción se manifiestan a través del desarrollo de un trámite contractual, y por lo mismo, no tienen consecuencias de carácter procesal, sino que se deja al criterio de las partes la fijación de las actuaciones a seguir. Por su parte, la conciliación y el arbitramento se someten a las disposiciones del derecho procesal, pues pertenecen al ejercicio de la función jurisdiccional del Estado.

Subrayado y negrilla nuestro

La Ley por su parte, determina qué procedimiento de la amigable composición podrá ser fijado por las partes directamente, o por referencia a un reglamento de amigable composición de un Centro de Arbitraje. En este último caso, la designación se realiza mediante sorteo público. A falta de acuerdo entre las partes, se entenderán acordadas las reglas de procedimiento del centro de arbitraje del domicilio de la parte convocada. Anotando que en contratos del sector público relacionados con infraestructura y específicamente en los de concesión, lo usual es que las partes pacten su procedimiento (Ley 1563 del año 2012)

Esta misma norma establece que los procedimientos deben respetar **los derechos de las partes a la igualdad y a la contradicción de argumentos y pruebas.**

Bajo este entendido, tratándose de decisiones tan sensibles para un proyecto determinado de Concesión, como (Calcular el valor de la retribución y del recaudo de peaje, determinar el cumplimiento del cierre Financiero, etc.) Resulta altamente inconveniente y contrario a la seguridad jurídica que debe rodear estos procesos licitatorios de Alianzas público Privadas, el hecho de que el Amigable Componedor pueda decidir en equidad. Lo anterior, dada la naturaleza contractual de dicha figura que las partes dentro de su autonomía de la voluntad puedan conferir a un tercero, amigable componedor, la disposición de un proceso con un mínimo de garantías y derechos, socavando la formalidad de un debido procedimiento conforme a la Ley.

Entiéndase que la crítica no se circunscribe a la figura del amigable componedor en equidad, creemos que es un método alternativo de solución de conflictos que puede ser viable en diferentes aspectos entre particulares, no cuando una de la partes sea una entidad de naturaleza Pública, puesto que existen en conflicto intereses que no sólo le competen a la administración como sujeto contractual, sino a todo el estado, incluyendo sus administrados.

Contratos de naturaleza estatal no pueden ser decididos sin el estudio de precedentes judiciales, sin el estudio de la legislación contenciosa administrativa, sin abordar conforme a la ley un debido proceso que impregne de legalidad toda actuación. En definitiva, no puede un tercero sin efectos jurisdiccionales y sin decidir conforme al debido proceso reglado formalmente en la Ley, resolver situaciones de gran envergadura económica, como lo es la infraestructura vial, de acueducto y saneamiento público en el país. Hacerlo tal como lo permite actualmente la ley es innovar en un terreno inestable, inseguro y altamente perjudicial para los intereses del estado.

En síntesis, tal como la Corte Constitucional dispuso en relación a la improcedencia de decisión fundada únicamente en equidad para los jueces de paz en casos donde se requiere necesariamente de un conocimiento jurídico, de manera análoga consideramos que el amigable componedor en equidad no le pueden ser atribuidas expresamente facultades para dirimir un conflicto de naturaleza estatal, por las razones ya expuestas, de ahí la inviabilidad de la permisión en la ley 1472 del año 2014.

Los límites que tiene la administración como ente contratante, dentro de su autonomía de la voluntad, de acordar con el contratista, la resolución de un posible conflicto a través de un amigable componedor en equidad.

Revisadas las características del amigable componedor expuestas en el capítulo 1 del presente artículo, se tiene que esta figura nace de la voluntad negocial de la partes de arreglar un conflicto determinado en manos de un tercero independiente con el fin que soluciones sus diferencias en primer término en equidad, salvo disposición en contrario.

Ahora, este ingrediente particular de mandato hacia un tercero y su esencia autocompositiva con ciertos matices tal como se estudió, enriquece la voluntad negocial que deben de tener las partes con el fin de resolver sus conflictos ante un amigable componedor. En efecto, voluntariamente al resolver sus disputas pueden configurar diferentes alternativas, mediante las cuales, de manera ágil y con un mínimo de recursos invertidos, alcancen los presupuestos de convivencia pacífica sin necesidad de recurrir a las instancias judiciales.

De aquí las ventajas de la estudiada figura, puesto que se encuentra exenta de formalismos y rigurosidad procesal, y porque su libertad configurativa permite a

priori, cumplir sus objetivos de manera expedita, con plena eficacia . Tiene pleno sustento en la autonomía de la voluntad, libertad contractual y libertad económica de las partes, bajo una libre economía de mercado³⁸

La autonomía de la voluntad es el instrumento de autorregulación mediante el cual los particulares crean, modifican o extinguen sus relaciones jurídicas por medio de la celebración de negocios jurídicos³⁹. Esta facultad de autorregulación es bastante amplia, en la medida en que incluye, dentro de ciertos límites jurídicos y fácticos, la libertad de contratar o no contratar (*libertad de conclusión del contrato*), la de elegir con quién se contrata (*libertad de elección de la contraparte*), la de escoger la figura contractual más apropiada para la clase de negocio (*libertad de elección del tipo contractual*), la de definir los derechos y deberes de las partes (*libertad de configuración del contenido del contrato*), la de utilizar determinado mecanismo de perfeccionamiento del contrato (*libertad de forma*), la de variar el contenido del contrato (*libertad de modificación*), la de regular las causales de terminación del acuerdo (*libertad de extinción del contrato*), entre otras.

Pero el principio de la autonomía de la voluntad no se circunscribe al ámbito de la contratación privada, toda vez que *“en virtud de este principio, toda persona capaz, con ánimo de obligarse en cuanto le resulte necesario o útil para ella, concurre libremente a las invitaciones que la administración le haga con fines de contrato”*⁴⁰ En otras palabras, este principio también ocupa un lugar importante en el contexto de la contratación estatal, teniendo en cuenta que *“la Administración se vale de la autonomía negocial del derecho común y que el acto se perfecciona mediante el acuerdo de conformidad con el principio contractual fundamental”*.⁴¹

Dicho reconocimiento se encuentra claramente establecido en los artículos 13, 32 y 40-2 de la Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública. Al definir la normativa aplicable a los contratos estatales, el artículo 13 dispone que *“los contratos que celebren las entidades a que se refiere al artículo 2° del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”*. De esta manera, el legislador establece que la regulación de la contratación privada se aplica supletoriamente a la contratación estatal, incorporando una remisión normativa expresa que obviamente incluye la autonomía de la voluntad. Luego, el artículo 32 define los contratos estatales en los siguientes términos: *“son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se*

³⁸ José Carlos Fernández-Rozas, *Arbitraje y jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la justicia*, Derecho Privado y Constitución, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, CEPC, Madrid, 19, 55-91 (2005). Disponible en: http://eprints.ucm.es/6573/1/ARBITRAJE_Y_JURISDICCION.pdf

³⁹ BETTI, Emilio. Teoría general del negocio jurídico. Traductor A. Martín Pérez. Granada: Comares, 2000

⁴⁰ LAMPREA RODRÍGUEZ, Pedro Antonio. Contratos estatales, editorial Temis, Bogotá, 2007

⁴¹ BIANCA, C. Massimo. Derecho civil, 3 el contrato, traductores Fernando Hinestrosa, Édgar Cortés, segunda edición, Universidad Externado de Colombia, 2007

refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación". En esta norma, el legislador hace la primera mención expresa al principio de autonomía de la voluntad. Por último, el artículo 40, referido al contenido de los contratos estatales, reitera expresamente la aplicación de dicho principio, al señalar en su inciso segundo que *"las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales"*.⁴²

De acuerdo con lo anterior, es indiscutible que el legislador reconoce la autonomía de la voluntad como uno de los principios jurídicos de la contratación estatal. Sin embargo, la aplicación de este principio en el ámbito de los contratos estatales plantea una serie de dificultades que obedecen al carácter preferentemente imperativo, indisponible y heterónomo del derecho público. En este sentido, se afirma que *"la autonomía de la voluntad en las relaciones negociales estatales, está incidida por reglas de supraordinación, por potestades excepcionales, por el interés general y por el principio de la administración reglada, que demandan un marco regulatorio más imperativo, en perjuicio del poder de autodeterminación de los sujetos intervinientes"*⁴³

Si a todo esto se suma que la contratación estatal tiene que cumplir fielmente los fines del Estado, establecidos en el artículo 2 de la Constitución Política, resulta claro que el principio de autonomía de la voluntad tiene mucho menos alcance en materia de contratación estatal que en materia de contratación privada. Siguiendo con Rico se tiene: *"En el derecho administrativo, la autonomía de la voluntad establece un punto constitucional e incluso neoconstitucional respecto a la*

⁴² La ponencia conjunta para primer debate al proyecto de ley No. 149 de 1992 *"Por la cual se expide el estatuto general de contratación de la administración pública"* a la sazón la Ley 80 del año siguiente, ilustra el punto en los siguientes términos: *"Autonomía de la voluntad. Consensualidad: Como se señala en la exposición de motivos del gobierno, la plena aplicabilidad de los preceptos del derecho privado, se convierte en la principal consecuencia de la instauración del postulado de la autonomía de la voluntad como principio cardinal en la contratación estatal (artículos 13 y 14), salvo, como es obvio, las materias que por pertenecer al ámbito público no pueden quedar al arbitrio de las partes.(...)* No parece encontrarse mejor instrumento que la autonomía de la voluntad para alcanzar los principios que fundamentan constitucionalmente la función administrativa (artículo 209 C.N.). La celebración de contratos por esencia pertenece a ella independientemente de la rama del poder público que los acometa. Por ello, debe resaltarse la importancia que tiene el punto que nos ocupa, como quiera que constituye parte esencial de la estructura del proyecto. En efecto, la consagración del postulado de la autonomía produce consecuencias diametralmente opuestas a las que se derivan de un régimen como el implantado en el Decreto 222 de 1983, caracterizado por la desigualdad contractual, por la preponderancia exorbitante de un estado paquidérmico, con múltiples obstáculos que impiden la eficiencia y la eficacia en su gestión, carente de mecanismos ágiles de solución de las controversias contractuales, todo lo cual ha elevado considerablemente los costos de la contratación y ha generado traumatismos presupuestales. ESPINOSA JARAMILLO, Gustavo, LATORRE GÓMEZ, Alfonso y RUEDA GUARÍN, Tito Edmundo, Ponencia para primer debate de Senado y Cámara, Al proyecto de ley número 149, por la cual se expide el estatuto general de la contratación de la administración pública, en BETANCUR CUARTAS, Jaime, Estatuto General de la Contratación Pública, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 9ª edición, p. 174 y 175

⁴³ RICO PUERTA, Luis Alonso. Teoría general y práctica de la contratación estatal. 6ª ed. Bogotá: Leyer, 2009.

existencia de un poder que se reconoce como poder dominante frente al otro extremo contractual.”⁴⁴

De igual manera la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993 se pronunció en su momento sobre los límites que debe tener la autonomía de la voluntad en el Derecho Público:

“Resulta pertinente reiterar que la libertad contractual que se ha predicado no es absoluta, sino que se encuentra limitada por el propio interés público, en cuanto que el contrato contendrá cláusulas excepcionales al derecho común; se encuentra limitada también respecto de la escogencia del contratante, ya que la administración pública no goza de plena libertad para elegirlo, salvo algunos eventos en razón del proceso de selección que debe cumplirse. También se presentan límites que tienen que ver con la forma en que el Estado compromete su voluntad, es decir, referentes a la competencia. De lo señalado se puede concluir que el postulado de la autonomía no puede regular aquellos campos que pertenecen exclusivamente a la esfera del derecho público, en razón del interés colectivo que los fundamenta. Son esos límites los que exigen la normatividad contenida en el proyecto de ley”⁴⁵

En este mismo sentido, en relación a los límites a la autonomía contractual en la contratación estatal, la Sala de Consulta y Servicio Civil ha conceptualizado que en tratándose de personas de derecho público el alcance de dicha institución civil no tiene el mismo alcance. Precisamente por estar de presente el interés general y el patrimonio público cuando una de las partes del negocio, es una entidad estatal.

“Podiera decirse que mientras el particular al contratar dispone de lo suyo, la administración al hacerlo persigue fines de interés general y compromete el patrimonio público, con todas las consecuencias que de ello se derivan en un Estado social de derecho. De esta manera, la libertad negocial de los entes estatales no es absoluta ni igual a la de los particulares, pero bien pueden aquéllas acordar las condiciones específicas del contrato, determinadas por las necesidades del servicio, sin perder de vista que la naturaleza del contrato celebrado por las entidades estatales no se aleja irremediabilmente de los principios del derecho público, por el hecho de estar sometido a las normas del derecho privado”⁴⁶ Negrilla y subrayado propio.

⁴⁴ *Ibidem.*

⁴⁵ BENDECK OLIVELLA, Jorge, exposición de motivos al proyecto de ley No. 149 de 1992 en Gaceta del Congreso No. 75, 23 de septiembre de 1992.

⁴⁶ CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL C. P. Flavio Augusto Rodríguez Arce, Concepto de abril 6 de 2000, Radicación: 1.263. En sentido similar ver Concepto de 25 de abril de 2002, Rad. 1417, C. P. Susana Montes de Echeverri.

De otro lado, el principio de la legalidad en la contratación impone a las autoridades administrativas una obligación para realizar todas y cada una de sus actuaciones como ente representante del estado, conforme al debido proceso, que exige elementos como la tipicidad de sus conductas y sobretodo la legalidad hacia todo lo que desenvuelvan⁴⁷

En atención a lo anterior y como hecho determinado, se encuentra la continua dicotomía entre los principios de la legalidad y de la autonomía de la voluntad en la contratación estatal, estableciéndose incluso preguntas como si se constituye una paradoja al hablar de la autonomía de la voluntad en contraposición con el principio de la legalidad en los contratos estatales⁴⁸

Referente al particular tenemos con AMAZO:

“Debe entenderse que ninguna actuación administrativa es posible sin la previa atribución normativa de la potestad correspondiente para producirla, ni tampoco dejando de lado los principios y valores que constituyen el fundamento de un ordenamiento jurídico, porque todo ello es un complemento, una base para el logro de los fines del Estado, entre los cuales se encuentran el interés general y el bien común, por lo que una ley debe entenderse como el reflejo de la voluntad de la sociedad. Pero además debe existir una relación cercana entre la administración y el ordenamiento jurídico, en donde el principio de legalidad no se limite a un tipo de norma específica sino al ordenamiento entero, que varios doctrinantes terminan llamando “bloque de legalidad”, que debe buscar también un acercamiento con la misma sociedad, en donde la fuerza moral de la ley incentive al ciudadano a influir en la construcción del sistema jurídico que lo rige. La autonomía de la voluntad entonces, debe seguir rigiendo las relaciones contractuales, en donde se respeten los límites que hemos enunciado, pero que no por ello sean instrumentos para borrar o desaparecer lo que las partes han acordado con plena voluntad y conciencia”⁴⁹

Lo expuesto permite identificar que existen entidades que han propuesto la aplicación de la amigable composición en equidad dentro de su clausulado contractual, tal como lo realizó la agencia nacional de infraestructura (ANI). Los argumentos que arguyen por la inestabilidad de dicha institución en el escenario contractual público, aducen que partiendo de la naturaleza del amigable componedor, la cual es estrictamente contractual, la autonomía de la voluntad de las partes contractuales juegan un papel determinante en la consolidación de dicha figura como mecanismo de solución de conflictos. De ahí, consideran importante establecer que dada la inseguridad jurídica que promueven los fallos

⁴⁷ (Constitución P. 1991 Art. 29).

⁴⁸ DAVILA, G.L. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Editorial Legis. Bogotá. 2003

⁴⁹ AMAZO Parrado Diana C, *¿Es paradójica la autonomía de la voluntad frente al principio de legalidad en los contratos estatales?*, Artículo de maestría, Universidad del Rosario, Bogotá (Colombia), Diciembre de 2007

en equidad del amigable componedor, puesto que decisiones no son arreglo en derecho, con el seguimiento a normas jurídicas, precedente legal y debido proceso formal entre otros, dichas decisiones pueden llegar a comprometer el interés público y los fines por los cuales contrata el estado.

CONCLUSIONES.

La amigable composición es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, por medio del cual un tercero, llamado amigable componedor, a través de un mandato convenido por las partes, resuelve y decide en equidad, salvo convención en contrario, como criterio fundante, un determinado conflicto vinculante para la partes en disputa. Dada su esencia negocial, puesto que las mismas partes deciden su arreglo conforme al mandato establecido al tercero, su procedimiento es contractual, flexible en contraste a otros mecanismos alternativos, de aquí que sus efectos sean los mismos a las de una transacción. Las decisiones del amigable componedor no tienen efectos jurisdiccionales, a diferencia de la conciliación y el arbitramento.

El legislador en nuestro país dispuso, como regla general, que las decisiones del amigable componedor fuesen, como criterio fundante en equidad. Sólo si las partes lo convienen, la decisión del tercero puede ser en derecho. En este sentido, las decisiones del amigable componedor en equidad están desprovistas de normas positivas, del precedente judicial y en sentido estricto, de la formalidad jurídica del debido proceso. Dicho mecanismo alternativo, según la legislación, puede ser promovido por sujetos contractuales tanto privados, como públicos, sin ninguna restricción. Bajo el anterior lineamiento, el mismo legislador ha pretendido ofrecerle un protagonismo importante al amigable componedor en equidad en la contratación estatal, puesto que ha insertado dicha viabilidad de solución de conflictos en importantes normas de infraestructura vial. Leyes como la 1682 del año 2013 *“Por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de Infraestructura de Transporte y se conceden facultades extraordinarias* y la 1472 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”* son ejemplo de ello.

La poca jurisprudencia que ha estudiado el amigable componedor, no lo ha hecho con fundamento en la normatividad actual, donde el amigable componedor decide con criterio fundante en la equidad. Bajo dicha salvedad, ha insistido en su naturaleza contractual, con gran arraigo a principios como el de la libertad contractual y autonomía de la voluntad. (Consejo de Estado Sentencia Febrero 1998 / Corte Constitucional Sentencia SU 091-2000). No obstante, la Corte Constitucional posteriormente le confirió a dicha figura unas pautas mínimas procesales, con el fin que se respete, la buena fe contractual de las partes y el debido proceso. En este sentido conminó a que las decisiones del amigable componedor y dentro del procedimiento a dicha decisión, se tuviese como mínimo una audiencia inicial, una audiencia de pruebas y una audiencia decisoria. (Sentencia T -017 del año 2005). El Consejo de Estado, por su parte, ha discutido

sobre la viabilidad de la aplicación del amigable componedor en materia contenciosa administrativa (la Sala de Consulta y Servicio Civil en los conceptos 1246 de marzo 16 de 2000 – concepto del trece (13) de agosto de dos mil nueve 2009) concluyendo en dicho entonces, que a partir de la ley 446 de 1998 no existió autorización legal para que entidades públicas pudiesen convenir dicha figura en materia contenciosa administrativa.

Posteriormente modificó el anterior lineamiento, aprobando la utilización del amigable componedor con ciertos límites, esto es, que en dicho entonces, solo podían estar sujetos a la decisión de los amigables componedores, los aspectos atinentes al estado y el cumplimiento de las obligaciones que emanan del negocio jurídico que suscita la controversia. (Sentencia de 21 de octubre de 2009 con ponencia de la doctora Miryam Guerrero de Escobar) Finalmente esta misma Corporación en la más reciente Sentencia que se tenga en la materia (Sentencia de 15 de abril de 2015) sostuvo que la amigable composición aplicable a las entidades estatales no fue derogada tácitamente por la Ley 446 de 1998 ni requería una autorización especial por parte de esta, ya que la Ley 80 de 1993 sí habilitó a las entidades estatales para acudir a dicha figura, sin embargo, aclaró que la utilización de la amigable composición tiene límites dado los principios de la contratación estatal establecidos en esta última Ley y que dicha figura está vedada en ciertos asuntos, como 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.

En razón a la utilización de dicha figura negocial, una de las entidades estatales que han promovido este tipo de mecanismos alternativos de solución de conflictos en la Contratación Pública ha sido la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA (ANI) quien en los contratos de concesión de la llamada primera ola en infraestructura vial, dispuso insertar en los pliegos definitivos de condiciones, como en las cláusulas de los referidos contratos, la alternativa de solución de conflictos a través del amigable componedor. En un principio adujo que la decisión del amigable componedor debía ser en derecho, luego modifico su postura conforme a la Ley 1563 del año 2012, por lo que dispuso que el criterio fundante en la decisión del amigable componedor es en equidad, salvo disposición en contrario.

Existen posturas defensoras y críticas, en la utilización del mecanismo alternativo de solución de conflictos del amigable componedor en equidad, en la contratación pública en Colombia. Los promotores en su utilización, aducen que una decisión en equidad promueve un estricto análisis al caso en concreto en discusión, promoviendo soluciones ecuanimes a la necesidad concreta de las partes, puesto que muchas veces la norma positiva escapa a la solución más justa. Bajo el anterior lineamiento, refieren, que se han creado importantes doctrinas en cuanto a la contratación pública, con fundamento en la equidad, como lo son el equilibrio

económico del contrato y la justa distribución de riesgos. Por su parte, los críticos de la utilización de dicha institución en la contratación pública aducen, que crea inseguridad jurídica el tomar una decisión de gran envergadura, como lo son los dispuestos dentro del escenario de los contratos de concesión vial, sin arreglo a derecho, al estudio del precedente vinculante y al respeto del debido proceso conforme a las disposiciones normativas correspondientes.

Ahondado en lo anterior, conjunto a la inseguridad jurídica atrás aludida, se precisó otros “*cimientos débiles*” en la viabilidad de la utilización del amigable componedor en equidad dentro de la contratación pública; los límites a la autonomía de la voluntad en el escenario contractual público, que la administración como sujeto contractual debe respetar al momento de la celebración de contratos. Como se adujo, la naturaleza eminentemente contractual y negocial del amigable componedor en equidad permite a las partes en virtud de un mandato dirimir sus conflictos a través de un tercero que decida en equidad como criterio fundante. No obstante, el interés general y principios que gobiernan la actuación administrativa en Colombia, como el de legalidad y responsabilidad, limitan la autonomía de la voluntad contractual en la administración como contratante estatal y restringen la libertad contractual, puesto que el benefició de dicha dinámica contractual es general, no particular. En este sentido, contratos de infraestructura vial, agua potable y saneamiento básico, regulados por la Ley 1472 del año 2014 no deberían facultar la amigable composición en equidad como mecanismo alternativo de solución de conflictos, tal como hoy lo hace.