

LA AMIGABLE COMPOSICIÓN  
EN LA EJECUCIÓN DE PROYECTOS  
DE ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS  
APLICACIÓN A CONTRATOS DE  
CONCESIONES VIALES\*

The amiable composition in the execution  
of projects of public-private partnerships  
Application to road concession agreement

---

*Camilo Andrés Chinchilla Rozo\*\**

*José Román Pacheco Gallego\*\*\**

**Resumen**

Actualmente, después de un proceso evolutivo en la legislación y la jurisprudencia, la amigable composición se entiende como una figura de naturaleza contractual y compleja, a través de la cual las partes de un negocio jurídico buscan dirimir sus controversias mediante un tercero que fallará en equidad con efectos de cosa juzgada.

---

\* Para citar el artículo: CHINCHILLA ROZO, Camilo Andrés y PACHECO GALLEGO, José Román. La amigable composición en la ejecución de proyectos de asociaciones público privadas. Aplicación a contratos de concesiones viales. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. No. 47 Enero – Junio. 2018, pp. 113-137.

Recibido: 4 de marzo de 2018 - Aprobado: 16 de agosto de 2018.

\*\* Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Responsabilidad y Daño Resarcible de la Universidad Externado de Colombia. Máster en Análisis Económico del Derecho y las Políticas Públicas de la Universidad de Salamanca.

\*\*\* Abogado de la Fundación Universitaria San Martín. Especialista en Derecho Administrativo y en Derecho Procesal de la Universidad del Rosario. Máster en Análisis Económico del Derecho y las Políticas Públicas y doctorando de la Escuela “Estado de Derecho y Gobernanza Global” de la Universidad de Salamanca.

A partir de su definición, el presente artículo muestra la evolución legal y jurisprudencial de la amigable composición en relación con su aplicación en la contratación estatal, iniciando con la regulación general del Código de Procedimiento Civil de 1970, pasando por la definición que introdujo la Ley 446 de 1998, la cual generó dudas sobre su aplicabilidad en este tipo de contratos y finalizando con la expedición de la Ley 1563 de 2012 la cual despejó cualquier duda sobre la viabilidad de la utilización de este mecanismo para la solución de controversias, cuando al menos una de las partes es una entidad pública.

Las naturaleza y características de la amigable composición, ha motivado su implementación en negocios jurídicos de infraestructura de Transporte desde la tercera generación de contratos de concesión viales, llegando hasta los nuevos contratos de cuarta generación de concesiones viales los cuales destacan por tener una completa regulación del mecanismo en el que se incluye normas sobre su constitución, funcionamiento, remuneración y efectos. Esta detallada regulación, permite obtener decisiones más oportunas sobre los conflictos presentados en la ejecución contractual.

### Abstract

In the last fifty years, the concept of amiable composition has been evolved due to the chances on law and jurisprudence. Currently, it is understood as a complex contractual figure, where the parties from a contract settle their disputes through a third person who will judge in equity on *res judicata* effects.

This article shows the legal and jurisprudential evolution of the amiable composition on the field of government procurement, starting from the regulation made by the 1970's Code of Civil Procedure, going through the definition introduced by that the law 446 of 1998, ending with the issuance of the law 1563 of 2012, which clarified any doubt about the use of this mechanism for the disputes management, being feasible when at least one of the parties is a public entity.

The very nature and characteristics of the that identify the amiable composition, has motivated its implementation on transport infrastructure contracts since the time when the *third generation* of highway concession contracts were applied until the *fourth generation* contracts of road concessions. On the latter, the amiable composition has a regulation that includes rules related to its constitution, operation, remuneration, and effects. This detailed regulation allows obtaining more timely decisions on conflicts involved on the performance of the contract.

## Introducción

Tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional, el estatuto de contratación estatal se fundamenta en el principio del arreglo directo, con el fin de someter las controversias contractuales a procedimientos de solución rápidos, inmediatos y directos entre las partes<sup>1</sup>. Por este motivo, los mecanismos alternativos de solución de conflictos -en adelante MASC- se han entendido como una solución adecuada para aumentar la agilidad en la resolución de controversias, brindado así celeridad en la ejecución de contratos estatales y reduciendo los costos presupuestales y administrativos (protección del patrimonio público).

Dentro del género de los MASC, la amigable composición ha ganado terreno por su eficiencia a la hora de resolver controversias contractuales sin tener que acudir a otros mecanismos jurisdiccionales. En ese sentido, su naturaleza contractual, compleja, autocompositiva y con efectos de cosa juzgada permite a las partes solucionar las diferencias al interior del negocio jurídico para una correcta ejecución de las prestaciones.

Como se verá, la amigable composición no ha sido ajena a los cambios normativos y a las diferencias interpretativas en la jurisprudencia. Si bien, durante la vigencia de artículo 677 del Código de Procedimiento Civil (C.P.C.) de 1970 y algunas modificaciones posteriores, su aplicación a la contratación estatal fue pacífica, a partir de la expedición de la Ley 446 de 1998 se generaron dudas sobre el uso de este mecanismo por entidades estatales. Actualmente, la utilización de esta figura en los contratos de concesión resulta totalmente válida a partir de la expedición de la Ley 1563 de 2012, la cual despejó las dudas que existieron sobre la legalidad de su uso en el marco de la contratación estatal.

Por su parte, las Asociaciones Público Privadas -en adelante APP- se han constituido en un mecanismo de gestión eficaz para enfrentar los problemas que presenta la administración en la prestación eficiente de los servicios públicos en diversos sectores (vías, puertos, aeropuertos, etc.) y en la financiación de las grandes obras de infraestructura. Como su nombre lo indica, la finalidad de este negocio es la ejecución de proyectos de manera mancomunada por el sector público y el sector privado, en el cual, éste último tiene a cargo gran parte de los riesgos en la financiación, diseño, construcción, operación y mantenimiento del proyecto. En contraprestación, el negocio jurídico define los mecanismos de pago al privado reconociendo una utilidad por su inversión.

Con el fin de hacer más eficientes los proyectos de concesión vial, la administración ha evolucionado en la estructuración de los modelos contrac-

<sup>1</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-017 de 2005. MP. Rodrigo Escobar Gil.

La amigable composición en la ejecución de proyectos de asociaciones público privadas

tuales, incluyendo en su clausulado fórmulas de arreglo directo entre las partes. Concretamente, la figura de la Amigable Composición ha tenido una evolución que demuestra actualmente la utilidad del procedimiento. Así, inicialmente los proyectos viales carecían de fórmulas de arreglo extrajudicial, consagrando únicamente el arbitramento como forma de dirimir las controversias, pero actualmente la amigable composición tiene una detallada regulación en los contratos de concesión. La aplicación de esta fórmula ha permitido reducir los tiempos de las controversias, lo que a su vez impacta en los cronogramas de ejecución; asimismo, el mecanismo ha reducido los costos que las partes invierten para dirimir las controversias, mejorando los esquemas financieros.

Teniendo en cuenta lo anterior, el presente artículo tiene como objetivo analizar las características más relevantes de la amigable composición, exponer el desarrollo legal y jurisprudencial de la figura en la contratación estatal y presentar la evolución del mecanismo en las diferentes generaciones de contratos de concesión (forma de APP).

## 1. Definición, características y efectos

La norma vigente en materia de amigable composición es la Ley 1563 de 2012, por medio de la cual se expidió el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, la cual define el mecanismo en su artículo 59 en los siguientes términos:

*Artículo 59. Definición. La amigable composición es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, por medio del cual, dos o más particulares, un particular y una o más entidades públicas, o varias entidades públicas, o quien desempeñe funciones administrativas, delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de definir, con fuerza vinculante para las partes, una controversia contractual de libre disposición.*

De acuerdo con la norma, la Amigable Composición es un MASC de naturaleza contractual, originado en la autonomía de la voluntad de las partes para acudir a un tercero que defina una controversia específica del negocio jurídico de manera extrajudicial. Así, se tiene como características principales de la figura las siguientes:

### a. Naturaleza Contractual

La Amigable Composición difiere de otros mecanismos de solución directa, en que su esencia es negocial y no procesal. Así, el Consejo de Estado ha sostenido que *“la amigable composición es simplemente una transacción lograda a través de terceros con facultades para comprometer contractualmente a las partes (...) los amigables componedores obligan contractualmente a las partes*

*porque actúan por mandato de éstas, y no con la fuerza procesal de sentencia*<sup>2</sup>. En la misma providencia, el alto tribunal expresó:

*Los tratadistas nacionales, en consonancia con lo dispuesto en la normativa procesal civil, coinciden en tratar la figura de la amigable composición como un acuerdo de carácter contractual, cuyos efectos se asimilan a los de la transacción, sin reconocerle al acuerdo que se logre el carácter de decisión judicial, que solo puede ser proferida por quien esté investido de jurisdicción, bien sea en forma permanente o transitoria, por la voluntad de las partes cuando la ley así se los permite, mientras que los amigables componedores no están investidos de jurisdicción.*<sup>3</sup>

En el mismo sentido, la Corte Constitucional ha sostenido que *“la actividad de los amigables componedores no tiene el carácter de función pública; ella se enmarca dentro del ámbito contractual y exterioriza la estipulación derivada de la autonomía de la voluntad”*<sup>4</sup>. De ahí que la amigable composición se defina como un mecanismo de autocomposición, en el cual, se da solución a la controversia al interior del contrato a través de un tercero que actúa como mandatario, lo que la diferencia claramente del arbitramento<sup>5</sup>.

Aunque en términos generales siempre se reconoció el carácter negocial de la figura, ésta característica fue plenamente aclarada por la Corte Constitucional en sentencia T 017 de 2005, en la cual, el alto tribunal resolvió el interrogante de si *“los amigables componedores ejercen función jurisdiccional o, por el contrario, se trata de terceros delegados en ejercicio de una actividad netamente contractual...”*. Al respecto, la Corte expresó:

*(...) 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*

<sup>2</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 6 de febrero de 1998. Consejero ponente: DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ. Radicación número: 11477.

<sup>3</sup> Ídem.

<sup>4</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-091 de 2000. MP. Álvaro Tafur Galvis.

<sup>5</sup> En el mismo sentido, en sentencia T 017 de 2005 la Corte sostuvo que *“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”*.

La amigable composición en la ejecución de proyectos de asociaciones público privadas

*todas las garantías del debido proceso (C.P. art. 29), entre ellas, los derechos de defensa, contradicción, impugnación, etc.*<sup>6</sup>

Finalmente, es importante precisar que si bien la Corte Constitucional afirmó en la citada sentencia que a la amigable composición no le eran aplicables exigencias de tipo procesal (debido proceso y derecho de contradicción)<sup>7</sup>, el artículo 61 de la Ley 1563 de 2012 estableció que las partes pueden fijar el procedimiento aplicable “(...) siempre que se respeten los derechos de las partes a la igualdad y a la contradicción de argumentos y pruebas”.

#### b. Negocio Jurídico Complejo

La Amigable Composición es un negocio jurídico complejo, en el cual se presenta la coexistencia de diversas figuras contractuales como: i) el acuerdo de voluntades sobre la amigable composición; ii) el contrato de mandato entre las partes y los componedores y; iii) el contrato de transacción que pone fin a la controversia de las partes. Sobre esta característica, la Sección Tercera del Consejo de Estado<sup>8</sup> en auto de 4 de abril de 2013 expresó lo siguiente:

*Así, entonces, se afirma que la amigable composición constituye un complejo jurídico que contiene tres contratos diferentes, a saber:*

*a). El contrato de composición propiamente dicho, en virtud del cual las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión que adopten sus respectivos mandatarios, designados por ellas para tal efecto.*

*b). El contrato de mandato con representación, el cual es celebrado, ya no entre los contendores, sino entre cada uno de éstos y su amigable componedor o entre ellos y el componedor único; se trata, como es lógico, de un mandato con representación, en virtud del cual el apoderado se obliga a celebrar, por*

<sup>6</sup> Ibidem, p. 1.

<sup>7</sup> Expresamente, la Corte manifestó: “(...) 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”. Así mismo, señaló que “[c]omo 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. Ibidem, p. 1.

<sup>8</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. CP. Carlos Alberto Zambrano Barrera, radicación: 2500023260002008 0014102. Citado en: CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 15 de abril de 2015. Consejero ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN (E). Radicación número: 11001-03-26-000-2010-00004-00(38053).

*cuenta y a nombre de su mandante, un acto jurídico que consistirá en el acuerdo que ponga fin a la controversia.*

*c). El contrato de transacción o uno innominado, que es el acordado entre los componedores, en ejercicio del mandato con representación que han recibido, cuyo contenido consistirá en el conjunto de estipulaciones que ellos convengan para dar solución final a la controversia.”*

En la misma línea, la Corte Constitucional manifestó que el mecanismo comprende diversos actos jurídicos que integran un sólo acto substancial: “[p]or 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 (composición propiamente dicha)”. Como negocio jurídico complejo, a la amigable composición le es aplicable el derecho de los contratos por lo que “[l]a 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”<sup>9</sup>.

#### c. Mecanismo de Autocomposición

Se afirma que la amigable composición es un mecanismo autocompositivo, ya que las partes al interior del contrato resuelven el conflicto a través de un tercero mandatario. Así, el arreglo se entiende realizado directamente por los mandantes de conformidad con lo establecido en el artículo 1505 del Código Civil.

Para la Corte Constitucional “*la actividad de los amigables componedores surge del acuerdo de voluntades de las partes en un contrato donde se obligan recíprocamente y que autónomamente pueden determinar mecanismos de autocomposición de las controversias que se susciten con ocasión del contrato*”<sup>10</sup>.

Algún sector, ha considerado que al tratarse de un acto jurídico complejo, la amigable composición se presenta como la combinación de dos mecanismos alternativos como son el arbitraje y conciliación, pues “[s]i bien el amigable componedor representa a los pleiteantes y por ende la transacción, en términos jurídicos, se entiende realizada por los mandantes mismos, no es menos cierto

---

<sup>9</sup> Ibidem, p. 1.

<sup>10</sup> Ibidem, p. 11.

La amigable composición en la ejecución de proyectos de asociaciones público privadas

*que, en términos fácticos, es él quien cimienta el negocio jurídico de transacción*<sup>11</sup>. De esta manera, el mandato del amigable componedor “*es una representación activa, que impone su total participación en la realización del acto jurídico; debe, pues, discernir sobre las diferentes aristas que le ofrece el litigio, para, finalmente, decidir e imponer a los mandantes su solución en la transacción*”<sup>12</sup>.

#### d. Efecto de Cosa Juzgada

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 60 de la Ley 1563 de 2012 “[l]a decisión del amigable componedor producirá los efectos legales propios de la transacción”<sup>13</sup>. En ese sentido, la decisión produce el efecto de cosa juzgada en última instancia, pero podrá atacarse su validez a través de la nulidad o la rescisión del acto jurídico, de conformidad con lo establecido en el artículo 2483 del Código Civil.

Igualmente, el compromiso permite: i) acudir al proceso ejecutivo para buscar el cumplimiento forzado de las obligaciones concretadas en el compromiso; ii) dictar sentencia anticipada cuando se encuentre probada la decisión (artículo 278 Código General del Proceso) e; iii) interponer recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda (artículo 402 C.G.P.).

Tal como se explicará, esta similitud de efectos llevó al Consejo de Estado a sostener que aunque no estuviera regulada expresamente la figura para la administración, las entidades estatales se encontraban habilitadas para pactar la amigable composición teniendo en cuenta que la transacción estaba permitida en el artículo 218 del Código Contencioso Administrativo. Al respecto, sostuvo el Alto Tribunal:

*(...) v) se agrega que las normas mencionadas no eran opuestas a los efectos jurídicos citados en el artículo 131 de la Ley 446 de 1998, el cual tuvo aplicación para las entidades estatales en la medida en que la Ley 80 de 1993 no dispuso otra cosa, y por lo tanto, se predicó para la composición, el carácter de una transacción, la cual, por otra parte, se encontraba permitida para las entidades estatales por virtud del artículo 218 del Código Contencioso Administrativo, contenido en el Decreto 01 de 1984, como una de las formas de terminar el proceso judicial.*<sup>14</sup> (se subraya)

<sup>11</sup> FRANCISTO TERNERA BARRIOS. Amigable composición: contrato para solucionar conflictos. Universidad de los Andes. Revista de Derecho Privado 38, junio, 2007.

<sup>12</sup> Ídem.

<sup>13</sup> Código Civil Artículo 2469: “La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa.”

<sup>14</sup> Ibidem, p. 10 (nota al pie 17).



Es importante precisar, que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado tuvo una postura contraria a la expresada por la Sección Tercera, al considerar que, por mandamiento legal, la amigable composición sólo estaba prevista para los particulares y que la facultad que tenían las entidades estatales de transigir no era suficiente para permitirles acudir a la este mecanismo, punto que abordará más adelante.

#### e. Decisión en Equidad

Según lo establecido en el artículo 60 de la Ley 1563 de 2012 “[s]alvo convención en contrario, la decisión del amigable componedor estará fundamentada en la equidad, sin perjuicio de que el amigable componedor haga uso de reglas de derecho, si así lo estima conveniente”. De esta forma, la regla general en materia de amigable composición es que los componedores tomen su fallo en conciencia y solo se acudirá a las normas de derecho si las partes lo pactan expresamente.

Esta es una diferencia fundamental con otras figuras como el arbitramento, ya que el componedor adopta una decisión basado en las reglas de la experiencia y el sentido común. En todo caso, por tratarse de un mandatario de las partes, al componedor le son aplicables las normas de administración del mandato (artículos 2157 y siguientes C.C.), entre las cuales se encuentra la recta ejecución del contrato. Así mismo, “[l]os 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”<sup>15</sup>.

## 2. Antecedentes Normativos

La amigable composición tiene su fundamento constitucional en el artículo 116 de la Carta Política, el cual determina que “[l]os particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

Este MASC fue consagrado expresamente por primera vez en el artículo 677 del Código de Procedimiento Civil (C.P.C.) de 1970. De acuerdo con dicho estatuto, las controversias susceptibles de transacción que surgieran entre personas capaces de transigir, podían someterse a amigables componedores. Igualmente, se precisaba que “la declaración de éstos [amigables componedores]

---

<sup>15</sup> Ibidem, p. 1.

La amigable composición en la ejecución de proyectos de asociaciones público privadas

*tiene valor contractual entre aquellos, pero no producirá efectos del laudo arbitral*". Así mismo, el artículo 2025 del Código de Comercio de 1971 incluyó la misma regulación para el régimen de contratación comercial.

De la consagración original, se tiene que la amigable composición se concibió como una figura de solución de controversias de naturaleza netamente contractual diferente del arbitramento, que versa sobre asuntos susceptibles de transacción y que no tiene efectos jurisdiccionales<sup>16</sup>.

Con posterioridad, mediante el Decreto Ley 2279 de 1989<sup>17</sup> se modificó el Código de Procedimiento Civil y concretamente la amigable composición en los siguientes términos:

*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. (Se subraya)*

Como se observa, esta reforma introdujo una referencia al alcance de la figura, al determinar la facultad de los componedores para precisar "*el estado y la forma de cumplimiento de una relación jurídica...*", con lo cual se limitó el campo de acción de los mandatarios, quienes solo podían pronunciarse respecto de las prestaciones del contrato y su ejecución.

Por su parte, la Ley 23 de 1991, adicionó el citado artículo 51 y dispuso en el inciso segundo que "[s]i las partes estuvieren de acuerdo, designarán los amigables componedores, o deferirán su nombramiento a un tercero", permitiendo que, en caso de no llegar a acuerdo, fueran terceros ajenos a la relación contractual los encargados de elegir a los componedores.

En materia de contratación estatal, si bien el artículo 218 del Decreto 1 de 1984 por el cual se reformó el Código Contencioso Administrativo, permitía resolver las controversias contractuales de las entidades estatales a través de transacción, fue a través del artículo 68 de la Ley 80 de 1993 que se introdujo expresamente el mecanismo de la amigable composición, aunque sin definir las características y el alcance de la figura. Así, el artículo señaló respecto de los mecanismos de solución directa de controversias lo siguiente:

*ARTÍCULO 68. DE LA UTILIZACIÓN DE MECANISMOS DE SOLUCIÓN DIRECTA DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. Las entidades a*

<sup>16</sup> Aunque la figura se incluyó en el Título XXXIII del C.P.C, el cual se refiere al procedimiento arbitral, la norma específica que la decisión de los componedores difiere del arbitramento en cuanto a sus efectos.

<sup>17</sup> Por el cual se implementaron sistemas de solución de conflictos entre particulares

*que se refiere el artículo 2° del presente estatuto y los contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual.*

*Para tal efecto, al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en esta ley y a la conciliación, amigable composición y transacción. (Se subraya)*

De acuerdo con la norma, la amigable composición se entiende como un mecanismo para solucionar controversias “*en forma ágil, rápida y directa*”. Sin embargo, el artículo no reguló la figura y se limitó a mencionarla como un MASC, con lo cual, le eran aplicables las características y el alcance del régimen privado.

Posteriormente, la Ley 446 de 1998, cuyo objetivo era dictar normas sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia, pretendió regular nuevamente la institución de la amigable composición en los siguientes términos:

*Artículo 130. 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.*

Esta nueva definición, reiterada en el Decreto 1818 de 1998 compilatorio de la normativa de mecanismos alternativos de solución de conflictos, adicionó tres aspectos a la figura de la amigable composición: i) el componedor tenía la facultad de precisar, además del estado de las obligaciones y la forma de cumplimiento, las partes de un negocio jurídico, elemento ausente en el artículo 51 del Decreto Ley 2282 de 1989; ii) se determinó como un mecanismo por medio del cual dos o más “particulares” acuden a un tercero para la solución de la controversia<sup>18</sup> y; iii) la posibilidad de que el amigable componedor sea individual o plural.

En lo que se refiere a los efectos del mecanismo, la norma mantuvo una de las características principales, al establecer en el artículo 131 (Artículo 224 Decreto 1818 de 1998) que “[l]a decisión del amigable componedor producirá los efectos legales relativos a la transacción”.

Finalmente, el artículo 59 de la Ley 1563 de 2012, por medio de la cual se expidió el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, zanjó la discusión

<sup>18</sup> Como se expondrá más adelante, para algún sector la amigable composición no era aplicable a la contratación estatal, ya que se definía como un acuerdo de voluntades entre particulares.

La amigable composición en la ejecución de proyectos de asociaciones público privadas

respecto de la aplicabilidad del mecanismo por parte de las entidades estatales, ya que permite que acudan a ella particulares, entidades públicas, o quienes desempeñen funciones administrativas. Asimismo, el artículo permite que el amigable componedor sea singular o plural.

Respecto de los efectos de la figura, el artículo 60 de la citada Ley señala que el amigable componedor se encuentra facultado para “*precisar el alcance o forma de cumplimiento de las obligaciones derivadas de un negocio jurídico, determinar la existencia o no de un incumplimiento contractual y decidir sobre conflictos de responsabilidad suscitados entre las partes, entre otras determinaciones*”, lo cual amplía el marco de acción del mandatario, ya que su acción ya no se circunscribe exclusivamente al estado, las partes y la forma de cumplimiento del contrato.

### 3. Aplicabilidad a contratos estatales

La validez de los pactos de amigable composición en materia contencioso administrativa no ha sido un tema pacífico, llevando incluso a posiciones encontradas al interior del Consejo de Estado. El conflicto de interpretación, derivó del hecho de que la regulación anterior (artículo 130 Ley 446 de 1998) definía la amigable composición como un mecanismo de solución de conflictos por el cual “*dos o más particulares*” delegan en un componedor la solución del conflicto, por lo cual, se llegó a considerar improcedente su utilización en la contratación estatal.

En este recorrido normativo, es importante destacar dos etapas: i) la normativa vigente desde el CPC de 1970 hasta la Ley 446 de 1998, en el cual se establecía la composición para personas capaces de transigir; ii) la normativa vigente a partir de la expedición de la Ley 446 de 1998 y hasta la Ley 1563 de 2012, la cual, en principio, restringió el mecanismo para uso exclusivo de los particulares.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, mediante concepto del 13 de agosto de 2009<sup>19</sup>, sostuvo que “*la normas (sic) vigentes para 1994 establecían que las partes de una relación jurídica sustancial susceptible de transacción, estaban facultadas para acudir a la amigable composición, incluidas las entidades públicas, no sólo porque el legislador no distinguía la calidad de las partes, sino porque así lo autorizaba la Ley 80 de 1993*”. Así, la norma no excluía de manera específica a las entidades estatales en el uso de la figura. Sin embargo, para dicho órgano consultor la expedición de la Ley 446 de 1998, cambió el panorama en el siguiente sentido:

<sup>19</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 13 de agosto de 2009. Consejero ponente: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO. Radicación número: 11001-03-06-000-2009-00033-00(1952).

*Ello fue así hasta que entró en vigencia la Ley 446 de 1998, el 8 de julio de 1998, pues derogó los artículos 47 a 54 del decreto 2279 de 1989 y el artículo 116 de la Ley 23 de 1991, momento a partir del cual el mecanismo alternativo de solución de conflictos denominado amigable composición está regido por la Ley 446.*

*Como se aprecia en el artículo 130 transcrito al comienzo de este capítulo, la celebración de un contrato o el pacto de una cláusula convencional que contenga la amigable composición, sólo es posible para los particulares, locución que en derecho colombiano excluye a las entidades estatales. Esta constatación tiene como consecuencia que el artículo 68 de la Ley 80 de 1993 en tanto permitía que este tipo de entidades acudiera a tal institución se encuentra derogado parcialmente.*

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

Aunque no se dice de manera clara, pareciera desprenderse del aparte que la Sala de Consulta y Servicio Civil interpretó el artículo 130 de la Ley 446 de 1998 como una modificación del artículo 68 de la Ley 80 de 1993, dando la posibilidad de acudir a la amigable composición solo a particulares<sup>20</sup>.

Sin embargo, contrario a lo expresado por esta Sala, para la Sección Tercera del Consejo de Estado, la Ley 446 no derogó la Ley 80 en lo referente a la posibilidad de acudir a mecanismos alternativos de solución de conflictos y sostuvo:

*Teniendo en cuenta el contenido normativo de las leyes citadas, la Sala advierte que por virtud del artículo 130 de la Ley 446 de 1998 no se derogó el inciso 2º del artículo 68 de la Ley 80 de 1993, acerca de la competencia de las entidades estatales para celebrar el acuerdo de amigable composición. Para ello, se apoya en el siguiente razonamiento: i) la Ley 80 es una ley especial para la contratación estatal, ii) la Ley 80 de 1993 no es incompatible con las disposiciones acerca de los medios de solución de conflictos definidos en la*

<sup>20</sup> Esta posición, ya había sido manifestada en concepto del 16 de marzo de 2000, en el cual se sostuvo que "(...) su autorización no está dada a las entidades estatales, pues sólo es aplicable a los particulares". CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 16 de marzo de 2000. Consejero Ponente: LUIS CAMILO OSORIO ISAZA. Radicación número: 1246.

La amigable composición en la ejecución de proyectos de asociaciones público privadas

*Ley 446 de 1998 y iii) la Ley 446 de 1998 no reguló integralmente la misma materia del artículo 68 de la Ley 80 de 1993, en la medida en que éste último artículo se refirió a la competencia de las entidades estatales dentro del contrato estatal, asunto diferente al que contempló la Ley 446. Todo ello da lugar a la pervivencia del artículo 68 de la Ley 80 por aplicación del artículo 3° de la Ley 153 de 1887; iv) se encuentra un razonamiento adicional para colegir que la Ley 446 de 1998 no derogó el artículo 68 la Ley 80 de 1993, en la medida en que su ámbito de aplicación se refirió a los medios para descongestionar la justicia, de manera que sus disposiciones no tenían por objeto determinar la competencia de las entidades estatales en la égida contractual. Desde esa perspectiva, la definición incorporada en el artículo 130 de la Ley 446 de 1998, en relación con la amigable composición entre particulares, no puede entenderse como una norma que eliminó la viabilidad de la amigable composición permitida a las entidades estatales. Bien se advierte que este criterio se funda en la diferencia material del contenido de una ley frente a otra, no en la relación entre una disposición particular y otra general, ni en la condición de género a especie, entre las leyes citadas.<sup>21</sup> (Se resalta y subraya)*

Así, para la Sección Tercera del Consejo de Estado el artículo 68 de la Ley 80 de 1993 seguía vigente luego de la expedición de la Ley 446 de 1998, por lo cual la composición “(...) se encontraba permitida para las entidades estatales por virtud del artículo 218 del Código Contencioso Administrativo, contenido en el Decreto 01 de 1984, como una de las formas de terminar el proceso judicial”<sup>22</sup>.

Finalmente, la facultad legal para que una entidad pública pueda pactar la posibilidad de dirimir conflictos a través de la figura de la amigable composición, se aclaró con el artículo 59 de la Ley 1563 de 2012<sup>23</sup>, lo que permite a la administración acudir a esta forma de solución de controversias de autocomposición.

#### **4. Aplicación a las APP – Concesiones**

Dentro de los diversos vehículos que tiene la administración para la prestación eficiente de los servicios públicos, las APP han destacado y obtenido un lugar preponderante en diversos sectores de la economía, especialmente en el sector de la infraestructura (carreteras, puertos, aeropuertos, etc.). Tal como lo ha manifestado la CEPAL, “*las asociaciones públicas-privadas han sido un mecanismo de gran utilidad para la provisión de infraestructura, bienes y*

<sup>21</sup> Ibidem, p. 8.

<sup>22</sup> Ibidem, p. 4.

<sup>23</sup> De acuerdo con el artículo 59 de la Ley 1563 de 2012 el mecanismo es aplicable a “*dos o más particulares, un particular y una o más entidades públicas, o varias entidades públicas, o quien desempeñe funciones administrativas*”.

*servicios de interés público en diferentes sectores de la economía*". Así mismo, "[l]a CEPAL ha enfatizado en diversas ocasiones los impactos positivos que tiene la inversión en infraestructura en el plano económico, facilitando el comercio mediante la conexión de territorios y creando puentes para el transporte de bienes, servicios y personas..."<sup>24</sup>.

En nuestro ordenamiento, el artículo 365 de la Constitución Política consagra el deber del Estado de asegurar la prestación eficiente de servicios públicos, los cuales "podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares". En desarrollo del mandato Constitucional, se expidió la Ley 1508 de 2012 por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, definiéndolas en su artículo primero, como un mecanismo a través del cual se busca vincular recursos del sector privado en la provisión de bienes y servicios públicos, mediante la celebración de un negocio jurídico que tiene como objetivo la distribución de riesgos entre las partes y la definición de la retribución de acuerdo al nivel de servicio de la infraestructura o servicio.

En otras palabras, una APP es un acuerdo de voluntades entre el sector público y el sector privado, para que este último participe en el suministro de los servicios a cargo de la administración asumiendo parte de los riesgos con derecho a una retribución. En palabras de la CEPAL:

*(...) la asociación público-privada constituye un instrumento legal que formaliza la relación entre el sector público y el privado –comúnmente a través de un contrato– definiendo el papel que cada sector jugará en la provisión de infraestructura, bien o servicio, y la forma en que se compartirán los recursos, beneficios y riesgos.*<sup>25</sup>

Dentro de las diversas formas de APP, la más conocida y desarrollada en nuestro ordenamiento es el contrato de concesión. Por este motivo, el artículo 2 de la Ley 1508 estableció que "[l]as concesiones de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de Asociación Público Privadas", aunque también se incluyen como APP aquellos "contratos en los cuales las entidades estatales encarguen a un inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura" (artículo 3).

<sup>24</sup> COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE - CEPAL. Asociaciones Público Privadas como Instrumento para Fortalecer los Objetivos del Proyecto Mesoamérica. 2017.

<sup>25</sup> Ídem.

La amigable composición en la ejecución de proyectos de asociaciones público privadas

A través del contrato de concesión, la administración otorga a un particular la prestación, operación, explotación, organización o gestión de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación de una obra o bien de servicio público por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración (artículo 32.4 Ley 80 de 1993). Respecto de los contratos de concesión vial, la Ley 105 de 1993 en su artículo 30 señala que La Nación podrá “(...) otorgar concesiones a particulares para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial” y que “[p]ara la recuperación de la inversión, la Nación, los departamentos, los distritos y los municipios podrán establecer peajes y/o valorización”.

Así, se presentan como elementos del contrato de concesión los siguientes:

- Se otorga al particular la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio.
- Los riesgos de las actividades los asume el contratista, aunque de acuerdo con el artículo 4 de la Ley 1508 de 2015, los contratos de APP deben contar con una eficiente asignación de riesgos “atribuyendo cada uno de ellos a la parte que esté en mejor capacidad de administrarlos”.
- Vigilancia y control de la entidad concedente.
- Remuneración a través de derechos, tarifas, tasas, valorización, o participación en la explotación del bien.

Como modalidad de APP, la idea fundamental de los contratos de concesión es atraer capital privado para la ejecución de las diversas actividades inmersas en la prestación del servicio público, solventando de esta manera los problemas de financiación de la administración. Para la Corte Constitucional “[l]os contratos de concesión son entonces instrumentos a través de los cuales el Estado promueve el concurso de la inversión privada para el cumplimiento de sus fines. Estos contratos adquieren especial importancia en contextos en los que existen restricciones presupuestales, pues permiten la realización de importantes obras de infraestructura (vial, energética, de transporte, de telecomunicaciones, etc.) con el apoyo de los recursos y conocimientos privados”<sup>26</sup>. Así, “una de las principales motivaciones de la participación privada en proyectos de concesión –especialmente de infraestructura– es obtener mayor valor por el dinero, es decir,

---

<sup>26</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-300 de 2012. MP. JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB.



*mayores servicios por la misma cantidad de dinero, lo que hace que este tipo de proyectos redunde en ahorros para la entidad contratante y prácticas más eficientes*<sup>27</sup>.

Para hacer del negocio un instrumento eficiente para la prestación del servicio, la administración debe garantizar unas condiciones para la retribución del contratista a cargo de los riesgos, pero además debe propender por eliminar los posibles “cuellos de botella” que se pueden presentar en la ejecución del contrato, dentro de los cuales se encuentran las controversias contractuales conocido como “riesgo de litigio”. Como es imposible que las partes prevean todas las contingencias que se pueden presentar a lo largo del proyecto<sup>28</sup>, los MASC se presentan como una vía para el adecuado manejo de este riesgo por las partes, haciendo que los conflictos que se susciten se resuelvan de una manera rápida, eficaz, eficiente y a menor costo, lo que a su vez impacta en la correcta y eficiente prestación del servicio público. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha expresado con claridad los principios que fundamentan los mecanismos de solución directa en los contratos estatales en los siguientes términos:

*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”. 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*

<sup>27</sup> Ídem.

<sup>28</sup> Por este motivo, la Corte Constitucional ha manifestado que “[l]as concesiones son por naturaleza contratos incompletos, debido a la incapacidad que existe de prever y redactar una consecuencia contractual para todas y cada uno de las posibles variables y contingencias que pueden surgir en el desarrollo del objeto, lo que impone un límite a las cláusulas contractuales efectivamente redactadas”. Ídem.

La amigable composición en la ejecución de proyectos de asociaciones público privadas

*medidas necesarias para salvaguardar el restablecimiento de las partes, en el menor tiempo posible.*

*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<sup>29</sup>.*

Desde el punto de vista de la administración, los MASC permiten incluso reducir el impacto de una deficiente defensa judicial de las entidades estatales que afecta el patrimonio público pues tal como se manifestó en el documento CONPES 3250 de 2010<sup>30</sup>, “[e]l Estado soporta una gran carga de procesos judiciales en su contra que afecta de manera directa el patrimonio público”; este hecho, tiene como factor determinante “(...) una ineficaz y precaria defensa técnica de los intereses estatales en litigio resultado de: deficiencias de tipo organizacional y funcional de las oficinas encargadas de la defensa legal, no empleo de los mecanismos alternos de solución de conflictos, inexistencia de mecanismos de coordinación entre las distintas oficinas jurídicas codemandadas, ausencia de criterios unificados para atender los litigios, ausencia de estímulos y derechos para quienes asumen la representación judicial de los litigios del Estado y dificultad de controlar y hacer seguimiento al desempeño de las entidades”. Así, “[l]a anterior problemática ha implicado una afectación importante de los dineros públicos producto del aumento sistemático de sentencias y de los intereses moratorios por el pago inoportuno de aquéllas y la disminución en el uso alternativo de los mecanismos de solución de conflictos” (se subraya).

En ese sentido, los mecanismos de autocomposición, entre ellos la amigable composición, se erigen como una fórmula eficiente y ágil de solución de controversias que permiten reducir el riesgo de litigios entre las partes. Esta fórmula de solución de controversias compagina con la finalidad de los contratos de APP en términos de eficiencia, celeridad y economía.

Teniendo en cuenta lo visto, a continuación se describirá la evolución que la figura de la amigable composición a partir de algunos contratos pertenecientes a las diversas generaciones de proyectos viales concesionados.

<sup>29</sup> Ibidem, p. 1.

<sup>30</sup> CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL. Documento CONPES 3250 de 2010. Líneas de acción para el fortalecimiento de la defensa legal de la nación y para la valoración de pasivos contingentes. Octubre 20 de 2010.

## 5. Evolución de la figura en los contratos de concesión vial

Producto de la liberalización de los servicios públicos introducida por la Constitución Política de 1991, el país inició un modelo de infraestructura vial basado en la figura de la concesión. Hasta ese momento, la infraestructura se regía por un modelo de financiación netamente estatal con las ineficiencias y limitaciones que esto conllevaba en muchos casos.

De esta manera, a partir del año 1992 se estructuraron los primeros contratos de concesión vial denominados “contratos de primera generación”, los cuales, por su incipiente origen, no estuvieron exentos de varias dificultades que implicaron grandes costos para la administración, tales como riesgos no previstos, retrasos de las obras y litigios judiciales entre otros. Estas concesiones, también llamadas concesiones con “ingreso garantizado”, se caracterizaron porque en la estructura del negocio jurídico se garantizaba ingreso mínimo sin tener en cuenta el número de vehículos que transitaran por la vía y que servía de apalancamiento para el diseño y construcción de las obras.

Respecto de los MASC, dichos negocios jurídicos de primera generación se limitaron a incluir en su regulación una cláusula compromisoria en virtud de la cual “[l]as diferencias que se susciten en relación con el contrato, serán sometidas a árbitros colombianos...”<sup>31</sup>, pese a que el artículo 68 de la Ley 80 de 1993 permitía a la administración acudir a la amigable composición. Esta falta de uso de la figura implicó que las controversias contractuales que se suscitaron en ejecución de los contratos pertenecientes a esta generación debieron solucionarse únicamente por la vía del arbitraje.

Posteriormente, con la segunda generación de concesiones viales<sup>32</sup> se tuvo como objetivo desarrollar proyectos de infraestructura más complejos y se intentó solventar los problemas de los primeros contratos a través del concepto de “ingreso esperado”, mediante el cual el contratista hacía una estimación inicial de la inversión que debía realizar para los estudios y diseños de las obras y se pactaba un plazo que permitiera el retorno de dicha inversión. En este modelo de ingreso esperado, se modificó sustancialmente la regulación de solución de controversias contractuales, pero sin incluir dentro de sus mecanismos la

<sup>31</sup> CONTRATO DE CONCESIÓN 664 DE 1994, para realizar los estudios y diseños definitivos, las obras de rehabilitación y de construcción, la operación y el mantenimiento del proyecto vial denominado “Desarrollo Vial para el Norte de Bogotá” en el departamento de Cundinamarca. Cláusula Cuadragésima Segunda, p. 36. Se puede consultar en: [http://www.ani.gov.co/sites/default/files/cto\\_concesion\\_664\\_de\\_1994.pdf](http://www.ani.gov.co/sites/default/files/cto_concesion_664_de_1994.pdf)

<sup>32</sup> De esta generación solo hace parte el proyecto vial denominado “Malla vial del Valle del Cauca y Cauca” que dio inicio en el año 1999.

amigable composición como alternativa procedimental. Así en la cláusula 62 del Contrato de Concesión 005 de 1999 se pactó que: i) las divergencias que se suscitaran relacionadas con aspectos técnicos de ingeniería, sería resuelta a través de un árbitro técnico<sup>33</sup> a través del procedimiento establecido en el contrato; ii) cualquier controversia que no pudiera ser resuelta técnicamente, sería dirimida por un Tribunal de arbitramento de acuerdo con las reglas establecidas en la propia cláusula<sup>34</sup>. Vale la pena precisar, que para el momento de suscripción de este contrato ya se encontraba vigente el artículo 130 de la Ley 446 de 1998, el cual limitó la figura de la amigable composición a los particulares de acuerdo con la postura de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

Por su parte, los contratos de concesión que hicieron parte de la tercera generación mantuvieron el modelo “ingreso esperado” pero se centró en la distribución de riesgos del contrato entre las partes intervinientes. Asimismo, incluyeron una regulación similar al contrato de 2G en cuanto a la solución de conflictos entre las partes, pero avanzó en la medida que incluyó la amigable composición como mecanismo para solventar controversias contractuales, aunque con una redacción poco afortunada. Por ejemplo, el contrato de concesión No. 046 de 2004, en su sección 65.1 señaló que “(...) *cualquier diferencia relacionada con la ejecución de este Contrato, asociada a aspectos técnicos de ingeniería, o a aspectos económicos, financieros y/o contables, o aspectos jurídicos y – en cualquier caso- cuando lo prevea de manera expresa este Contrato-, será resuelta a través del mecanismo de peritazgo, de acuerdo con los procedimientos establecidos en la Ley 446 de 1998, las normas que los reemplacen, modifiquen o adicionen, por la Firma Asesora Financiera, la Firma Asesora de Ingeniería o el Asesor Jurídico, según corresponda a la naturaleza del conflicto*”; estas firmas “*no tendrán competencia para modificar las cláusulas del Contrato, aunque sí para interpretarlas de ser necesario...*”<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> En el arbitraje técnico se profiere el laudo con base en los conocimientos especiales que tienen los árbitros y no con base en las normas sustanciales y procesales. Difiere de la amigable composición en que el laudo hace las veces de sentencia, haciendo tránsito a cosa juzgada y sin que le sean predicables los efectos de la transacción.

<sup>34</sup> CONTRATO DE CONCESIÓN No. 005 de 1999, para la construcción, rehabilitación, operación y mantenimiento de la Malla Vial del Valle del Cauca y Cauca, pp. 101 y ss. Se puede consultar en: [http://www.ani.gov.co/sites/default/files/hiring/29100/2577//contrato\\_de\\_concesion\\_005\\_de\\_29\\_enero\\_1999.pdf](http://www.ani.gov.co/sites/default/files/hiring/29100/2577//contrato_de_concesion_005_de_29_enero_1999.pdf)

<sup>35</sup> CONTRATO DE CONCESIÓN No. GG-046 DE 2004, para la elaboración de los estudios y diseños definitivos, la gestión predial, las obras de construcción, el mejoramiento y rehabilitación, la operación, el mantenimiento, la financiación, la prestación de servicios y el uso de los bienes cedidos al INCO, dados en concesión, para la cabal ejecución del proyecto vial “PEREIRA – LA VICTORIA”, pp. 177 y ss. El documento puede ser consultado en: [http://www.ani.gov.co/sites/default/files/contrato\\_046\\_concesionaria\\_de\\_occidente\\_2.pdf](http://www.ani.gov.co/sites/default/files/contrato_046_concesionaria_de_occidente_2.pdf)

Se considera desafortunada la redacción, toda vez que la normativa no consagra el “peritazgo” como un MASC. Sin embargo, por las características de la figura que se regula, se entiende que la cláusula consagra la amigable composición, hecho que se confirma en la sección 65.2 al señalar que “[e]l *procedimiento de la amigable composición se regirá por las siguientes reglas...*” (se subraya).

Por otra parte, el contrato determina que cualquier divergencia que no sea posible dirimir a través de los otros mecanismos de solución, será resuelta por un Tribunal de arbitramento y que las discrepancias “*sobre si un determinado asunto deba ser sometido a amigable composición por las Firmas Asesoras de Ingeniería o Financiera o por el Asesor Jurídico, o a Tribunal de Arbitramento, será el INCO quien decidirá el punto*” (sección 65.7).

Finalmente, la cuarta generación de concesiones viales ha intentado recoger la larga experiencia en los modelos de concesión con el fin de solucionar los inconvenientes presentados durante la ejecución de los proyectos. Con este objetivo, se expidió la Ley 1508 de 2012, mediante la cual se creó el marco de regulación de las Asociaciones Público Privadas que fueron explicados en el punto anterior.

Dentro de los nuevos modelos de contrato de concesión, se destina todo un capítulo a los MASC, dentro de los cuales se regula en detalle el mecanismo de la amigable composición. A manera de ejemplo, el contrato de concesión bajo el esquema de APP No. 01 de 2017<sup>36</sup>, establece en la sección 15.1 de la parte general que “[l]as partes acuerdan acudir a un panel de Amigables Compondores permanente para definir todas aquellas controversias que *expresamente se han señalado en el presente Contrato para conocimiento del Amigable Compondor*” (se subraya).

Vale la pena señalar que, por la forma en que fue concebida la figura contractualmente, las partes solo podrán acudir a la amigable composición para la solución de controversias cuando expresamente se haya establecido en el contrato, aunque el literal (b) de la sección 15.1 permite que se acuda a la amigable composición en cualquier otra controversia previo acuerdo entre las partes<sup>37</sup>. De igual forma, el contrato regula el procedimiento para la aplicación

<sup>36</sup> CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 01 DE 2017, para el otorgamiento de una concesión para que de conformidad con lo previsto en este Contrato, el Concesionario, por su cuenta y riesgo, lleve a cabo el Proyecto., pp. 210 y ss. Se puede consultar en: [http://www.ani.gov.co/sites/default/files/parte\\_general\\_contrato\\_no\\_001\\_de\\_2017.pdf](http://www.ani.gov.co/sites/default/files/parte_general_contrato_no_001_de_2017.pdf)

<sup>37</sup> En todo caso, al momento de la controversia las partes deberán evaluar la viabilidad y necesidad de acudir a este mecanismo o a otros expresamente pactados en el contrato o habilitados por la ley.

La amigable composición en la ejecución de proyectos de asociaciones público privadas

de la figura, definiendo en detalle i) la forma de escogencia y designación de los amigables componedores, ii) el mecanismo de remuneración a los mandatarios, iii) el procedimiento al que se deben ceñir los componedores para la solución del conflicto y por último iv) los alcances de la decisión. Sobre este último elemento, resaltan como características la irrevocabilidad de las decisiones, la unanimidad de las mismas, así como la aplicación del debido proceso a las actuaciones de los amigables componedores.

Como se observa, al igual que los modelos de estructuración de los contratos de concesión vial, la amigable composición ha tenido una evolución importante en las diferentes generaciones de proyectos carreteros. Así, dentro del avance de la figura tenemos que en los primeros negocios jurídicos de este tipo se carecía por completo de esta herramienta, hasta llegar a una regulación detallada de su aplicación, incluso definiendo los eventos específicos para los cuales opera.

## Conclusiones

De lo expuesto, se presentan como principales características de la amigable composición: i) su naturaleza **negocial** y no procesal que la define a su vez como un mecanismo de autocomposición; ii) es un **negocio jurídico complejo**, en el cual se presenta la coexistencia de tres figuras contractuales diferentes, como son: el acuerdo de voluntades sobre la amigable composición, el contrato de mandato entre las partes y los componedores y el contrato de transacción que pone fin a la controversia de las partes; iii) es un **mecanismo autocompositivo**, ya que las partes al interior del contrato resuelven el conflicto a través de un tercero mandatario; así, el arreglo se entiende realizado directamente por los mandantes de conformidad con lo establecido en el artículo 1505 del Código Civil, lo que la diferencia claramente del arbitramento; iv) la solución del amigable componedor produce efectos legales propios de la transacción, lo que implica que **la decisión produce el efecto de cosa juzgada en última instancia**, pero podrá atacarse su validez a través de la nulidad o la rescisión del acto jurídico, de conformidad con lo establecido en el artículo 2483 del Código Civil, y; v) la regla general en materia de amigable composición es que los componedores tomen su fallo en conciencia y solo se acudirá a las normas de derecho si las partes lo pactan expresamente.

Luego de diversas discusiones y planteamientos jurisprudenciales sobre la procedencia de la amigable composición en contratos estatales a partir de la expedición de la Ley 446 de 1998, la Ley 1563 de 2012 estableció la viabilidad de acudir a figuras como la Amigable Composición para que la administración pública aplique en su gestión mecanismos que le permitan obtener decisión pronta y vinculante sobre las controversias de las que hace parte.

De esta manera, a partir de lo dispuesto en el artículo 60 de la citada Ley, el amigable componedor se encuentra facultado en los contratos estatales para: i) precisar el alcance o forma de cumplimiento de las obligaciones derivadas de un negocio jurídico; ii) determinar la existencia o no de un incumplimiento contractual y; iii) decidir sobre conflictos de responsabilidad suscitados entre las partes, entre otras determinaciones.

Por otra parte, la administración ha evidenciado en las APP, un mecanismo de gestión eficaz para la prestación eficiente de los servicios públicos en diversos sectores (vías, puertos, aeropuertos, etc.) y en la financiación de las grandes obras de infraestructura. De esta manera, el legislador mediante la Ley 1508 de 2012 definió las APP<sup>38</sup> como mecanismo a través del cual se busca vincular recursos del sector privado en la provisión de bienes y servicios públicos, mediante la celebración de un negocio jurídico que tiene como objetivo la distribución de riesgos entre las partes y la definición de la retribución de acuerdo al nivel de servicio de la infraestructura o servicio.

Tal como se manifestó en el CONPES 3250 de 2010, el no uso de los MASC por parte de las entidades estatales afecta de manera directa el patrimonio público, por lo que una de las principales necesidades que se asocian a la implementación y ejecución de las APP es la referida a la solución de una manera rápida, eficaz, eficiente, de las controversias suscitadas entre las Partes, lo que a su vez impacta en la correcta prestación del servicio público.

Dentro de la evolución en los contratos de concesión, se analizó como en la primera generación de concesiones viales la amigable composición estuvo no fue incluida como alternativa para la solución de controversias contractuales, pues dichos negocios jurídicos solo contemplaron la cláusula compromisoria lo que implicó que las controversias contractuales que han surgido en esta primera ola de contratos deben solucionarse únicamente por la vía del arbitraje. En la segunda generación de concesiones viales se modificó la regulación de los MASC, pero sin incluir la amigable composición como alternativa procedimental, aunque para el momento de suscripción de este contrato ya se encontraba vigente el artículo 130 de la Ley 446 de 1998. En los contratos de concesión que hicieron parte de la tercera generación la regulación de los MASC avanzó al incluir la amigable composición como figura para solventar controversias contractuales, pero con una regulación genérica. Finalmente, en los nuevos modelos contractuales de cuarta generación se estructuraron las cláusulas de arreglo directo de manera más eficiente, incluyendo entre ellas de manera mucho más detallada la amigable composición.

---

<sup>38</sup> Dentro de las cuales se encuentran los contratos de concesión suscritos bajo lo regulado en el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

La amigable composición en la ejecución de proyectos de asociaciones público privadas

## **Bibliografía**

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE - CEPAL. Asociaciones Público Privadas como Instrumento para Fortalecer los Objetivos del Proyecto Mesoamérica. 2017.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 6 de febrero de 1998. Consejero ponente: DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ. Radicación número: 11477.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 16 de marzo de 2000. Consejero Ponente: LUIS CAMILO OSORIO ISAZA. Radicación número: 1246.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 13 de agosto de 2009. Consejero ponente: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO. Radicación número: 11001-03-06-000-2009-00033-00(1952).

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 15 de abril de 2015. Consejero ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN (E). Radicación número: 11001-03-26-000-2010-00004-00(38053).

CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL. Documento CONPES 3250 de 2003. Líneas de acción para el fortalecimiento de la defensa legal de la nación y para la valoración de pasivos contingentes. Octubre 20 de 2003.

CONTRATO DE CONCESIÓN 664 DE 1994, para realizar los estudios y diseños definitivos, las obras de rehabilitación y de construcción, la operación y el mantenimiento del proyecto vial denominado “Desarrollo Vial para el Norte de Bogotá” en el departamento de Cundinamarca. Cláusula Cuadragésima Segunda.

CONTRATO DE CONCESIÓN No. 005 de 1999, para la construcción, rehabilitación, operación y mantenimiento de la Malla Vial del Valle del Cauca y Cauca.

CONTRATO DE CONCESIÓN No. GG-046 DE 2004, para la elaboración de los estudios y diseños definitivos, la gestión predial, las obras de construcción, el mejoramiento y rehabilitación, la operación, el mantenimiento, la financiación, la prestación de servicios y el uso de los bienes cedidos al INCO, dados en concesión, para la cabal ejecución del proyecto vial “PEREIRA – LA VICTORIA”.

CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 01 DE 2017, para el otorgamiento de una concesión para que de conformidad con lo previsto en este Contrato, el Concesionario, por su cuenta y riesgo, lleve a cabo el Proyecto.



Camilo Andrés Chinchilla Rozo y José Román Pacheco Gallego

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-091 de 2000. MP. Álvaro Tafur Galvis.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-017 de 2005. MP. Rodrigo Escobar Gil.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-300 de 2012. MP. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

FRANCISCO TERNERA BARRIOS. Amigable composición: contrato para solucionar conflictos. Universidad de los Andes. Revista de Derecho Privado 38, junio, 2007.