

Sentencia T-017/05

PRINCIPIO DE ARREGLO DIRECTO EN CONTRATACION ESTATAL-Alcance/PRINCIPIO DE ARREGLO DIRECTO EN CONTRATACION ESTATAL-Solución de controversias

El principio del arreglo directo constituye uno de los pilares fundamentales bajo los cuales se edifica el Estatuto de la Contratación Estatal o Administrativa. Su propósito consiste en someter las controversias o divergencias que se presentan en la ejecución y desarrollo de la actividad contractual a la solución de manera rápida, inmediata y directa de las partes.

AMIGABLE COMPOSICION-Efectividad de derechos y obligaciones de las partes de un contrato estatal

Dada la esencialidad de algunos de los servicios que presta el Estado, y ante la imposibilidad de suspender su cumplimiento y ejecución; las diferencias entre las partes susceptibles de transacción, se pueden someter a fórmulas de autocomposición, lo que no sólo propende por la prestación continua, regular y eficiente de los servicios públicos, sino también por la efectividad de los derechos y obligaciones de las partes. Obsérvese cómo para hacer efectivo el ejercicio de este mecanismo, el artículo 69 de la Ley 80 de 1993, señala la prohibición de impedir la utilización de los mecanismos de solución directa para resolver las controversias contractuales y, adicionalmente, el parágrafo del artículo 68, le concede a las entidades estatales la posibilidad de revocar sus actos administrativos contractuales en cualquier tiempo, siempre que sobre ellos no haya recaído sentencia ejecutoriada. De esta manera, se facilitarían las negociaciones y acuerdos que permiten dirimir los conflictos que surjan entre las partes de un contrato estatal, sin necesidad de acudir a un proceso judicial que dadas las demoras que comporta, no sólo afecta la buena prestación de los servicios públicos, sino que también, eventualmente, agrava el detrimento al patrimonio del Estado.

PRINCIPIO DE ARREGLO DIRECTO EN CONTRATACION ESTATAL-Relación con los principios de economía y garantía del patrimonio económico de los contratistas

El Estatuto de la Contratación Estatal, relaciona el principio del arreglo directo con los principios de economía y de garantía del patrimonio económico de los contratistas. En relación con el primero de ellos, al reconocer que la adopción de mecanismos para consolidar la pronta solución de controversias, permite indirectamente velar por una recta y prudente

administración de los recursos públicos y evitar el riesgo que envuelve una solución procesal, especialmente, como lo reconoce la doctrina, por las demoras que ella comporta y □por el peligro de la equivocación conceptual o de error en la valoración de la prueba□. Y frente al segundo, al disponer que uno de los mecanismos para preservar el equilibrio de la ecuación económica financiera, es a través de la adopción de herramientas legales y contractuales que hagan efectivas las medidas necesarias para salvaguardar el restablecimiento de las partes, en el menor tiempo posible.

AMIGABLE COMPOSICION-Origen/AMIGABLE COMPOSICION-Naturaleza/AMIGABLE COMPOSICION-Características/AMIGABLE COMPOSICION-Ejercicio de la autonomía de la voluntad privada

AMIGABLE COMPOSICION-Las decisiones son normas de obligatorio cumplimiento para las partes/AMIGABLE COMPOSICION-Sometimiento de controversias susceptibles de transacción

CONTRATO DE MANDATO-Negocio jurídico que fundamenta la competencia de la amigable composición/AMIGABLE COMPOSICION-Límites y medios para lograr el fin contractual

PRINCIPIOS DE LA BUENA FE E IGUALDAD-Parámetros que guían la ejecución de las obligaciones de la amigable composición

El principio de buena fe reconocido en el artículo 83 del Texto Superior, incorpora a las relaciones jurídicas el valor ético de la confianza, exigiendo de parte del amigable componedor la recta disposición de ánimo para proceder al cumplimiento fiel de las obligaciones que se originan en el negocio encomendado. Así las cosas, le corresponde al amigable componedor realizar los actos y trámites que resulten necesarios para lograr el cumplimiento honesto y leal de su encargo, entre los cuales, especialmente se destacan los siguientes: oír a las partes, atender sus solicitudes de pruebas, recibir sus escritos, fijar términos razonables para convalidar sus intervenciones, permitirles la realización de descargos, examinar documentos, entrevistar a terceros, contratar estudios técnicos con cargo a las partes en aras de desentrañar el significado legal de un concepto profesional, etc., todo con el objetivo plausible de llegar al convencimiento en torno a la verdad verdadera del asunto litigioso que le permita adoptar una recta solución. De la misma manera, el principio de igualdad reivindica del amigable componedor el deber de otorgarle a ambas partes, las mismas oportunidades de acción y oposición frente al tema controvertido. De donde resulta exigible la determinación de un trámite contractual o iter contractus que permita la formación de un juicio libre, desapasionado y debidamente motivado del caso debatido que asegure definitivamente una solución coherente, lógica y razonable del conflicto.

AMIGABLE COMPOSICION-Etapas para la resolución de conflictos

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

DERECHO AL DEBIDO PROCESO-No puede ser objeto de protección en el nacimiento, ejecución y extinción de los contratos/**AMIGABLE COMPOSICION**-Improcedencia para modificar unilateralmente acuerdo previo

ACCION DE TUTELA-Interposición durante el trámite del proceso contractual de la amigable composición/**AMIGABLE COMPOSICION**-Igualdad de oportunidades para las partes

ACCION DE TUTELA-Procedencia por falta de señalamiento del trámite concursal en la resolución de conflictos

En el presente caso subyace una situación de indefensión, pues de adelantarse el trámite de la composición sin unas reglas claras y objetivas previamente conocidas por todos los intervinientes, no existiría ningún parámetro de control al ejercicio de las atribuciones del amigable componedor, lo que indiscutiblemente sometería al INVIAS, como al Consorcio Survial, a un estado de dependencia fáctico o circunstancial en relación con el amigable componedor, ya que al final de cuentas la resolución del conflicto dependería exclusivamente de los designios de dicho mandatario.

DERECHO AL DEBIDO PROCESO-Procedencia para reiniciar trámite de la amigable composición

Referencia: expediente T-973352

Peticionario: Instituto Nacional de Vías.

Demandado: Sociedad Colombiana de Ingenieros -Centro de Conciliación, Arbitraje y

Amigable Composición-.

Magistrado Ponente:
Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL.

Bogotá D.C., veinte (20) de enero de dos mil cinco (2005).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra y Humberto Antonio Sierra Porto, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos de tutela proferidos por el Juzgado Sesenta Penal Municipal de Bogotá D.C., en primera instancia, y el Juzgado Noveno Penal del Circuito de la misma Ciudad, en segunda instancia; dentro del trámite de la acción de amparo constitucional impetrada por el Instituto Nacional de Vías (INVIAS) contra la Sociedad Colombiana de Ingenieros -Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición-.

I. ANTECEDENTES.

1. Hechos relevantes, fundamentos de la demanda y pretensiones.

El Instituto Nacional de Vías (INVIAS), actuando a través de apoderado judicial, interpuso acción de tutela en contra de la Sociedad Colombiana de Ingenieros -Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición-, por estimar vulnerado sus derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa.

Al respecto, se relataron los siguientes hechos:

a. Que el Instituto Nacional de Vías (INVIAS) celebró con el Consorcio Survial, conformado por Miguel Ávila Reyes e Ingevías Limitada, el contrato No. 01119 de 2001, para la construcción y pavimentación de la vía alterna a Buenaventura, sector Piñal-Sena, ruta 40, tramo 401, con un plazo de 14 meses[1].

b. Que las partes mediante contrato adicional No. 2 al contrato principal No. 01119 de 2001, decidieron que las controversias contractuales que se llegasen a presentar entre ellas y que además fuesen susceptibles de transacción, se someterían en su solución a la amigable composición, como medio definitivo de resolución de conflictos. La cláusula tercera del citado contrato No. 2 dispone lo siguiente:

□Las partes de común acuerdo, en cumplimiento del Art. 68 de la Ley 80 de 1993 acuerdan someter las reclamaciones contractuales susceptibles de transacción a la decisión de un amigable componedor designado por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Sociedad Colombiana de Ingenieros de acuerdo a los procedimientos vigentes que regulan la materia□.

c. Que con fecha 9 de enero de 2004, el apoderado del Consorcio Survial presentó ante la Sociedad Colombiana de Ingenieros -Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición-, solicitud de *amigable composición* para solucionar las controversias surgidas en ejecución del contrato No. 01119 de 2001, relacionadas con la ruptura del equilibrio económico por la prolongación del plazo de las obras objeto del citado contrato.

Como pretensiones de la solicitud de amigable composición, se expusieron las siguientes:

□PRIMERA: Establezca las causas que determinaron la prolongación del plazo del contrato 01119 de 2001 en más del doble de lo programado y la ruptura de su equilibrio económico, tal como las relacionadas en los considerandos de los contratos adicionales 1 y 2.

SEGUNDA: Establezca cuál es la cantidad de dinero que el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS debe pagar al CONTRATISTA MIGUEL AVILA E INCI LTDA INGENIEROS CIVILES para restablecer el equilibrio económico contractual, a punto de no pérdida, tal como lo dispone el artículo 5°, ordinal 1° de la Ley 80 de 1993.

TERCERA: Establezca cuál es el plazo necesario para culminar las obras objeto del contrato 01119 de 2001, a partir del 15 de marzo de 2004 previo restablecimiento de su equilibrio económico. (...)

Estimo la cuantía de las pretensiones en la cantidad de dos mil quinientos millones de pesos (\$2.500.000.000) más corrección monetaria, la cual discrimino así (...)[2].

d. La Sociedad Colombiana de Ingenieros -Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable

Composición-, en Auto 001 del 19 de enero de 2004, admitió la solicitud de amigable composición y citó al Instituto Nacional de Vías (INVIAS) a la Audiencia de Instalación cuya celebración tendría lugar el 23 de febrero de 2004. Con posterioridad, y antes de la correspondiente Instalación, la Sociedad Colombiana de Ingenieros procedió a nombrar como amigable componedora a la doctora Raquel Duque Rico, al abogado Gonzalo Méndez Morales, secretario asesor y al ingeniero Bernardo Ceron Martínez, perito asesor[3].

e. El Instituto Nacional de Vías, a través de apoderado especial se hizo presente en la Audiencia de Instalación, oponiéndose a la misma por no existir un procedimiento legal ni reglamentario ante la Sociedad Colombiana de Ingenieros, para tramitar la solicitud de amigable composición. Sin embargo, decidió continuar con dicha diligencia, y adicionalmente, se notificó de la citación para el día 15 de marzo de 2004, como fecha para llevar a cabo la primera audiencia de trámite.

f. Frente a la oposición manifestada por el Instituto Nacional de Vías, la amigable componedora delegó en su secretario asesor, la obligación de elaborar un escrito que otorgue las respuestas correspondientes a la inquietud acerca del procedimiento que regula el trámite de la amigable composición.

En escrito del 1° de marzo de 2004, se le informa al INVIAS que:

□(...) Como es de su conocimiento, el Decreto 1818 de 1998, conocido como Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, condensó la legislación vigente hasta la fecha de su promulgación sobre la materia referida, y en tal estatuto los Artículos 223 y 224 contienen las únicas bases legales a las cuales se somete este mecanismo.

Se deduce de lo expuesto, que un procedimiento como tal, no está establecido en la ley para tramitar los procesos de amigable composición, razón por la cual, para el caso que nos ocupa, el procedimiento que nos obliga es el contenido en el Reglamento del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición, de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, entidad a la cual las partes contratantes resolvieron confiar la solución de sus diferencias, con base en la cláusula contractual antes citada, vigente y no modificada por las partes del contrato mediante acto jurídico alguno.

Dentro del marco general relacionado, ratificó a usted mediante el presente escrito, las explicaciones brindadas en audiencia en la sesión de instalación del proceso y por ende, me permito solicitarle que dentro del plazo definido por la Amigable Componedora, o sea hasta el día 15 de marzo de 2004, se sirva aportar al equipo de profesionales designado para resolver la controversia, la información que considere necesaria para tomar la decisión sobre el particular, la cual de acuerdo con la ley, tendrá efectos equivalentes a los que asigna la ley al contrato de transacción, o sea de cosa juzgada de última instancia □[4].

En opinión del INVIAS, es claro que tampoco existe procedimiento alguno en el Reglamento del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, pues los artículos 34 y 35 que hacen referencia a la figura de la amigable composición, tan sólo aluden a la forma de nombramiento del amigable componedor, sin hacer mención alguna a las etapas para su proceder.

El capítulo VI del Reglamento del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, titulado: De la amigable composición, trae las siguientes disposiciones:

Artículo 34. SOLICITUD. *Las partes podrán solicitar la solución de sus controversias mediante el sistema de amigable composición y deferir la solución de sus controversias a un amigable componedor o a varios amigables componedores designados por el CENTRO. En tal caso deberá presentarse una solicitud suscrita por las partes, que indicará:*

- a) *Nombre, domicilio y dirección de las partes.*
- b) *Las cuestiones precisas sobre las cuales versará la amigable composición.*
- c) *La estimación del valor de la controversia objeto de la amigable composición.*
- d) *La cláusula del contrato o el acuerdo previo de las partes para la utilización del mecanismo.*
- e) *Los soportes y pruebas que se pretenda hacer valer.*
- f) *La capacidad que tendrá el amigable componedor para dirimir la controversia.*

Artículo 35. TRAMITE. El Director del CENTRO, previo análisis de la solicitud, habiendo determinado si la materia objeto de la amigable composición es susceptible de transacción y si las partes tienen capacidad para transigir, designará el (los) amigable(s) componedor(es) escogido(s) entre las personas que integren la respectiva lista del CENTRO. Las partes deberán otorgar un poder al amigable o amigables componedores para transigir el asunto objeto de la amigable composición.

El término para cumplir el trámite deberá ser determinado en cada caso por el Director del CENTRO de acuerdo con la magnitud y complejidad del conflicto. Este término no podrá exceder de 3 meses. Si los amigables componedores designados, consideran necesario un plazo adicional, lo solicitarán al Director oportunamente; el cual lo podrá ampliar como máximo en un mes adicional.

PARÁGRAFO 1: El documento o decisión que suscriba el Amigable Componedor tendrá todos los efectos que le señalen las partes o que se le reconocen al mismo de conformidad con la Ley.

PARÁGRAFO 2: La decisión del amigable componedor será notificada por este a las partes en audiencia y copia auténtica de dicha decisión será entregada al CENTRO para sus archivos.

g. En la Audiencia de Trámite celebrada el 15 de marzo de 2004, el apoderado del Instituto Nacional de Vías, presentó memorial en el cual se opone a la continuación de la amigable composición, insistiendo en la inexistencia de un procedimiento para la definición de dicho mecanismo. Textualmente, el apoderado del INVIAS, señaló:

La Sociedad Colombiana de Ingenieros, no posee un trámite previo para la realización del presente mecanismo alternativo de resolución de conflictos. Lo cual clara y flagrantemente viola el artículo 29 de la C.N, que consagra que todas las personas, públicas y privadas, al realizar una actuación de este tipo, deben tener un trámite preestablecido, se vulnera el orden constitucional con esa actuación y torna en imposible [la] posibilidad de continuar el procedimiento. Por tanto, respetuosamente solicito al centro de arbitraje y amigable composición, declararse impedidos para continuar con el procedimiento y que los solicitantes de la amigable composición acudan a otros mecanismos, administrativos o judiciales, para dar trámite a la reclamación.

De otro lado, si tenemos en cuenta que en la amigable composición, son las partes por mutuo acuerdo que deciden y delegan en un tercero llamado amigable componedor, la facultad de precisar aspectos contractuales, es obvio que, al no existir un trámite legal de la amigable composición es a las partes a quien[es] corresponde establecer dichos procedimientos, y no a la amigable componedor[a] que es un simple medio de intermediación de las partes en discordia.

Al respecto el Honorable Consejo de Estado, en sala de Consulta y Servicio Civil, al resolver una consulta de[1] Ministro de Desarrollo Económico, manifestó: La ley no regula el trámite de la amigable composición, y por

lo tanto deja a las partes en libertad para pactar lo que estime conveniente □ (concepto del 16 de marzo de 2000) □ [5].

h. Tanto en la Audiencia de Trámite del 15 de marzo, como en la siguiente audiencia con el mismo propósito fijada para el 13 de abril de 2004, se decidió por la amigable componedora recibir la declaración de algunos terceros; lo cual, en opinión del demandante, es abiertamente inconstitucional, pues no existe un procedimiento preestablecido para recaudar la prueba, al tenor de lo previsto en el artículo 29, inciso 5°, de la Constitución.

Con fundamento en los citados hechos, el apoderado del INVIAS pretende demostrar la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa, con sujeción a los siguientes argumentos:

(i) En opinión del demandante, se vulnera el debido proceso y el derecho a la defensa, toda vez que no existe ni legal ni reglamentariamente un procedimiento previo para la realización de la amigable composición.

(ii) De igual manera, se desconoce los citados derechos fundamentales, pues no existe un acuerdo previo por parte del INVIAS y el Consorcio Survial para desarrollar dicha instancia jurídica. De suerte que, si la amigable composición tiene como fundamento el acuerdo entre las partes, y éste no existe en torno al procedimiento a seguir, no es posible adelantar el citado mecanismo de resolución de conflictos, hasta tanto no se llegue a un mutuo acuerdo de tipo procesal.

Así las cosas, como pretensiones de la demanda, le solicita al juez de tutela:

□ (...) declarar que la Sociedad Colombiana de Ingenieros -Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición-, no pueden continuar el trámite de la Amigable Composición provocada por el Consorcio conformado por Miguel Ángel Ávila Reyes e Inci Ltda. Ingenieros Civiles, contra el Instituto Nacional de Vías -INVIAS-, por vulneración o violación del derecho fundamental al debido proceso y el derecho fundamental a la defensa, de la entidad pública citada, toda vez que no existe ni legal ni reglamentariamente (...), un procedimiento previo establecido, para la realización de la amigable composición, como lo ordena el mandato constitucional del Art. 29.

Solicito (...) se declare fallida o fracasada esta instancia de Amigable Composición, que se sigue por la Sociedad Colombiana de Ingenieros -Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición-, de Miguel Ángel Ávila Reyes e Inci Ltda. Ingenieros Civiles, contra el Instituto Nacional de Vías -INVIAS-, para que las partes queden en libertad de recurrir ante el Juez Natural del contrato, para dirimir sus desacuerdos contractuales, toda vez que una de las partes, esto es, el Institucional Nacional de Vías, (...), no está de acuerdo en continuar con la Amigable Composición, posibilidad legal que tienen cualquiera de los intervinientes en dicha instancia (...)

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se ordene a la Sociedad Colombiana de Ingenieros -Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición-, suspender inmediatamente o dentro de los términos legales, el trámite de amigable composición, para que cese la vulneración o desaparezca el peligro de ser

vulnerado el DERECHO fundamental AL DEBIDO PROCESO Y POR ENDE EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA DEFENSA□.

2. *Oposición a la demanda de tutela.*

En respuesta a la solicitud de la autoridad judicial, el Presidente de la Sociedad Colombiana de Ingenieros -Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición-, presentó un escrito oponiéndose a las pretensiones y argumentos del demandante. En apoyo de lo anterior, expuso:

- Tanto en el caso del arbitraje como de la amigable composición, la función del Centro, por expresa disposición legal y de las partes, tan sólo llega hasta el momento de designación del amigable componedor. En este momento, el Centro pierde toda competencia, la cual es asumida exclusivamente por dicho amigable componedor.
- La decisión de acudir a los métodos alternativos de solución de conflictos sólo es procedente cuando ambas partes la pactan, como sucedió en el presente caso a través del contrato adicional No. 2 al contrato principal No. 01119.
- Como las partes no cuestionaron el nombramiento del amigable componedor, el Centro hizo entrega oficial del expediente al profesional designado y, por ende, perdió toda competencia en el trámite de heterocomposición.
- Agrega que a diferencia del arbitramento, la amigable composición no está sujeta a procedimiento alguno, como lo ha reconocido la doctrina y jurisprudencia nacional.
- Finalmente señala que el Centro ha participado en más de 20 procesos de amigable composición con entidades públicas, sin cuestionamientos de ningún tipo.

II. *TRÁMITE PROCESAL.*

2.1. *Primera instancia.*

El Juzgado Sesenta Penal Municipal de Bogotá D.C., mediante sentencia proferida el veinte (20) de mayo de 2004, negó la tutela interpuesta con fundamento en las siguientes razones:

En primer lugar, sostiene que la amigable composición es una típica relación de carácter netamente contractual, frente a la cual, en principio, las partes se encuentran en un plano de igualdad que hace inoperante el amparo tutelar.

Manifiesta, en seguida, que siendo la Sociedad Colombiana de Ingenieros, una persona jurídica de derecho privado sin ánimo de lucro, su actuación consistente en nombrar un amigable componedor por disposición de las partes, no implica ni el ejercicio de una función pública, ni la prestación de un servicio público, ni la asunción de una situación de desequilibrio que conlleve al INVIAS a una posición jurídica de subordinación o indefensión. Lo que en últimas, siguiendo los términos previstos en el artículo 86 del Texto Superior, torna improcedente el presente amparo constitucional.

De otro lado, el juez de instancia considera que el hecho de designar a un amigable componedor, de manera alguna vulnera el debido proceso y el derecho de defensa, pues las partes de común acuerdo decidieron someterse a su decisión y, además, siempre se tuvieron en cuenta las exigencias mínimas de publicidad para vincular al INVIAS.

Por consiguiente, de saberse de antemano por el INVIAS que la solución de los conflictos se someterían a un amigable componedor, situación que fue previamente por él aceptada, *□no existe justificación alguna para una vez iniciado el correspondiente trámite (...) se muestre en desacuerdo con tal determinación□*.

Finalmente, y en relación con el procedimiento adelantado por la amigable componedora, estima que no le asiste razón a la entidad accionante, en torno a la exigencia de un procedimiento previo previsto por las partes para dotar de validez jurídica al mecanismo de la amigable composición, pues se trata de una figura que no trasciende del contexto meramente contractual y que, por lo mismo, no puede asimilarse al ejercicio de la función pública de administrar justicia. En donde, por su propia naturaleza, sí resulta exigible el desarrollo de un procedimiento conforme a las exigencias del derecho procesal.

Cita, al respecto, al tratadista Hernando Morales Molina, quien manifiesta:

□Los amigables componedores son autónomos para oír a las partes en la forma que lo consideren adecuado, y si fuere el caso para recibir las pruebas que ellas les presenten; también pueden resolver de plano la diferencia y hacerles saber a las partes lo decidido por escrito, para que éstas conozcan la solución. Los amigables componedores no requieren ser colombianos, ni abogados aunque la cuestión fuere de puro derecho. Y para decidir no los obliga sino la equidad□.

2.2. Impugnación del fallo.

El fallo de primera instancia fue impugnado por el apoderado del Instituto Nacional de Vías (INVIAS), quien agregó a las consideraciones expuestas en la demanda, las siguientes razones para conceder el amparo:

Sostiene contrario a lo argumentado por el *a quo* que la acción de tutela sí procede contra la entidad accionada pese su condición de persona jurídica de naturaleza particular, toda vez que actúa en ejercicio de funciones

públicas, pues la condición de amigable componedor se asimila a la de Juez de la República, en cuanto su función principal consiste en administrar justicia. Al respecto, manifiesta que:

□ En la amigable composición, el componedor, actúa como un juez, se le solicitan las pruebas, decreta las mismas y se pronuncia de fondo sobre el asunto, decide la cuestión mediante un pronunciamiento que por disposición legal, vincula a las partes y tendrá efectos de una transacción. (...) es completamente claro que si el amigable componedor está ejerciendo una función que es jurisdiccional, (...), a pesar de ser un particular, debe estar sometido en pleno a la legalidad y al debido proceso como lo manda la Constitución Política. En ejercicio de esa función debe respetar el derecho de defensa y contradicción, en caso de no ser así vulnera flagrantemente la Constitución Política en sus apartes sobre los derechos fundamentales □.

Agrega igualmente que la acción de tutela procede contra la entidad accionada por cuando está prestando un servicio público, consistente en administrar justicia.

2.3. Segunda instancia.

El Juzgado Noveno Penal del Circuito de Bogotá D.C., mediante sentencia proferida el diecinueve (19) de julio de 2004, revocó el fallo impugnado con base en las siguientes consideraciones:

En primer lugar, realiza una referencia histórica a la creación de los centros de conciliación, para concluir que en virtud a su origen legal y en atención al control y vigilancia de los mismos por el Ministerio del Interior y la Justicia, es claro que el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Sociedad Colombiana de Ingenieros desarrolla una función de carácter público, cual es, la administración de justicia, y por ello, resulta procedente la acción de tutela en su contra aún a pesar de tratarse de una persona jurídica de naturaleza particular.

Ante la inexistencia de un procedimiento específico previsto en la ley para hacer efectivo el trámite de la amigable composición, considera que le asiste el derecho al amigable componedor para dirigir conforme a su propio arbitrio, la forma en que se debe hacer efectivo el citado mecanismo alternativo de resolución de conflictos. Sin embargo, tal libertad debe ser objeto de limitación, en cuanto se acude a las formas procesales preestablecidas por el legislador, tales como, el decreto y la práctica de pruebas; pues, en dichos casos, es obligación del amigable componedor someterse a los requisitos de validez previamente reconocidos en la ley.

De suerte que, en el caso *sub-judice*, ante la falta de existencia de un procedimiento previo establecido en la ley y/o en el reglamento del Centro de Conciliación, y dada la práctica de algunas diligencias propias de un □ proceso □ judicial; el juez de instancia considera que en aras de garantizar la efectividad de la amigable composición, corresponde a las partes, en común acuerdo con el amigable componedor, fijar desde un comienzo el procedimiento aplicable al caso en particular, señalando los medios de prueba válidos en desarrollo del mismo, así como las normas aplicable a cada prueba en particular.

Para tal efecto, se ordena al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Sociedad Colombiana de Ingenieros y a la amigable componedora que dentro de un término prudencial, declaren la nulidad de lo actuado y convoquen a las partes en conflicto para que definan de común acuerdo, el procedimiento a seguir en desarrollo del trámite de la amigable composición.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Competencia.

1. A través de esta Sala de Revisión, la Corte Constitucional es competente para revisar las sentencias proferidas dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Derechos constitucionales violados o amenazados.

2. El accionante solicita la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa.

Problema jurídico.

3. A partir de las circunstancias fácticas que dieron lugar al ejercicio de la acción de tutela y de las decisiones adoptadas en las respectivas instancias judiciales, esta Sala de Revisión debe 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 -en opinión del demandante- a declarar fracasada o fallida la instancia de la amigable composición entre el Instituto Nacional de Vías (INVIAS) y el Consorcio Survial. Para lo cual, es indispensable precisar si existe la imposibilidad jurídica de tramitar el citado medio alternativo de solución de conflictos, por un lado, al no existir un procedimiento legal o reglamentario previo que permita su realización y, por el otro, al no sujetarse la forma para desarrollar dicho mecanismo a un acuerdo mutuo preestablecido entre las partes.

Con el propósito de resolver los citados interrogantes, esta Sala de Revisión (i) analizará el alcance del principio del arreglo directo en la solución de controversias de la contratación estatal; (ii) se detendrá en el estudio del origen, naturaleza y características de la amigable composición y; finalmente, (iii) resolverá el caso sometido a su consideración con fundamento en los argumentos expuestos.

Del principio del arreglo directo en la solución de controversias de la contratación estatal.

4. El principio del arreglo directo constituye uno de los pilares fundamentales bajo los cuales se edifica el Estatuto de la Contratación Estatal o Administrativa. Su propósito consiste en someter las controversias o divergencias que se presentan en la ejecución y desarrollo de la actividad contractual a la solución de manera rápida, inmediata y directa de las partes.

Este principio se encuentra taxativamente reconocido en el artículo 68 de la Ley 80 de 1993, en cuyo inciso primero, se dispone:

□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□.

Ahora bien, lejos de tratarse de una disposición ajena los principios y fines del Estatuto de la Contratación Estatal, lo cierto es que se relaciona estrechamente con éstos, pues a partir del reconocimiento de su fuerza normativa, permite asegurar el cumplimiento de los diversos fines de la organización estatal (Ley 80, artículo 3º), entre los cuales se destacan la preservación de la *celeridad* y *eficiencia* en la prestación de los servicios públicos (C.P. arts. 1º, 2º y 209).

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

Con tal fin, el Estatuto de la Contratación Estatal, relaciona el principio del arreglo directo con los principios de *economía* y de *garantía del patrimonio económico de los contratistas*. En relación con el primero de ellos, al reconocer que la adopción de mecanismos para consolidar la pronta solución de controversias, permite indirectamente velar por una recta y prudente administración de los recursos públicos y evitar el riesgo que envuelve una solución procesal, especialmente, como lo reconoce la doctrina, por las demoras que ella comporta y □por el peligro de la equivocación conceptual o de error en la valoración de la prueba□ [6]. Y frente al segundo, al disponer que uno de los mecanismos para preservar el equilibrio de la ecuación económica financiera, es a través de la adopción de herramientas legales y contractuales que hagan efectivas las medidas necesarias para salvaguardar el restablecimiento de las partes, en el menor tiempo posible [7].

Así las cosas, la exigencia de acceder a una solución rápida y ágil de las controversias que se derivan de la ejecución de un contrato estatal, no corresponde a un simple deber social carente de un vínculo personal que lo haga exigible, pues en realidad se trata de un derecho de los contratistas como de una obligación de las entidades estatales destinado a perpetrar el logro de algunos de los fines reconocidos en la Constitución, entre ellos, se destacan, velar por la eficacia, celeridad, responsabilidad y economía en la prestación y suministro de los bienes y servicios que se le encomiendan a la administración pública.

Obsérvese cómo para hacer efectivo el ejercicio de este mecanismo, el artículo 69 de la Ley 80 de 1993, señala la prohibición de impedir la utilización de los mecanismos de solución directa para resolver las controversias contractuales y, adicionalmente, el párrafo del artículo 68, le concede a las entidades estatales la posibilidad de revocar sus actos administrativos contractuales en cualquier tiempo, siempre que sobre ellos no haya recaído sentencia ejecutoriada[8]. De esta manera, se facilitarían las negociaciones y acuerdos que permiten dirimir los conflictos que surjan entre las partes de un contrato estatal, sin necesidad de acudir a un proceso judicial que dadas las demoras que comporta, no sólo afecta la buena prestación de los servicios públicos, sino que también, eventualmente, agrava el detrimento al patrimonio del Estado.

Entre los distintos mecanismos de solución directa previstos en el Estatuto de Contratación Administrativa, se destacan: La negociación o arreglo directo propiamente dicho, la transacción, la conciliación, el arbitramento, el peritaje técnico definitorio no judicial y la amigable composición (Ley 80 de 1993, arts. 68, 70, 71, 72, 73 y 74).

Dado que para la solución de la presente tutela, es trascendental el estudio de la amigable composición, se procederá en el siguiente acápite de esta sentencia a su correspondiente análisis.

Del origen, naturaleza y características de la amigable composición.

5. Ha reconocido la doctrina que el origen de la amigable composición deviene de las postrimerías del imperio romano[9]. En dicha época, una vez superado el formalismo característico del *ius civile* y fortalecido el papel de los pretores, principalmente, en la aplicación del *ius gentium*; se ideó un mecanismo de arbitraje para solucionar las controversias entre los ciudadanos romanos y aún entre los extranjeros, cuyas fuentes jurídicas lejos de ajustarse al tenor literal de la ley, apuntaban a ideales o conceptos extralegales fundados en creencias estoicas de la razón, entre las cuales gozaban de especial ponderación las nociones de justicia y equidad. La figura a la que le encomendaba la posibilidad de resolver conflictos bajo las citadas premisas, se denominó *arbitrator* (arbitrador).

Con posterioridad, la influencia de la Iglesia en la alta edad media permitió preservar la figura del *arbitrator*, pero encaminándolo a la realización de los ideales cristianos de justicia, esto es, a la búsqueda de la caridad y la conciliación como elementos fundantes del quehacer jurídico.

Sin embargo, fue en la posibilidad de fallar en equidad en donde radicó la fuerza y el reconocimiento social que históricamente recibieron los *arbitrator* y que, con el pasar de los años, los hizo merecedores de ser llamados □*amicabilis compositor*□ o □*amigables componedores*□. Curiosamente dicha confianza de la que fueron objeto, similar a aquella que se origina en las relaciones de amistad, les otorgó el derecho a resolver por su propia autoridad las controversias, sin estar sujetos ni a sistemas procesales, ni a acuerdos previos de las partes, pues se entendía que estaban investidos de una autoridad tal que obligaba a las partes al cumplimiento fidedigno de lo dictaminado.

Si bien la revolución francesa apeló a una superioridad del positivismo jurídico, no por ello la amigable composición perdió su firmeza, pues se enmarcó como una forma anormal de terminación de los procesos, sometida al acuerdo previo de tipo contractual entre las partes y otorgándole en cuanto a sus efectos similitud con el contrato de transacción.

6. Esta concepción de la amigable composición fue heredada por la legislación colombiana, que inicialmente la reconoció en los artículos 677 del Decreto 1400 de 1970[10] y 147 del Decreto 2304 del mismo año[11]; como una expresión de tipo netamente contractual, con el propósito de distinguirla de la figura del laudo arbitral. Al respecto, y con idéntico contenido normativo, se dispuso en las normas en cita:

□Artículo 677. Amigables componedores. En los casos previstos en el inciso primero del artículo 663[12], podrán los interesados someter sus diferencias a amigables componedores; la declaración de éstos tienen valor contractual entre aquéllos; pero no producirá efectos de laudo arbitral□.

Con posteridad, la amigable composición fue recogida en el artículo 2025 del Código de Comercio (Decreto 410 de 1971), en el cual se reafirmó su valor contractual. Puntualmente, se señaló en el citado precepto normativo:

□En los casos previstos en el inciso primero del artículo 2011[13], podrán los interesados someter sus diferencias a amigables componedores; la declaración de éstos tiene valor contractual entre aquéllos, pero no producirá efectos de laudo arbitral□[14]. (Subrayado por fuera de la norma original).

A pesar de su clara delimitación como una figura de tipo contractual, no existía todavía en el ordenamiento jurídico una definición que permitiese establecer el alcance de dicho mecanismo como medio alternativo de resolución de conflictos. Tan sólo hasta el Decreto 2279 de 1989[15], se decide formular una primera conceptualización acerca de su contenido y, a su vez, se expresan un conjunto de condiciones que determinan su procedencia.

Textualmente, los artículos 51 y 52 del citado Decreto, dispusieron:

□Artículo 51. 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.

Artículo 52. La expresión de la voluntad de someterse a la amigable composición, se consignará por escrito que deberá contener:

1. El nombre, domicilio y dirección de las partes.
2. Las cuestiones objeto de la amigable composición.
3. El nombre o nombres de los amigables componedores cuando las partes no haya deferido su designación a un tercero.
4. El término para cumplir el encargo, que no podrá exceder de treinta (30) días .

A través de la Ley 23 de 1991, se adicionó un inciso al artículo 52 del Decreto 2279 de 1989, con la finalidad de permitir que la designación del amigable componedor se pudiese delegar en un tercero. Así, lo señaló el artículo 116, en los siguientes términos:

Si las partes estuvieren de acuerdo, designarán los amigables componedores, o deferirán su nombramiento a un tercero .

Finalmente, en los artículos 130, 131 y 132 de la Ley 446 de 1998, se encuentran previstas las disposiciones vigentes sobre la amigable composición, las cuales fueron reiteradas en el Decreto 1818 de 1998, destinado a compilar las preceptos legales normativos acerca de los mecanismos alternativos de solución de conflictos. Precisamente, los artículos 223, 224 y 225 disponen que:

Artículo 223. Definición. 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 (artículo 130 Ley 446 de 1998).

Artículo 224. Efectos. La decisión del amigable componedor producirá los efectos legales relativos a la transacción (artículo 131 Ley 446 de 1998).

Artículo 225. Designación. Las partes podrán nombrar al amigable componedor directamente o delegar en un tercero la designación. El tercero delegado por las partes para nombrar al amigable componedor puede ser una persona natural o jurídica (artículo 132 Ley 446 de 1998) .

7. De la evolución normativa de la amigable composición se puede concluir que se trata de un mecanismo de solución de conflictos de tipo eminentemente contractual, por medio del cual las partes deciden delegar en un

tercero, denominado amigable componedor, la facultad de decidir, con fuerza vinculante entre ellas, el estado y la forma de cumplimiento de una relación jurídica sustancial susceptible de transacción. Dicho amigable componedor puede sea nombrado directamente por las partes o a través de un tercero designado por éstas.

Por su parte, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, ha definido a la amigable composición como: *una transacción lograda a través de terceros con facultades para comprometer contractualmente a las partes* [16].

8. Se pregunta entonces esta Corporación: ¿Si como lo sostiene la entidad accionante en sede de tutela, los amigables componedores ejercen función jurisdiccional o, por el contrario, se trata de terceros delegados en ejercicio de una actividad netamente contractual, cuyo propósito es precisar con carácter definitivo el estado, alcance y forma de cumplimiento de una relación jurídica conflictiva de tipo sustancial previamente puesta a su conocimiento?

Para resolver el citado interrogante, la Corte debe acudir a lo previsto en el artículo 116 de la Constitución Política, que consagra en su inciso final la figura según la cual los particulares en determinados casos pueden ser investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia. Conforme lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación [17], este ejercicio excepcional de la función jurisdiccional, se encuentra taxativamente enunciada en la norma superior, esto es, en los casos en que los particulares actúan: (...) *en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley* .

Por consiguiente, las actuaciones realizadas por los amigables componedores no corresponden a una manifestación del ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, pues al tenor de lo expuesto en el artículo 116 de la Constitución Política, dicha función se limita a las figuras procesales de la conciliación, el arbitramento y los jurados en conciencia. Son éstas las instituciones que pertenecen a la esfera del derecho procesal y a las cuales les resultan exigibles todas las garantías del debido proceso (C.P. art. 29), entre ellas, los derechos de defensa, contradicción, impugnación, etc. Conviene precisar que esta diferenciación en cuanto a los mecanismos de solución de conflictos, deviene de la investidura otorgada a algunos particulares para ejercer la función pública de *administrar justicia*, como poder o autoridad derivado de la soberanía del Estado para imponer el derecho mediante decisiones de obligatorio cumplimiento [18].

A este respecto, la Corte al referirse a la naturaleza jurisdiccional de los tribunales de arbitramento, determinó que:

"El arbitramento es un verdadero procedimiento judicial -en sentido material- y, como tal, está sometido en todas sus etapas a la estricta aplicación de las normas que regulan este tipo de actuaciones tanto desde el punto de vista formal como material. Se trata de un mecanismo en el que han de aplicarse con rigor las garantías del debido proceso aplicables a toda actuación judicial, pues de nada sirve la inclusión de mecanismos de solución de litigios, adicionales y alternativos al sistema ordinario contemplado en la legislación, si su aplicación se traduce en el desconocimiento de derechos constitucionales

fundamentales"[19].

9. Esto significa que la amigable composición corresponde a una modalidad de negocio contractual cuyo origen deviene de las instituciones de derecho sustancial, en especial, del derecho de los contratos. También se ha dicho que como expresión de acto jurídico se clasifica dentro de la tipología de los actos complejos, pues comprende la intervención de dos o más pronunciamientos para integrar un sólo acto substancial. Por una parte, requiere el pacto o convenio mediante el cual las partes delegan en un tercero la solución de un conflicto (contrato de composición); y por la otra, el resultado de la gestión asignada y adelantada por el amigable componedor, por lo general a título de mandato, se plasma en un documento final equivalente a un negocio jurídico contractual mediante el cual las partes asumen compromisos voluntarios que se tornan definitivos, inmutables y vinculantes entre ellas[20] (composición propiamente dicha).

En relación con la naturaleza meramente contractual de la amigable composición; el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en sentencia del 6 de febrero de 1998, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández, expuso que:

□ (...) *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 la 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 investido de jurisdicción* □. (Radicación No. 11477).

En idéntico sentido, en providencia del 16 de marzo de 2000, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Luis Camilo Osorio Isaza, manifestó:

□ *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 □. (Radicación No. 1246).

10. En virtud de lo anterior, la amigable composición tiene unas características principales que le permiten diferenciarse de otros mecanismos de resolución de conflictos, a saber:

- La amigable composición es una institución del derecho sustancial, y concretamente del derecho de los contratos, como también lo es la transacción (C.C. art. 2469)[21]; mientras que la conciliación y el arbitramento corresponden a instituciones procesales, aun cuando tengan su origen en un acuerdo de voluntades[22].

- Los amigables componedores no ejercen función jurisdiccional; por el contrario, los árbitros sí lo hacen, conforme lo establece directamente la Constitución Política.

- 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 la 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.

- La amigable composición concluye con el *convenio de composición* elaborado por el tercero; la transacción con un contrato suscrito por las partes; el arbitramento termina en un laudo arbitral que produce los efectos propios de las sentencias judiciales; y la conciliación mediante un acta suscrita por las partes.

- Finalmente, si bien la transacción y la amigable composición comparten similitudes en cuanto a su origen contractual; su principal distinción radica en que mientras la primera supone la superación del conflicto a través de un arreglo exclusivamente negociado por las partes; en la segunda, tanto la fórmula de solución como las actuaciones para llegar a ella, se delegan en un tercero.

11. En este contexto, se puede concluir que la amigable composición se identifica por:

- Encomendar a un tercero mediante un acuerdo contractual, el encargo de solucionar problemas o diferencias que enfrentan a las partes.

- 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 sus mandatarios.

- El documento final que suscriba el amigable componedor no contiene resoluciones ni órdenes, pues se limita a

fijar los compromisos voluntarios que asumen las partes, para definir el conflicto surgido entre ellas.

- Según el caso, el citado documento se convierte en un contrato adicional y modificatorio al contrato que le dio origen a la discrepancia solucionada.

- El compromiso suscrito al amparo del amigable componedor produce los efectos de la transacción, esto es, (...) *el efecto de cosa juzgada en última instancia* (...) . (Código Civil, art. 2483).

- El amigable componedor puede ser singular o plural.

- La designación pueden hacerla las partes directamente involucradas en la controversia o a través de un tercero que ellas mismas elijan. Dicho tercero puede ser una persona natural o jurídica.

- Como consecuencia obvia de su naturaleza contractual, el compromiso suscrito entre las partes a partir de la decisión del amigable componedor, no es susceptible de ningún recurso de tipo procesal. La única forma de controvertir dicho arreglo es precisamente demandando su eficacia como acto jurídico. En estos términos, habría que demostrar, entre otros, la falta de capacidad de las partes, la ausencia de consentimiento, la existencia viciada del mismo o la presencia de objeto o causa ilícita [\[23\]](#).

Para concluir es innegable que la amigable composición no puede estar sometida a una estructura procesal propiamente dicha, en razón a su naturaleza eminentemente contractual típica de una institución del derecho sustancial. Obsérvese cómo, exigir el adelantamiento de un proceso como presupuesto de su validez, sería tanto así como exigir algún tipo de requerimiento procesal para dotar de eficacia a la transacción.

12. Desde esta perspectiva, se cuestiona la Corte: ¿si existe algún trámite especial previsto en la ley para formalizar el acto jurídico complejo que envuelve el desarrollo de un mecanismo de amigable composición y, adicionalmente, qué asuntos pueden someterse a su conocimiento y decisión?

13. En relación con el primer interrogante, la ley no plantea exigencia alguna de tipo formal que subordine la eficacia del acto de la amigable composición, mas allá de los requisitos generales de existencia y validez de todo negocio jurídico. De suerte que, en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, les asiste el derecho a las partes de fijar libremente los límites, condiciones y requisitos que estimen convenientes en cuanto a la forma como ha de adelantarse, en cada caso, la amigable composición. Eso sí, y en cuanto se admite que la decisión sea adoptada al amparo de un centro especial constituido para el efecto, tales como, los Centros de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición, se entiende que existe en dichos casos, una aceptación tácita a los reglamentos que profieren esas asociaciones, los cuales, además, se sujetan previamente a la aprobación del Ministerio del Interior y la Justicia. Esto significa que los trámites incorporados en las disposiciones de los citados reglamentos se convierten tácitamente en normas de obligatorio cumplimiento para las partes.

Ahora bien, puede suceder que ni las partes, ni el reglamento establezcan reglas especiales para tramitar la amigable composición. Dicha circunstancia, en todo caso, no afecta la validez del contrato de composición, pues se concibe que con sujeción al contrato de mandato que subyace en dicha relación jurídica, el amigable componedor tiene las facultades necesarias para cumplir en debida forma su encargo [24]. Reconociendo que, bajo ninguna circunstancia, los trámites que decida adelantar el amigable componedor corresponden a una expresión del derecho procesal, conforme se ha visto.

14. En torno al segundo interrogante, y dada la amplitud de los artículos 223, 224 y 225 del Decreto 1818 de 1998, puede concluirse que todo tipo de controversias relacionadas con el estado, las partes y la forma de cumplimiento de un negocio jurídico particular, pueden someterse a la amigable composición, en tanto y en cuanto sean susceptibles de transacción, es decir, versen sobre pretensiones de contenido económico y carácter patrimonial.

Con todo, en materia de contratación estatal, le resultan exigibles a la amigable composición algunas de las limitaciones propias de otros mecanismos de resolución de conflictos, como lo es la consistente en la imposibilidad de pronunciarse acerca de la legalidad de los actos administrativos que se profieren al amparo del ejercicio de los poderes exorbitantes de la administración, pues se entiende que esta materia es ajena a cualquier clase de negociación. Al respecto, ha sido la doctrina del Consejo de Estado:

□ Corolario del principio de no negociabilidad del ejercicio de las potestades públicas, es que al Estado no le es dable despojarse de sus competencias legales, renunciar a ellas, dejar de ejercerlas, ni negociarlas o transigir sobre la legalidad de los actos administrativos, sin menoscabar la soberanía del Estado, su autoridad, el orden público y el principio de legalidad. De aquí se estructura el principio según el cual en nuestro régimen de derecho es indisponible la legalidad de los actos administrativos.

Ello no impide que se controvierta la validez del acto; pero si se busca controvertir judicialmente su concordancia con el orden jurídico, la ley ha dispuesto tanto para la propia administración como para los particulares los mecanismos procesales pertinentes, como son, entre otras, las acciones de simple nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, ante una jurisdicción especializada, continua y permanente, como lo es la contencioso administrativa (...)

De lo expuesto la Sala extrae las siguientes conclusiones: (...) Cuando la administración hace uso de sus poderes exorbitantes, produciendo una decisión, que se materializa en un acto administrativo, aquélla solamente puede ser impugnada ante la jurisdicción contencioso administrativa, y no puede ser sometida al conocimiento de la justicia arbitral, porque la regla de competencia establecida por la Constitución y la ley para dilucidar su legalidad es de orden público y, por ende, intransigible.

Fácil es observar cómo razones mayores existen para que no sea posible disponer o transigir respecto de la potestad de la jurisdicción contencioso administrativa para dilucidar sobre la legalidad de los actos administrativos; es una materia ajena a cualquier clase de negociación, por encontrarse comprometida la soberanía del Estado y el orden público, como ha sido la tesis constante de la jurisprudencia nacional y de la doctrina (...) □ [25]

De las limitaciones que surgen para los amigables componedores a partir del contenido normativo de los principios de buena fe e igualdad reconocidos en la Constitución Política.

15. Conforme se expuso con anterioridad, el negocio jurídico que fundamenta la competencia asignada al amigable componedor para decidir con efectos vinculantes la disputa sometida a su conocimiento se encuentra en el contrato de mandato. Dicha modalidad contractual, le confiere al amigable componedor la capacidad de efectuar los actos necesarios para cumplir en debida forma su encargo, esto es, dirimir el conflicto que se presenta entre las partes con los mismos efectos de la transacción.

A pesar de que el ordenamiento jurídico le reconoce al mandatario un amplio margen de autonomía para realizar los actos que estime convenientes, con el propósito de gestionar el negocio jurídico que se le encomienda; el artículo 2160 del Código Civil es categórico en establecer que, en todo caso, la *□recta ejecución□* de dicho contrato, comprende no sólo la obligación de actuar dentro de los límites de orden contractual y legal que se imponen, sino también que su desenvolvimiento debe llevarse a cabo conforme a los *□medios□* a través de los cuales el mandante hubiese querido su realización.

La escogencia de dichos *medios* implica la selección de las mejores herramientas para lograr el fin contractual que subyace al negocio jurídico celebrado, el cual, en tratándose de la amigable composición, consiste en la obtención de una solución justa y equánime del conflicto planteado, a través del desarrollo neutral de un trámite contractual en el que se asegure la *□igualdad de armas□* entre las partes en conflicto.

Desde esta perspectiva, es innegable que los amigables componedores carecen de atribuciones arbitrarias o desprovistas de una recta razón para resolver el conflicto sometido a su conocimiento, pues toda actuación que adelanten debe adecuarse a los medios que hubiesen querido las partes, o sea, a una solución conforme a la justicia, equidad y derecho que se funde en un pleno equilibrio de oportunidades para las partes.

16. Los principios generales de la buena fe e igualdad previstos en la Carta Fundamental, revisten gran trascendencia como parámetros que guían la ejecución de las obligaciones que incumben a los amigables componedores.

Por una parte, el principio de buena fe reconocido en el artículo 83 del Texto Superior, incorpora a las relaciones jurídicas el valor ético de la confianza, exigiendo de parte del amigable componedor la recta disposición de ánimo para proceder al cumplimiento fiel de las obligaciones que se originan en el negocio encomendado. Así las cosas, le corresponde al amigable componedor realizar los actos y trámites que resulten necesarios para lograr el cumplimiento honesto y leal de su encargo, entre los cuales, especialmente se destacan los siguientes: oír a las partes, atender sus solicitudes de pruebas, recibir sus escritos, fijar términos razonables para convalidar sus intervenciones, permitirles la realización de descargos, examinar documentos, entrevistar a terceros, contratar estudios técnicos con cargo a las partes en aras de desentrañar el significado legal de un concepto profesional, etc., todo con el objetivo plausible de llegar al convencimiento en torno a la verdad verdadera del asunto litigioso que le permita adoptar una recta solución.

De la misma manera, el principio de igualdad reivindica del amigable componedor el deber de otorgarle a ambas partes, las mismas oportunidades de acción y oposición frente al tema controvertido. De donde resulta exigible la determinación de un trámite contractual o *iter contractus* que permita la formación de un juicio libre, desapasionado y debidamente motivado del caso debatido que asegure definitivamente una solución coherente, lógica y razonable del conflicto.

Para el efecto, a juicio de esta Corporación, es indispensable que los centros especializados en el manejo de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, sometan el adelantamiento de los trámites de la amigable composición como mínimo a tres etapas. En primer lugar, a una audiencia de apertura, en donde se proclame la autoridad del amigable componedor, se fije el alcance y naturaleza de la disputa, se determine el tiempo de su duración y el de cada una de sus etapas y, además, se inste a las partes para presentar los elementos de juicio que pretendan hacer valer. En segundo término, una etapa de investigación, para identificar y estudiar el problema, examinar documentos, realizar entrevistas con terceros y las partes, y en general, todas las gestiones esenciales para que el amigable componedor se forme su propio juicio. Finalmente, la etapa de decisión, audiencia en la cual se presenta la solución a las partes debidamente firmada por el amigable componedor, y se explica su alcance jurídico[26].

Por consiguiente, no cabe duda de que solamente 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.

17. Con fundamento en estas consideraciones, procederá esta Sala a resolver el problema jurídico sometido a su conocimiento.

Caso concreto.

18. Considera el Instituto Nacional de Vías vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa, por cuanto no existe ni legal ni reglamentariamente un procedimiento establecido para la realización de la amigable composición promovida ante la Sociedad Colombiana de Ingenieros -Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición-.

Además, estima violados los mismos derechos fundamentales, en razón a la inexistencia de un acuerdo previo por parte del INVIAS y el Consorcio Survial, en relación con el procedimiento a seguir para resolver las controversias a través de la amigable composición. En su opinión, si el citado mecanismo de resolución de conflictos tiene como fundamento el acuerdo entre las partes, y éste no existe en torno al procedimiento que antecede a su práctica, no es legítimo proceder a su desarrollo, hasta tanto no se llegue a un consenso de tipo procesal.

19. De acuerdo con las circunstancias fácticas del caso y los argumentos expuestos en los fundamentos 4 a 14 de esta providencia, procede la Corte a efectuar las consideraciones que a continuación se exponen:

(i) Como se dijo anteriormente, la amigable composición por su naturaleza eminentemente contractual no corresponde a una manifestación de la función jurisdiccional del Estado (C.P. art. 116), y por lo mismo, no le resultan exigibles las garantías fundamentales del debido proceso, entre ellas, el derecho de defensa.

Así las cosas, es indiscutible que el derecho fundamental al debido proceso no puede ser objeto de protección en el nacimiento, ejecución y extinción de los *contratos*, pues se trata de una garantía constitucional del ciudadano frente al ejercicio del poder público mediante la cual se pretende preservar la legalidad de las actuaciones judiciales y administrativas, como expresamente se define en el artículo 29 Superior. Lo anterior, sin perjuicio del ejercicio de las potestades sancionatorias de la administración pública en el ámbito de los contratos estatales (caducidad y multas).

Por consiguiente, ninguna actuación que tenga su origen en el desarrollo de dicho mecanismo de resolución de conflictos, puede ser sometida a las exigencias del derecho procesal, pues sin duda alguna como tipología jurídica se enmarca dentro de las instituciones del derecho sustancial. De ahí que, carezca de razón la entidad demandada al exigir la preexistencia de un procedimiento legal para adelantar el trámite contractual de amigable composición, pues ello involucraría, por una parte, desconocer las características fundamentales que distinguen a dicha institución de otras formas alternativas de resolver controversias, y por la otra, conduciría a modificar la naturaleza exceptiva del artículo 116 de la Constitución Política, que restringe a los árbitros, conciliadores y jurados en conciencia, como los únicos particulares habilitados para ejercer de manera transitoria la función jurisdiccional.

(ii) A la par con lo anterior, tampoco le asiste razón al accionante cuando pretende exigir un acuerdo previo de tipo procedimental entre el INVIAS y el Consorcio Survial, como presupuesto para el trámite del mecanismo de la amigable composición.

Ya se dijo que como acto jurídico de raigambre contractual no le resultan exigibles a la amigable composición las garantías fundantes del derecho procesal y, además, también se explicó que si bien las partes pueden establecer condiciones o requisitos para tramitar dicho mecanismo de resolución de conflictos, cuando ellas han omitido su señalamiento previo, se entiende que le otorgan plena autonomía al amigable componedor para resolver las controversias a él delegadas, habilitándolo como *mandatario* para utilizar todos los medios necesarios y que estime prudentes para formarse autónomamente un juicio valorativo acerca del caso dispuesto a su decisión, sujetándose en todo caso a los principios de buena fe e igualdad reconocidos en el Texto Superior.

En el presente caso, en la cláusula tercera del contrato adicional No. 2 al contrato principal No. 01119 de 2001, se previó el acuerdo de someter a un amigable componedor cualquier disputa susceptible de transacción que se presente entre las partes, como lo es la relacionada por el Consorcio Survial destinada a valorar la posible ruptura del equilibrio económico del contrato. Dicha cláusula establece que:

Las partes de común acuerdo, en cumplimiento del Art. 68 de la Ley 80 de 1993 acuerdan someter las reclamaciones contractuales susceptibles de transacción a la decisión de un amigable componedor designado por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Sociedad

No existe disposición alguna de las partes que limite la competencia otorgada al amigable componedor para definir el conflicto, ni tampoco el señalamiento de condiciones especiales para tramitar su resolución. Por lo tanto, si en ejercicio de su autonomía contractual, las partes dispusieron un marco que le permitía obrar libremente al amigable componedor como mandatario, no puede pretenderse ahora por el INVIAS modificar unilateralmente dicho acuerdo, pues ello implicaría desconocer el principio de normatividad de los actos jurídicos reconocido en el artículo 1602 del Código Civil.

Cualquier modificación en torno al alcance de las atribuciones delegadas debe provenir del consenso de las partes, y mientras ello no ocurra, el amigable componedor puede obrar con las limitaciones propias que se derivan del contrato de mandato. Eso sí, bajo el entendido, que al someterse a un centro especializado de resolución de conflictos, se aceptan tácitamente por las partes las disposiciones previstas en su reglamento.

20. Sin embargo, encuentra la Corte que el amparo está llamado a prosperar, porque si bien, como se ha dicho, no son predicables de la amigable composición las exigencias constitucionales del derecho de defensa y del debido proceso; en todo caso, sí resultan plenamente exigibles en su desarrollo los mandatos normativos de los principios de buena fe e igualdad previstos en el Texto Superior.

En el presente caso, el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, recibió el día 9 de enero de 2004, la solicitud de amigable composición por parte del Consorcio Survial, y procedió a su correspondiente *admisión* conforme a la competencia asignada en la Cláusula Tercera del Contrato Adicional No. 2 suscrito entre las partes.

Mediante Acta No. 001 de 2004[27], el Director del citado Centro procedió, por una parte, a correr traslado al INVIAS para que en el término de 15 días se hiciera parte en las instalaciones, con el fin de celebrar la sesión de apertura de la amigable composición y, por la otra, se dispuso las reglas en relación con la obligación de pago de los honorarios profesionales del componedor.

El día 23 de febrero de 2004, tuvo lugar la audiencia de instalación o de apertura, en donde se avocó competencia por parte del amigable componedor, y se le confirió el término de 15 días al INVIAS, para □ *allegar al Centro la información que considere del caso, así como solicitar los medios de prueba que sean necesarios* □ [28].

Dentro de dicho término, en concreto, el día 15 de marzo de 2004, el INVIAS a través de apoderado, presentó escrito mediante el cual se opuso a los requerimientos del Consorcio Survial, y además, anexó y solicitó el reconocimiento y declaratoria de determinadas pruebas que dan soporte a sus excepciones [29].

Finalmente, el mismo 15 de marzo, se celebró una audiencia de trámite, en la cual se fijó el alcance del litigio, se escuchó las razones y reclamaciones de las partes y se fijó un término no perentorio para la recepción de pruebas[30]. Precisamente, en el escrito que recoge la práctica de la citada audiencia, se manifestó:

□La Doctora DUQUE RICO accede a lo pedido en el sentido de fijar como período límite para recepcionar pruebas, que consultado con la interventoría, se fija la forma como debe darse la información básica requerida, equipos, personal, bitácora, informes mensuales de interventoría. Se fija fecha límite para este cometido el 29 de marzo de 2004, sin perjuicio de explicaciones adicionales que llegaren a requerirse y de informaciones adicionales que las partes quisieran aportar. Explica que el plazo concedido por el Centro es de máximo tres meses prorrogables por uno más. Sobre el interrogatorio del Director de obra, la Amigable Composedora informará sobre la citación respectiva. Por petición del INVIAS se incluirá en la misma diligencia la declaración del residente de interventoría y además el apoderado del INVIAS solicita ser informado de las respectivas citaciones. Se fija como fecha para la diligencia el martes 13 de abril de 2004 □.

En este trámite del proceso contractual de la amigable composición tuvo lugar la interposición de la presente acción de tutela, en donde se demuestra que a pesar de haberse intentado por el Amigable Composedor, a partir del vacío normativo de las partes y del Reglamento Interno del Centro de Conciliación, fijar un orden mínimo en el adelantamiento del citado mecanismo de resolución de conflictos, en realidad no existía el más mínimo parámetro que permitiese controlar el desarrollo coherente y lógico del citado trámite, impidiendo en la práctica que en su ejecución se preservara la □*igualdad de armas*□ entre las partes en conflicto.

Previamente se dijo que los citados principios reivindican del amigable composedor el deber de otorgarle a las partes, las mismas oportunidades de acción y oposición frente al tema controvertido. De donde le resulta exigible al amigable composedor la determinación *explícita* de un trámite contractual o *iter contractus*, previamente a la iniciación de su actuación, que permita, por una parte, la formación de un juicio libre, desapasionado y debidamente motivado del composedor, y por la otra, que asegure a las partes la posibilidad de realizar descargos, contestar las reclamaciones y presentar los elementos de juicio que convaliden sus argumentos.

En el asunto sub-examine, como lo manifiesta el apoderado del INVIAS, no existe el más mínimo elemento de certeza jurídica que permita determinar, entre otras, el tiempo de duración del proceso contractual, las etapas para la intervención de las partes, la posibilidad de presentar solicitudes de prueba y el momento para adelantar la etapa de investigación. De donde se deduce que, la falta de señalamiento de un trámite contractual que asegure en realidad una solución lógica, justa y razonable del conflicto, sin lugar a dudas le otorga al amigable composedor atribuciones desprovistas de control, que impiden resolver el conflicto, conforme a las exigencias que se derivan de los principios constitucionales de buena fe e igualdad.

Ahora bien, independientemente de que el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Sociedad Colombiana de Ingenieros sea una persona jurídica de naturaleza particular, es evidente que en el presente caso subyace una situación de indefensión, pues de adelantarse el trámite de la composición sin unas reglas claras y objetivas previamente conocidas por todos los intervinientes, no existiría ningún parámetro de control al ejercicio de las atribuciones del amigable composedor, lo que indiscutiblemente sometería al INVIAS, como al Consorcio Survial, a un estado de dependencia fáctico o circunstancial en relación con

el amigable componedor, ya que al final de cuentas la resolución del conflicto dependería exclusivamente de los designios de dicho mandatario.

21. Por todo lo anterior, y frente al caso en concreto, esta Sala de Revisión confirmará el fallo de segunda instancia que concedió la protección constitucional invocada por la entidad accionante, por las razones expuestas en esta providencia. Y, en ese orden de ideas, se ordenará a la Sociedad Colombiana de Ingenieros -Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición-, que en el término de cinco (5) días siguientes a la notificación de esta decisión, proceda a reiniciar el trámite de composición desde la audiencia de apertura, determinando explícitamente el alcance y naturaleza de la disputa, el tiempo de duración del proceso contractual y el de cada una de sus etapas y, además, el momento oportuno para la presentación y contradicción de los elementos de juicio que las partes pretendan hacer valer.

IV. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución

RESUELVE

Primero. CONFIRMAR la sentencia del diecinueve (19) de julio de 2004 proferida por el Juzgado Noveno Penal del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se otorgó el amparo solicitado, pero por las razones expuestas en esta providencia.

Segundo. **ORDENAR** a la Sociedad Colombiana de Ingenieros -Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición-, que en el término de cinco (5) días siguientes a la notificación de esta decisión, proceda a reiniciar el trámite de composición desde la audiencia de apertura, determinando explícitamente el alcance y naturaleza de la disputa, el tiempo de duración del proceso contractual y el de cada una de sus etapas y, además, el momento oportuno para la presentación y contradicción de los elementos de juicio que las partes pretendan hacer valer.

Tercero. **LÍBRENSE** las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

CON ACLARACION DE VOTO

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO A LA SENTENCIA T-017/05

AMIGABLE COMPONEDOR-Resolución en equidad de conflictos contractuales entre el Estado y un particular (Aclaración de voto)

Los conflictos contractuales que surjan entre el Estado y un particular puedan ser resueltos en equidad por un amigable componedor y mediante un procedimiento que, debido a su carácter contractual -de conformidad con lo expuesto en el fallo- no está sometido a las garantías fundamentales que ofrece el derecho al debido proceso, lo cual podría, eventualmente, ocasionar un detrimento importante para el patrimonio del Estado, dadas la naturaleza y magnitud de los litigios que puedan llegar a suscitarse.

RESOLUCION DE CONFLICTOS-Mecanismo alternativo carente de reglamentación legal específica (Aclaración de voto)

AMIGABLE COMPOSICION Y ARBITRAMIENTO-Existencia de diferencias sustanciales entre la decisión y el laudo arbitral (Aclaración de voto)

CONFLICTO CONTRACTUAL-Resolución mediante mecanismo que brinde garantías procesales inherentes al debido proceso (Aclaración de voto)

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.

Referencia: expediente T-973352

Acción de tutela instaurada por el Instituto Nacional de Vías □INVÍAS- contra la Sociedad Colombiana de Ingenieros □Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición-.

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Con el acostumbrado respeto por la decisión mayoritaria de la Sala Quinta de Revisión, en la presente aclaración de voto me permito expresar las razones por las cuales, si bien comparto la decisión finalmente adoptada dentro de este proceso de revisión de tutela, considero que la fundamentación jurídica de dicha decisión ha debido tratar varios puntos específicos que, desafortunadamente, no fueron abordados en la parte motiva.

En este caso, el problema jurídico planteado fue el siguiente: si el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Sociedad Colombiana de Ingenieros incurrió en vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa al abstenerse de declarar fallida la instancia de la amigable composición entre el Instituto Nacional de Vías □INVÍAS- y el Consorcio Survial. Lo anterior, en atención a que, en opinión del demandante, no existía un procedimiento legal o reglamentario previo que permitiera su realización y, además, por no existir acuerdo mutuo preestablecido entre las partes en relación con la forma para desarrollar dicho mecanismo.

Para resolver estas cuestiones, en la providencia se analizó el alcance del principio del arreglo directo en la solución de controversias de la contratación estatal y se estudiaron, así mismo, el origen, naturaleza y características del mecanismo de la amigable composición.

Empero, considero que aspectos fundamentales que plantea el asunto sometido a estudio, como son los efectos jurídicos y las características de la decisión que dentro del mecanismo de la amigable composición se toma, no fueron tenidos en cuenta dentro de la motivación de la sentencia T-017 de 2005. En consecuencia, nada se dijo en relación con el hecho de que los conflictos contractuales que surjan entre el Estado y un particular puedan ser resueltos en *equidad* por un *amigable componedor* y mediante un procedimiento que, debido a su carácter contractual -de conformidad con lo expuesto en el fallo- no está sometido a las garantías fundamentales que ofrece el derecho al debido proceso, lo cual podría, eventualmente, ocasionar un detrimento importante para el patrimonio del Estado, dadas la naturaleza y magnitud de los litigios que puedan llegar a suscitarse.

Lo anterior cobra una importancia crucial cuando se constata que el mecanismo alternativo de resolución de conflictos empleado por el Estado en esta oportunidad carece de reglamentación legal específica y, en esa medida, se convierte en una especie de □casarón vacío□ que puede ser definido e interpretado a voluntad, al punto que el centro de conciliación que lo implemente puede en su reglamento equipararlo al mecanismo del arbitraje en cuanto a sus efectos jurídicos, pasando por alto que el primero es decidido en equidad, mientras que éste último es fallado en derecho y debe serlo en estricto cumplimiento de todas las garantías propias del debido proceso, además de contar con los recursos y garantías judiciales de que carece el

primero de los mecanismos referidos. Es importante enfatizar, pues, que existen diferencias sustanciales entre la *decisión* tomada por un *amigable componedor* y el *laudo arbitral* que profiere un *árbitro*.

Así mismo, deseo destacar 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.

Estimo, pues, que en la parte motiva del fallo debió hacerse un pronunciamiento sobre los aspectos arriba enunciados, con el propósito de hacer claridad sobre un tema tan importante.

Fecha ut supra,

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

[1] Folios 24 y subsiguientes del cuaderno principal del expediente de tutela.

[2] Folios 75 y 77 del cuaderno principal del expediente de tutela.

[3] Folios 79, 80 y 81 del cuaderno principal del expediente de tutela.

[4] Folios 90 y 91 del cuaderno principal del expediente de tutela.

[5] Folio 96 del cuaderno principal del expediente de tutela.

[6] PEÑA CASTRILLÓN, Gilberto. Solución de controversias en la contratación estatal. En: La nueva

contratación administrativa. Cámara de Comercio de Bogotá. 1994. Pág. 237.

Dispone, al respecto, el numeral 5° del artículo 25 de la Ley 80 de 1993: [**Del principio de economía**]. *En virtud de este principio: (...) Se adoptarán procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que con motivo de la celebración y ejecución del contrato se presenten*.

[7] El artículo 4, numeral 9°, de la Ley 80 de 1993, determina: [**De los derechos y deberes de las entidades estatales**]. *Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales: (...) Actuarán de tal modo que por causas a ellas imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Con este fin, en el menor tiempo posible, corregirán los desajustes que pudiesen presentarse y acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse*. (Subrayado por fuera del texto original). Y a su vez el artículo 27 del mismo ordenamiento contractual, especifica que: En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento (...).

[8] Disponen las normas en cita: Artículo 68. (...) **Parágrafo.** *Los actos administrativos contractuales podrán ser revocados en cualquier tiempo, siempre que sobre ellos no haya recaído sentencia ejecutoriada*. Artículo 69. *Las autoridades no podrán establecer prohibiciones a la utilización de los mecanismos de solución directa de las controversias nacidas de los contratos estatales.// Las entidades no prohibirán la estipulación de la cláusula compromisoria o la celebración de compromisos para dirimir las diferencias surgidas del contrato estatal*.

[9] Véase, al respecto, MORALES MOLINA, Hernando. Curso de derecho procesal civil. Parte general. Octava Edición. Editorial ABC. Bogotá. 1983. MUTIS VANEGAS. Andrés. QUINTERO MÚNERA, Andrés. La contratación estatal. Pontificia Universidad Javeriana. Colección Profesores No. 28. Javegraf. Bogotá. 2000. PEÑA CASTRILLÓN. Gilberto. Solución de controversias en la contratación estatal. En: La nueva contratación administrativa. Cámara de Comercio de Bogotá. 1994. ROBAYO CASTILLO. Gustavo Adolfo. Mecanismos de resolución de conflictos. Defensoría del Pueblo. Imprenta Nacional de Colombia. Bogotá. 2003. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 6 de febrero de 1998, Radicación No. 11477, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández.

[10] Por el cual se expide el Código de Procedimiento Civil.

[11] Por el cual se hacen unas modificaciones y correcciones al Código de Procedimiento civil, expedido mediante Decreto-Ley número 1400 de 1970.

[12] Disponía el artículo 663 del antiguo Código de Procedimiento Civil: Pueden someterse a la decisión de árbitros las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir.

El compromiso puede celebrarse antes de iniciado el proceso judicial, o después, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia.

Con las limitaciones previstas en el inciso primero, también, puede estipularse cláusula compromisoria con el fin de someter a la decisión de árbitros todas o algunas de las diferencias que se susciten en relación con un contrato para lo cual bastará que los contratantes la consignen en aquél o en escrito separado antes de que surja la controversia.

El compromiso y la cláusula compromisoria deberán constar en escritura pública o documento privado auténtico, y serán inexistentes cuando no cumplan este requisito y nulos cuando falten a lo exigido en el inciso primero.

El compromiso y la cláusula compromisoria implican renuncia a hacer valer las respectivas pretensiones ante

los jueces, pero no impiden adelantar ante estos procesos de ejecución□.

[13] Disponía esta norma: □**Artículo 2011.** Pueden someterse a la decisión de árbitros las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir.

El compromiso puede celebrarse antes de iniciado el proceso judicial, o después, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia.

Con las limitaciones previstas en el inciso primero, también puede estipularse cláusula compromisoria con el fin de someter a la decisión de árbitros todas o algunas de las diferencias que se susciten en relación con un contrato, para lo cual bastará que los contratantes la consignen en aquél, o en escrito separando antes de que surja la controversia.

El compromiso y la cláusula compromisoria deberán constar en escritura pública o documento privado auténtico, y serán nulos cuando no cumplan este requisito o los exigidos en el inciso primero.

El compromiso y la cláusula compromisoria implican la renuncia a hacer valer las respectivas pretensiones ante los jueces, pero no impiden adelantar ante éstos procesos de ejecución□.

[14] La citada norma fue derogada por el artículo 55 del Decreto 2279 de 1989.

[15] □*Por el cual se implementan sistemas de solución de conflictos entre particulares y se dictan otras disposiciones*□.

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

[17] Véase, sentencias C-226 de 1993, C-037 de 1996 y C-1038 de 2002.

[18] Aun cuando en la Constitución se dice que los □conciliadores□ quedan investidos de la función de administrar justicia, es importante señalar que según la naturaleza jurídica de dicha institución y conforme se encuentra actualmente regulado, esa facultad se otorga exclusivamente a las partes que solucionan sus diferencias a través de la conciliación. En efecto, los □conciliadores□ son simples terceros neutrales que se limitan a prestar sus *buenos oficios* para poner de acuerdo a las partes en relación con un asunto litigioso, careciendo de poder de decisión sobre cualquier tipo de controversia jurídica. Al respecto, la doctrina ha señalado que: □*La conciliación es simplemente el esfuerzo y la actitud de un tercero, designado por las partes interesadas, que persigue el fin de ponerlas de acuerdo o evitar que acudan a un proceso contencioso, bien sea judicial o arbitral. El conciliador es la persona que interpone sus buenos oficios para lograr que las partes encuentren las maneras de solucionar sus diferencias. Para lograr sus objetivos el conciliador ha de pretender indicar, a cada una de las partes, los aspectos de la cuestión litigiosa o en controversia que le son contrarios. Esa gestión tiene como objetivo primordial acercar a las partes entre sí y conducirles a una solución satisfactoria para cada una de ellas. El conciliador no puede imponer su solución; está carente de autoridad para ello. El fin del conciliador es dar a conocer a las partes las ventajas que implica la resolución fuera del reino judicial y arbitral*□. FERNÁNDEZ QUIÑONES. Demetrio. Op.Cit. Págs. 15-16. (Subrayado por fuera del texto original).

[19] Sentencia C-330 de 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[20] Decreto 1818 de 1998, art. 224 y Código Civil, art. 2483

[21] El citado artículo del Código Civil define a la transacción como □*un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual*□.

[22] La conciliación ha sido definida por esta Corporación: □*como un medio no judicial de resolución de conflictos, mediante el cual las partes entre quienes existe una diferencia susceptible de transacción, con la presencia activa de un tercero conciliador, objetivo e imparcial, cuya función esencial consiste en impulsar las*

fórmulas de solución planteadas por las partes o con él mismo, buscan la forma de encontrar solución y superar el conflicto de intereses existente□. (Sentencia C-226 de 1993. M.P. Alejandro Martínez Caballero).

Por su parte, el arbitramento ha sido entendido como: □(...) *un mecanismo jurídico en virtud del cual las partes en conflicto deciden someter sus diferencias a la decisión de un tercero, aceptando anticipadamente sujetarse a lo que allí se adopte. Mecanismo que tiene ciertas características básicas: (i) es uno de los instrumentos autorizados para que los particulares puedan administrar justicia; (ii) está regido por el principio de habilitación o voluntariedad, pues el desplazamiento de la justicia estatal por el arbitramento tiene como fundamento □un acuerdo previo de carácter voluntario y libre efectuado por los contratantes*□. Además (iii) *el arbitramento es temporal, pues la competencia de los árbitros está restringida al asunto que las partes le plantean. El arbitramento (iv) es también de naturaleza excepcional pues la Constitución impone límites materiales a la figura, de suerte que no todo □problema jurídico puede ser objeto de un laudo*□, ya que □es claro que existen bienes jurídicos cuya disposición no puede dejarse al arbitrio de un particular, así haya sido voluntariamente designado por las partes enfrentadas□. Finalmente, (v) *la Corte ha destacado que la voluntariedad del arbitramento no excluye que la ley regule la materia, pues el arbitramento es un verdadero proceso, a pesar de que sea decidido por particulares, y por ello está sujeto a ciertas regulaciones legales, en especial para asegurar el respeto al debido proceso*□. (Sentencia C-1038 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett)

[23] Véase, artículos 1502 y 1740 del Código Civil.

[24] Código Civil, artículos 2157 y 2158. Código de Comercio, artículo 1263.

[25] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 8 de junio de 2000, radicación No. 16973, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

[26] Sobre la materia, se puede consultar a: ROBAYO CASTILLO. Gustavo Adolfo. Mecanismos de resolución de conflictos. Defensoría del Pueblo. Imprenta Nacional de Colombia. Bogotá. 2003.

[27] Folio 79 del cuaderno No. 1.

[28] Folios 83 y subsiguientes del cuaderno No. 1.

[29] Folios 93 y subsiguientes del cuaderno No. 1.

[30] Folios 100 y siguientes del cuaderno No. 1.