

***MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LA
CONTRATACIÓN DERIVADA DE CONTRATOS FINANCIADOS CON
RECURSOS DEL BANCO MUNDIAL***

*Presentado por:
Elizabeth Caicedo Bello*

*Dirigido por:
Dra. Tatiana Oñate Acosta*

*Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario
Maestría en Derecho Administrativo
Bogotá, Junio de 2015*

Contenido

i. Introducción	3
a) Planteamiento del problema	5
b) Objetivo general	5
c) Objetivos específicos.....	5
d) Metodología	6
ii. De los contratos en general.	6
iii. Del Contrato Estatal	13
iv. La ley 1150 de 2007	21
v. El Decreto 1510 de 2013	26
vi. Origen de la regla de contratación aplicable a los contratos financiados con fondos de organismos multilaterales.	29
vii. Cláusulas de solución de controversias en contratos del Estado financiados por el Banco Mundial.	37
viii. Problemas en la aplicación de la cláusula de controversias en contratos financiados por el Banco Mundial.	44
a) Normas de contratación Banco Mundial, año 2008.....	45
b) Normas de contratación Banco Mundial armonizadas por la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– marzo de 2013.....	53
ix. Posibles soluciones a los problemas de las cláusulas de solución de controversias del Banco Mundial	59
a) El reconocimiento de mediación como figura autónoma.....	59
b) La mediación como conciliación (amigable composición).....	63
b.b.) <i>La jurisprudencia y la amigable composición.</i>	70
x. Conclusiones	74
xi. Bibliografía	76

i. Introducción

En este estudio se aborda la noción de contrato como una institución jurídica en la que confluyen variables sociales, políticas y económicas propias de la evolución del derecho que determinan su estructura y contenido, y de cuya influencia no escapa nuestro sistema de contratación estatal de cara a la dinámica de fenómenos internacionales como la globalización, que inciden en la forma en que se conciben las relaciones contractuales y jurídicas por parte del Estado.

En la actualidad la necesidad de recursos para el desarrollo del país ha conducido a la generación de diversos escenarios de contratación en donde se pone en evidencia que el nuevo centro de influencia en materia de contratación pública gira en torno al factor económico –como aspecto determinante en la conformación de las reglas y, en particular, de la ley aplicable a los contratos estatales– pues cuando los contratos públicos son financiados con recursos provenientes de organismos extranjeros a éstos corresponde fijar la ley del contrato, tal como lo tiene previsto nuestro sistema legal.

De manera específica nos proponemos analizar la cláusula de solución de controversias contractuales dispuesta por el Banco Mundial bajo la cual dicho organismo impone el agotamiento de ciertos mecanismos de arreglo de disputas, que son considerados más ágiles en la resolución de diferencias para el logro de soluciones también más eficientes en tiempo y recursos frente a los instrumentos nacionales; sin embargo estos mecanismos no han tenido un desarrollo y entendimiento pacífico al aplicarse en Colombia, debido a que la forma o denominación bajo la que están concebidos no guarda, en principio, similitud con una figura en nuestro sistema a partir de la cual se puedan derivar los efectos atribuidos a tales etapas de arreglo en esta clase de contratos, situación que es de la mayor relevancia si se considera que a través de estas cláusulas se regula, ni más ni menos, la forma de activar los mecanismos de composición y de acceso a la justicia.

Para abordar esta temática, hemos partido de una revisión general del instituto del contrato, siguiendo con el desarrollo propio en materia de contratación estatal, para llegar al análisis legal y jurisprudencial del artículo 13 de la ley 80 de 1993 y su evolución normativa en lo relacionado con el régimen aplicable a los contratos financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito, la obligatoriedad de sus reglamentos en los contratos estatales colombianos y la manera en que es posible que las cláusulas de solución de controversias previstas por el Banco Mundial tengan efecto útil en la solución de los conflictos.

En particular abordamos las últimas versiones de las denominadas “normas de contratación” del Banco Mundial, a las que deben adherirse los países que decidan financiar sus proyectos con recursos de este organismo, normas bajo las cuales se dispuso que ante un conflicto contractual sería un *conciliador* (versión 2008) o un *mediador* (versión 2013) quien debía “tomar una decisión” que resolviera la controversia con fuerza vinculante para las partes en caso de que éstas no acudieran a un tribunal de arbitramento para controvertirla, y, en el evento que alguna de las mismas manifestara su inconformidad debía convocar un tribunal de arbitramento que se constituiría para efectos de tomar una decisión final.

En esta reflexión abordamos el papel del “conciliador” según las facultades que le atribuyen las normas del Banco Mundial y su distinción respecto al concepto legal que prevé el ordenamiento jurídico nacional, puesto que en Colombia el conciliador no toma decisiones –como sí lo tiene previsto el reglamento del Banco Mundial en cabeza del conciliador o mediador– y en consecuencia no es clara la forma de acudir a esta figura para hacer producir efectos a esta cláusula, de cara a su agotamiento previo para proceder a convocar un tribunal de arbitramento, y cuando la materia arbitrable es la “decisión de un conciliador”.

En esta línea de pensamiento, el reto que se impone, es analizar si la figura del conciliador o del mediador es eficaz ante las controversias en contratos financiados por el Banco Mundial, pues la conciliación, procedimiento, funciones y competencias se encuentran reguladas por nuestro ordenamiento legal de manera disímil a la impuesta por las normas de contratación de tal organismo; así mismo, es un desafío dilucidar si la modificación hacia la figura del mediador (versión 2013) produjo algún cambio de cara a la eficacia de la cláusula de solución de conflictos y su marco de aplicación en la normatividad nacional, cuando la figura del mediador no tiene registro legal en nuestro sistema, por lo que su estudio se apoya en la jurisprudencia nacional y en matices referidos a referentes del derecho anglosajón para su entendimiento y proposición de alternativas.

a) Planteamiento del problema

El presente trabajo pretende reflexionar en torno al siguiente problema jurídico: ¿Son efectivas, en nuestro ordenamiento jurídico, las cláusulas de solución de controversias pactadas en contratos suscritos por entidades estatales financiados por el Banco Mundial?

b) Objetivo general

Determinar en el ámbito de Derecho colombiano cuál es el alcance y fórmula legal de aplicación de las cláusulas de solución de controversias en contratos del estado financiados por el Banco Mundial.

c) Objetivos específicos

1. Establecer el origen de la regla de contratación aplicable a los contratos financiados con fondos de organismos multilaterales de crédito.

2. Analizar los problemas prácticos de la aplicación de la cláusula de solución de controversias en contratos suscritos por entidades estatales financiados por el Banco Mundial.
3. Determinar las posibles soluciones a los problemas de efectividad de las cláusulas de solución de controversias del Banco Mundial.

d) Metodología

El desarrollo de este artículo se ha elaborado a partir del método hermenéutico. Así mismo, este estudio se corresponde con una valoración de tipo analítico descriptiva.

ii. De los contratos en general.

El Derecho como instrumento regulador de la conducta humana responde a la permanente evolución de diversos factores sociales, políticos y económicos¹ propios de cada una de las sociedades y épocas en que se desarrollan las relaciones humanas². Esta dinámica ha sido génesis de innumerables corrientes que, precisamente, han buscado explicar esta ciencia social a partir de distintos fenómenos y construcciones axiológicas³.

Una de las más importantes instituciones en la que confluyen elementos económicos, sociales y políticos, y pone en evidencia el momento histórico de una sociedad, es *el contrato*, pues se trata del instrumento en

¹ El contrato como instrumento para la realización de actividades económicas. Cfr. LORENZETTI, RICARDO LUIS, Tratado de los contratos, Tomo I, Segunda Edición, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2007, pág. 17.

²En este sentido, BONNECASE señala que: “El derecho es el conjunto de reglas de conducta exterior que, consagradas o no expresamente por la ley en el sentido genérico del término, aseguran efectivamente en un medio y época dados, la realización de la armonía social, fundado, por una parte, en las aspiraciones colectivas o individuales, y, por otra, en una concepción aunque sea poco precisa, de la noción de derecho”. *El Concepto de Derecho*, disponible sobre el sitio <http://domiarmo.iespana.es/index-193.htm>

³Corrientes como el *ius naturalismo*, *positivismo*, *realismo jurídico*, y *sociologismo jurídico*, entre otros, han presentado formulaciones en torno a lo que puede definirse como la ciencia del derecho.

el que convergen las voluntades de los individuos⁴ como autoreguladores de sus propias relaciones,⁵ donde los sujetos –según el momento histórico, las costumbres, influencias religiosas, comerciales, entre otras variables⁶– definen, con mayor o menor alcance, el contenido de sus compromisos y responsabilidades, al punto de haber quedado inscrito el contrato como una de las fuentes de las obligaciones dentro de nuestro sistema legal, con efectos vinculantes equiparables a los de la ley⁷.

Nuestro ordenamiento civil, en el artículo 1495, identifica el contrato y la convención. Al respecto, define al primero como un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa; sin embargo, pueden también existir contratos que no sólo se ocupen de estas tres clases de prestaciones, tal como lo registra el artículo 864 del Código de Comercio que define al contrato como el acuerdo entre dos o más partes para construir, regular o extinguir entre ellas una relación patrimonial.

De estas definiciones observamos el cambiante panorama normativo del contrato, el cual se ha extendido del alcance vinculado únicamente al nacimiento de obligaciones hasta llegar a ser entendido como toda

⁴ En tal sentido, *“la voluntad de los contratantes está lejos de ser un elemento secundario del contrato”*. LARROUMET, CHRISTIAN, Teoría general del contrato, Volumen I, Editorial Temis, Bogotá, 1993, pág. 84.

⁵En este sentido los contratos contienen la *“autonomía normativa”* definida *“como el poder atribuido a entes no soberanos para expedir normas jurídicas equiparadas a las normas del ente soberano”*. BETTI, EMILIO, *“Teoría General del Negocio Jurídico”* trad. A cargo de A. MARTÍN, PEREZ, Madrid 1959, pág. 47.

⁶ Entendiendo el contrato desde un doble enfoque social y económico, véase, SOTO, CARLOS ALBERTO, *La transformación del contrato: del contrato negociado al contrato predispuesto*. En: *Contratación contemporánea, Teoría general y principios*, Editoriales Palestra y Temis, Lima y Bogotá, 2000, págs. 399-402.

⁷ Artículo 1494 del Código Civil. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en relación con la orientación clásica de las fuentes de las obligaciones que consagra este artículo, ha señalado que *“aquellas (...) nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia (...)”*; mientras que *pregoneros de corrientes contemporáneas mencionan únicamente el negocio jurídico y el hecho ilícito*”. Sentencia del 27 de julio de 2011, Exp.2007-01956-00, M.P. RUTH MARINA DIAZ RUEDA.

regulación jurídica acordada por las partes dentro de los límites que la ley imponga, evolución cuya cosecha trae consigo una inminente revelación del tráfico jurídico de la época y de la expansión social y comercial del momento más allá de las fronteras⁸, pues en los contratos se exhibe el registro de las relaciones y de la regulación de las diversas instituciones.

Se resalta al respecto, como desde el Derecho romano los límites fronterizos no podían considerarse a su vez límites del desarrollo comercial y jurídico de los sujetos involucrados en la contratación, la simétrica evolución de los contratos y del derecho estuvo presente en función de los sujetos intervinientes, –ciudadanos romanos y extranjeros– que distinguió entre el *ius civile* y el *ius gentium*⁹, evidenciando la existencia de obligaciones recíprocas, nota característica de este instituto¹⁰. Esto último es clara evidencia de que la expansión a nivel comercial más allá de las fronteras requería una respuesta desde el ordenamiento jurídico de la época que regulara las relaciones entre romanos y extranjeros, tarea que fue refinada por la labor de los pretores¹¹ y que fue expresada a través de formas contractuales en las que se registraba esa apertura comercial de turno, apertura que ha sido nota distintiva en la evolución de las instituciones contractuales para regular las relaciones económicas entre nacionales y extranjeros, particulares y Estado como sujetos de la contratación.

⁸ “El jurista de hace un siglo podía permanecer encerrado en el recinto de las leyes patrias (...) hoy en día si quiere entender lo que a su alrededor acontece, en su propia casa, debe salir a la calle y mirar más allá de las fronteras y más allá de los continentes ...” P. CLAMANDREI.

⁹En este punto ver GONZÁLEZ DE CANCINO, EMILSE “Manual de Derecho Romano”, Universidad Externado de Colombia Bogotá, 1996.

¹⁰ Vid. LÓPEZ SANTA, MARÍA JORGE, Los contratos, Parte General, Quinta Edición, Editorial Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2010, pág. 18.

¹¹“(E)l formalismo del derecho romano se apoyaba en la protección de las relaciones y contratos socialmente útiles y la evolución del derecho pretoriano fue paralela a la evolución de las relaciones económicas y sociales” BENAVIDES, JOSÉ LUIS, “El Contrato Estatal, entre lo público y lo privado”, Universidad Externado de Colombia, 2ª Edición, Bogotá, p. 74

Como reflejo de los hechos sociales, los contratos no pueden ser considerados como *“naciones universales e intemporales que hayan sido establecidos para todas las sociedades de forma inamovible y absoluta, sino todo lo contrario: los significados de “contrato” y las relaciones entre las distintas categorías jurídicas contractuales varían enormemente de una sociedad a otra y de un momento histórico a otro”*¹².

Lo que sí se ha establecido con vocación de permanencia en la estructura de los contratos en nuestro sistema, es que éstos deben cumplir con requisitos para su validez y, en este sentido, la capacidad de los sujetos, el consentimiento libre de vicios, el objeto lícito, la causa lícita y las formalidades legales¹³, son los segmentos a partir de los cuales es posible que la manifestación de voluntad trascienda al mundo jurídico¹⁴.

Esta breve enunciación nos lleva a señalar que el contrato debe contener condiciones de validez y eficacia para ser fuente de obligaciones, y esta validez emerge de las manifestaciones o cláusulas que componen los acuerdos de voluntades; de esta forma, la construcción de un cuerpo contractual específico deberá estar en armonía con el ordenamiento jurídico que lo precede, so pena que, de no estarlo, se genere la sanción de nulidad de la cláusula viciada o incluso del contrato mismo.

¹² Sobre este aspecto ver: Hacia una Ciencia realista del Derecho. Edit. Abeledo –Perrot. Trad. Julio Barbosa, Buenos Aires, 1997. P. 193 a 326 citado por MANTILLA ESPINOSA, FABRICIO Y TERNERA BARRIOS, FRANCISCO en: *“Los contratos de Derecho Privado. El Derecho de los Contratos: entre lo general y lo especial”* Universidad del Rosario, Editorial Legis, 2008, p. xix.

¹³ Si bien, tradicionalmente, se enumeran como cuatro los requisitos esenciales para la validez de un contrato, *“por tener como fin las reglas de la capacidad la protección del consentimiento, los requisitos de los contratos se reducen a tres: el consentimiento, el objeto y la causa”*. MAZEUD, HENRY et al., Lecciones de Derecho Civil, Parte Segunda, Volumen I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1969, pág. 127.

¹⁴ Respecto de la autonomía de la voluntad, como cimiento del enfoque tradicional de la contratación, *“El principio de la autonomía de la voluntad es una doctrina de filosofía jurídica, según la cual toda obligación reposa esencialmente sobre la voluntad de las partes. Esta es, a la vez, fuente y la medida de los derechos y las obligaciones que el contrato produce. (...) Decir que la voluntad es autónoma significa que ella es libre para crear los derechos y obligaciones que le plazcan. La voluntad se basa a sí misma.”* Véase, LÓPEZ SANTA MARÍA, JORGE, Los contratos, Parte General, Quinta Edición, Editorial Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2010, pág. 191.

Respecto de la contratación del Estado¹⁵, pero en particular en relación con la contratación estatal derivada –entendida como la que es financiada con fondos de los organismos multilaterales de crédito– los acuerdos de voluntades deben, de una parte, sustentarse en los requisitos de validez de los actos jurídicos considerando las especiales connotaciones que los mismos asumen en el escenario estatal (v. gr. capacidad sustituida por el concepto de competencia) pero estructurados enteramente en el instituto del “contrato” bajo las disposiciones del derecho civil y comercial generales.

De otra parte, estos acuerdos resaltan que es la operación económica el nuevo centro de los contratos como motor de cambio de las típicas formas contractuales del Estado hacia un creciente desarrollo económico a nivel global. En estos términos, la visión netamente jurídica del contrato entró a considerar científicamente la influencia de otras disciplinas, en particular, de las ciencias económicas¹⁶ a partir de las cuales se puede concluir en la actualidad, que los contratos son estructuras jurídicas que registran hechos económicos.

La línea de reflexión que ha acercado el derecho y la economía fue objeto de análisis por ambas ciencias, criticando la teoría económica clásica (ortodoxa) que centraba únicamente su atención en términos de “oferta y demanda” y “precios y producción” como postulados que aunque se consideraban adecuados para responder a las necesidades del paradigma de asignación de recursos, no eran adecuados para resolver las

¹⁵Es importante aclarar que “Se debe distinguir entre ‘contrato de Estado *strictu sensu*’, esto es el concluido entre un Estado soberano y una sociedad de derecho privado extranjera y ‘contrato de Estado en sentido amplio’ que es el concluido entre una emanación del Estado y una sociedad de derecho privado extranjera”. OÑATE ACOSTA, TATIANA, “Los contratos de Estado y los acuerdos Internacionales de Inversión”, en “Los contratos de Derecho Privado”, Universidad del Rosario, Editorial Legis, 2008, p. 857 citando a MAYER, PIERRE “La neutralisation du pouvoir normatif de l’État en matière de contrats d’État” In: *Journal de Droit International*

¹⁶ “La economía es la ciencia que estudia el comportamiento humano como una relación entre fines y medios escasos que tienen usos alternativos” (Lionel Robbins 1932 p. 16), o como recientemente actualizado por Reder (1999 p. 43), es la ciencia que negocia con la “Asignación de recursos escasos entre usos alternativos para la maximización de las satisfacciones” en “*The lens of contract: private ordering.*”, Williamson, Oliver E., *American Economic Review* (2002), Pág. 438.

diferencias contractuales particulares en aspectos de incentivos, control y solución de conflictos, surgiendo entonces como relevante el análisis de los mecanismos de gobierno de las relaciones al interior de los contratos¹⁷ y su interrelación con los costos económicos de transacción.

Pero el análisis acerca del régimen de los contratos a nivel global y sus mecanismos de gobierno, pasó por los filtros de las teorías del realismo jurídico y económico, en contraste con el formalismo jurídico, donde, en el primer caso, se consideraban aspectos relevantes de otras disciplinas como la sociología, la antropología y la historia y en cuyo marco se podía revisar la labor del legislador al crear las normas contractuales a partir de elementos prácticos y de comprobación¹⁸ mientras las segundas postulaban que toda ley debía reducirse a un conjunto de normas y principios bien categorizados partiendo del ideal abstracto, lo que hacía a ambas formulaciones incompletas y por ello fallidas, seguidas de las teorías neoclásicas¹⁹ y de los contratos relacionales²⁰ que trataron de remediar los problemas de las dos primeras.

¹⁷ "The lens of contract: private ordering.", Williamson, Oliver E., American Economic Review (2002), Pág. 440.

¹⁸ En materia de Política Pública, ambos, Realismo e instituciones legales de economía eran enormemente influyentes, especialmente durante la Gran Depresión, cuando las necesidades de reformar la política pública de manera oportuna eran especialmente apremiantes. Inicialmente, en el estado de Wisconsin y más tarde en Washington, DC, los Comunes, sus colegas y estudiantes jugaron un papel importante en la conformación de la denominada utilidad pública, la regulación del ferrocarril, en la legislación laboral, la seguridad social, y, más en general, en las políticas públicas hacia los negocios. De hecho, los realistas legales eran aún más activos en su servicio al gobierno durante el New Deal. Incluso el Código Uniforme de Comercio, fue hecho a mano por los realistas (Fisher, Horwitz, y Reed, 1993, p xiv.) Tomado de WILLIAMSON OLIVER E. *Revisiting Legal Realism: The Law, Economics, and Organization Perspective*, Industrial and Corporate Change 5.2 (1996), Pág. 392.

¹⁹ El derecho contractual neoclásico aplicará a los contratos en los cuales las partes mantienen la autonomía pero son bilateralmente dependientes respecto de ciertos asuntos que pueden ser cambiantes, esto facilita una mejor continuidad de contratos a largo plazo y complejos, y promueve la adaptación eficiente del contrato a las realidades. En WILLIAMSON OLIVER E., *Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives*. Administrative Science Quarterly, Vol. 36, No. 2 (Jun., 1991), p. 271.

²⁰ La "duración y la complejidad" del contrato se ha traducido en el desplazamiento de los procesos de ajuste, incluso neoclásicos por procesos de ajuste de una mayor profundidad de transacciones específicas en marcha a manera de una administración, que es lo que se denomina "*relational contracts*", los cuales en contraste con el sistema neoclásico -donde el punto de referencia para efectuar adaptaciones sigue siendo el acuerdo original, el punto de referencia bajo un enfoque verdaderamente

A partir de la premisa que consideró “la transacción” como aspecto central del contrato, se inició una teorización relativa a la definición de los costos económicos de las transacciones contractuales y las formas en que la organización económica y política debía o podía interferir, lo que llevó a considerar el análisis de la “organización” como un “enfoque económico” que se alimenta de la ley y de la institucionalidad, y éstas a su vez se informan de aquel, a manera de tres partes interdependientes – en sus siglas LEO: ley, economía y organización–²¹ que conducen a definir el régimen del contrato y sus esquemas de gobierno.

De esta forma la teoría de “LEO” propuso que las instituciones pasaran de ser analizadas únicamente por su importancia, para hacerlas susceptibles de análisis económicos que es el proyecto asociado a la Nueva Economía Institucional, en donde *“las instituciones son claramente donde está la acción de la investigación económica y, donde la puesta en funcionamiento de una nueva economía institucional es el reto”*²²

Ya sea que se materialice o no, la teoría de la organización ha renovado los análisis del derecho, la economía y los aspectos organizativos, y a nuestro juicio, trajo consigo una renovación en la última década del siglo XX respecto de la forma de acompañar las exigencias económicas globales, los intereses de las partes y el papel de las instituciones en la política pública relativa a los contratos.

Colombia, precisamente en el intento de situar a la contratación del Estado colombiano a tono con las exigencias económicas mundiales, impulsó en la década de los años 90 proyectos tendentes a la modernización del Estado bajo un modelo liberal de comercio, que a su turno tendría que verse reflejado en los postulados de la Carta Política de

relacional es la “relación entera como se ha desarrollado... a través del tiempo” WILLIAMSON OLIVER E. (1979) *Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations*. Journal of law and economics. Pág. 238

²¹ WILLIAMSON OLIVER E. *Revisiting Legal Realism: The Law, Economics, and Organization Perspective*, Pág. 385 y 386.

²² *Ibidem*. Pág. 388.

1991²³ y, finalmente, en el Estatuto General de Contratación Estatal expedido en 1993.

Bajo este lineamiento, el mencionado estatuto reforzó el principio de la autonomía de la voluntad²⁴ como eje fundamental en la contratación pública y núcleo de una mayor dinámica en las formas y contenidos contractuales, buscando abrir las posibilidades del Estado en el cumplimiento de sus fines, al punto que señaló como regla general la aplicación de las normas civiles y comerciales a los contratos estatales²⁵, y además dispuso la existencia de ciertos tipos de contratos no sometidos al estatuto de contratación, sino regidos por reglamentos y disposiciones de organismos multilaterales de crédito y de ayuda, asistencia y cooperación, en función de la necesidad de recursos requeridos para el desarrollo del país, generando una regla diferente para este tipo de contratación.

Justamente, en torno a los reglamentos o acuerdos generados con organismos multilaterales de crédito, como lo es el Banco Mundial, se habla de una “ley del contrato” que no es la ley nacional ni la de otro Estado, sino la que señale el organismo de crédito facilitador de los recursos, bajo la cual es posible regular todos los aspectos atinentes al contrato.

iii. Del Contrato Estatal

²³“Artículo 226. El Estado promoverá la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional.”

“Artículo 227. El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales, inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones (...)”.

²⁴ En lo que respecta a la Administración, no hay una verdadera autonomía de la voluntad. Cfr. BERMÚDEZ SÁNCHEZ, JAVIER, Tratado de Contratos, Tomo I, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 469.

²⁵ Al respecto señala el doctrinante DÍEZ. MANUEL MARÍA, Derecho Administrativo, Tomo II. Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L., Buenos Aires, 1965, pág. 458 al citar al profesor español Entrena Cuesta que “como la clasificación forma parte de la teoría general de los contratos es posible aplicarla al campo de los contratos administrativos”.

“Los países que mejor logren transformar las instituciones públicas tendrán las mejores condiciones para lograr su desarrollo”
CROIZER

El constituyente, convencido de que el contrato²⁶ es uno de los más importantes vehículos con el que se logra trascender hacia las vías del desarrollo, incorporó entre las funciones del Congreso, al tenor del artículo 150, aquella referida a expedir el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Esta colosal función, que resultó incluida al final del citado artículo, condujo a la expedición en 1993 del estatuto de contratación estatal²⁷, a través del cual se establecen los sujetos, principios²⁸, las formas de contratación, entre otros aspectos y, muy especialmente, la normatividad aplicable a los contratos que celebren las entidades destinatarias de estas normas –sin perjuicio de las disposiciones especiales y de los tratados internacionales incorporados al derecho interno–.

De acuerdo con los postulados que orientan la ley 80 de 1993 y conforme a su proyección de eficiencia y utilidad para el logro de las finalidades públicas²⁹, las entidades³⁰ que celebren contratos estatales³¹ deben

²⁶ Entendido el contrato estatal como el negocio jurídico fuente de obligaciones para la administración pública. Cfr. GÓMEZ DE MERCADO, FRANCISCO, Manual de contratación y responsabilidad de la Administración, Editorial Comares, Granada, 2004, pág. 14.

²⁷ *“La contratación estatal que no es un concepto estático sino dinámico, que se refiere a aquellas actuaciones que van desde la formación de la voluntad de la administración hasta la ejecución y cumplimiento del contrato”*. CASTRO CUENCA, CARLOS *et al.*, La contratación estatal: teoría general, perspectiva comparada y regulación internacional, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, págs. 87 y 88.

²⁸ En tratándose de la contratación estatal, resulta de vital importancia el principio de economía, mediante “el cual se busca que todas las actuaciones en la actividad contractual se hagan con celeridad y eficacia”. Vid. PALACIO HINCAPIE, JUAN ÁNGEL, La contratación de las entidades estatales, Librería Jurídica Sánchez, Medellín, 2010, pág. 61. En el mismo sentido, BORJA DÁVILA, RAMIRO, Estudios jurídicos sobre contratación estatal, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2009, pág. 161.

²⁹“(…) las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”. Artículo 3 ley 80 de 1993.

³⁰El Artículo 2 de la ley establece que sólo para los efectos de esta ley “Se denominan entidades estatales:

a)La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los

adecuarse a las exigencias tecnológicas y financieras que le permitan hacer de sus contratos estructuras eficientes en la satisfacción de las necesidades sociales y en la modernización de las figuras que contienen, pues son los contratos los instrumentos adecuados hacia la materialización de tales propósitos, haciendo necesario retomar las bases de las instituciones mediante la introducción del régimen civil y comercial como norma general aplicable a la contratación estatal, lo que en principio debía permitir a la gestión contractual administrativa convertirse en *“una solución alternativa de la gestión pública frente a dos extremos: la privatización y la gestión directa”*³² y abandonar la tendencia de situar a la autonomía de la voluntad –que permite la gestión contractual y la adaptación de las instituciones a los nuevos desafíos– como un elemento excluyente y exclusivo del derecho privado, cuando claramente es parte de la noción misma de contrato.

Por supuesto, esta inclusión fue consagrada por la ley 80 de 1993, que en su texto original estableció³³:

establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.”

³¹Es decir, aquellos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales. Cfr. Sentencia del 6 junio de 2002 del Consejo de Estado, Sección Tercera M.P. RICARDO HOYOS DUQUE. Por el contrario, hay quienes entienden que no hay nada de lo que suele evocarse para un civilista sobre la expresión de contrato en el llamado “contrato administrativo”. MELISH ORZINI, JOSÉ, El contrato administrativo en el marco general de la doctrina del contrato. En: Contratación contemporánea, Teoría general y principios, Editoriales Palestra y Temis, Lima y Bogotá, 2000, pág. 142.

³² BENAVIDES, JOSÉ LUIS, op. cit. p. 31.

³³ Publicado en el Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993.

Artículo 13º.- De la Normatividad Aplicable a los Contratos Estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley.

Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia.

Los contratos que se celebren en Colombia y deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero podrán someterse a la ley extranjera.

Los contratos financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito o celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades en todo lo relacionado con procedimientos de formación y adjudicación y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pagos y ajustes."

Se hizo evidente, entonces, que la primera parte de este artículo establecía una concepción diferente a la que venía siendo conocida y aplicada en nuestro sistema legal respecto de los contratos concluidos por la administración pública, ya que el nuevo estatuto admitió que el Derecho público y el Derecho privado se interrelacionaran como regímenes complementarios y no opuestos para el cumplimiento más eficiente de los fines públicos³⁴.

De esta formulación mixta despuntan los dos principios en que se construyó el régimen contractual del Estado: la autonomía de la voluntad y el interés público, postura que el legislador de manera explícita adoptó, pues el primero de tales principios había estado opacado bajo los excesivos rituales en que se había convertido la contratación estatal donde se hallaba desdibujado el concepto de "contrato" – y en él las voluntades concertadas que son su esencia– para figurar más como un acto de autoridad en el que incluso los funcionarios públicos se encontraban atados al excesivo reglamentarismo que dificultaba el

³⁴ Ver, SOLANO SIERRA, JAIRO ENRIQUE, *Contratación Administrativa*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1997, pág. 215. Quien señala respecto del régimen legal de la contratación del estado lo siguiente: "Con este marco de referencia, se concluye que, las entidades públicas celebran contratos idénticos a los de los particulares previstos en el derecho privado (Código Civil y Ley mercantil) los enunciados y los regidos por disposiciones especiales (no regidos en la ley general), unos y otros denominados contratos estatales".

ejercicio de la función pública contractual³⁵ y las relaciones de los particulares como colaboradores del Estado. Por esta razón, se hizo necesario volver a las bases generales de los contratos, contenidas en el derecho civil y comercial, con el propósito de abrir las posibilidades de contratación a todas aquellas formas típicas o atípicas que pueda definir la autonomía de la voluntad, conforme a las necesidades públicas y a los principios de la función administrativa.

Esta visión quedó registrada en la exposición de motivos de la ley 80 de 1993 que señala que la contratación estatal debe *‘regresar a la esencia del contrato sobre dos premisas fundamentales: la autonomía de la voluntad y el interés público’*³⁶ pues además, ésta se constituye en la vía en que se protegen garantías constitucionales como la libertad de empresa, en armonía con los principios de la función administrativa, ambos pilares del desarrollo y progreso del Estado.

A través de esta formulación dual se establece entonces el régimen de contratación estatal en el que *“el Legislador estableció un Estatuto mixto que a un tiempo le da cabida tanto a principios y reglas protectoras de la gestión estatal como a dispositivos abiertos a la iniciativa privada y la libre empresa. Así, nos encontramos con que nuestro ordenamiento jurídico provee a un mismo tiempo disposiciones de derecho público y de derecho privado a la contratación estatal, a cuyos efectos deben articularse adecuadamente los respectivos*

³⁵ “El legislador de 1991 enunció una ley de principios, como reacción al reglamentarismo exacerbado del Decreto 222, en el que el administrador público se encontraba dentro de una camisa de fuerza que le impedía la más mínima flexibilidad, lo que auspiciaba el Estado paquidérmico, según la calificación del proyecto de ley gubernamental de la Ley 80. La propuesta de la Ley 80 fue, entonces, crear la posibilidad de un gestor público como verdadero gerente público, que pudiese acudir responsablemente a principios generales adaptados para cada caso en particular. La actividad contractual sería, así, un instrumento de desarrollo en el que los funcionarios públicos no serían tratados más como incapaces relativos, según el símil explícito del proyecto de la Ley 80, sino como administradores públicos responsables, capaces de tener iniciativas dentro de marcos precisos, pero genéricos, de legalidad” Tomado de “La Reforma de la ley 80 de 1993: mucho ruido y pocas nueces” BENAVIDES, JOSÉ LUIS, Universidad Externado de Colombia, <http://portal.uexternado.edu.co>

³⁶SALCEDO CASTRO, MYRIAM, “El arbitraje en los Contratos Concluidos por la Administración, Estudio de Derecho comparado francés y colombiano” Bogotá, Universidad del Rosario, 2006. p. 20.

contenidos normativos, en la perspectiva de la legalidad, oportunidad y conveniencia del gasto"³⁷.

Adicionalmente, en los incisos segundo y tercero, el legislador hace un reconocimiento al principio de territorialidad de la ley, cuya aplicación se conoce y desarrolla bajo los aforismos "*lex loci solutionis*" "*lex loci contractus*" y el principio "*locus regit actum*"³⁸, en relación con los contratos que deban someterse a la ley extranjera o a la colombiana – según los criterios de celebración y ejecución de los contratos–. Este elemento de la territorialidad es determinante en el ejercicio de la soberanía³⁹ del Estado, pues materializa y explica la supremacía de la Constitución y la ley dentro del territorio nacional, de conformidad con

³⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-249 de 2004

³⁸ Según estos postulados, en consonancia con el criterio del lugar de celebración de los contratos (*lex loci contractus*), el inciso se erige sobre el respeto a la aplicación de la norma extranjera en relación con los contratos celebrados en el exterior por representantes del Estado colombiano, lo cual entraña clara armonía con el principio de soberanía nacional que a cada Estado le corresponde, pues, siendo Colombia un Estado social de derecho, lo lógico y jurídico es que la soberanía que legítimamente invoca para expedir y aplicar sus normas de contratación no se la puede negar a otros Estados. Así mismo, con apoyo en el criterio del lugar de ejecución de los contratos (*lex loci solutionis*), la norma deja al arbitrio de las partes la aplicación del régimen extranjero en la ejecución de los contratos suscritos en el exterior, siempre que tal ejecución no se realice en Colombia. Por lo mismo, cuando el contrato suscrito en el extranjero deba ejecutarse en Colombia, forzoso será darle aplicación a la legislación colombiana, de conformidad con el criterio del lugar de ejecución del contrato. Lo cual no atenta contra ningún canon constitucional, antes bien, reivindica la primacía de la normatividad contractual interna en la ejecución en Colombia de contratos celebrados en el exterior. Por contraposición, la preceptiva extranjera solo es aplicable en la ejecución que se haga en el exterior de un contrato celebrado también en el exterior" C. Const., Sent, C-249, mar. 16/2004 M.P. JAIME ARAUJO RENTERÍA.

³⁹El principio de la soberanía nacional se encuentra contenido en el numeral 2.1 de la Carta de las Naciones Unidas, como elemento cardinal del orden inter estatal, ya no bajo un criterio excluyente de independencia, sino como factor para la necesaria integración y desarrollo de la comunidad internacional, tal como lo afirmó la Corte Constitucional en la sentencia C-574/92 en los siguientes términos: "*La idea de soberanía nacional no puede ser entendida hoy bajo los estrictos y precisos límites concebidos por la teoría constitucional clásica. La interconexión económica y cultural, el surgimiento de problemas nacionales cuya solución sólo es posible en el ámbito planetario y la consolidación de una axiología internacional, han puesto en evidencia la imposibilidad de hacer practicable la idea decimonónica de soberanía nacional. En su lugar, ha sido necesario adoptar una concepción más flexible y más adecuada a los tiempos que corren, que proteja el núcleo de libertad estatal propio de la autodeterminación, sin que ello implique un desconocimiento de reglas y de principios de aceptación universal. Sólo de esta manera puede lograrse el respeto de una moral internacional mínima que mejore la convivencia y el entendimiento y que garantice el futuro inexorablemente común e interdependiente de la humanidad*".

los tratados relativos a la aplicación de la ley frente a contratos que presenten un elemento internacional⁴⁰, pero a tono con las exigencias globales actuales que orientan hacia la generación de normas o sistemas universales⁴¹, incluido el derecho administrativo donde el contrato estatal es claramente uno de los escenarios que mejor puede ajustarse el creciente fenómeno de la “internacionalización del derecho”⁴².

La aplicación de estos preceptos, que a primera vista lucen claros, no son siempre de fácil determinación debido a las infinitas modalidades de contratación y lugares de ejecución de los contratos, pues en la actualidad éstos pueden constituirse en formas también complejas que dificultan su identificación a primera vista, en la medida que son susceptibles de ser segmentados en etapas, en actividades a desarrollar, en núcleos comerciales o económicos, entre otras variables, con ocasión de las necesidades de desarrollo y comerciales que trae consigo el fenómeno de la globalización.

⁴⁰ Estas reglas se encuentran definidas en el Tratado sobre Derecho Civil Internacional y Derecho Comercial Internacional celebrado en Montevideo (1888-1889), al que se adhirió Colombia mediante la ley 40 de 1933, aprobada mediante la ley 33 de 1992; Igualmente en pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 30 de octubre de 1986 se afirmó lo siguiente: “*En el caso que ahora se examina, lo único que ha hecho el legislador ha sido reconocer principios del Derecho Internacional privado, fundados en tesis de Savigny y aceptados universalmente, a cuyo tenor los contratos celebrados entre personas de distintos Estados deben regirse por la ley imperante en el lugar de su cumplimiento (“lex loci executionis”) y los conflictos jurídicos que surjan habrán de resolverse por los jueces del lugar (“lex fori”).*”

⁴¹ En relación con la integración supranacional hacia sistemas universales, señala la doctrina especializada que “*todos los hechos se han hecho interdependientes por razón de los avances de la ciencia, sus portentosas aplicaciones tecnológicas y, en especial, por el auge de las comunicaciones, que han hecho del mundo una aldea. ‘la aldea planetaria’ y de la especie humana una unidad que corre, quiéralo o no, una suerte común*” SÁCHICA, LUIS CARLOS, “Introducción al Derecho Comunitario Andino”, Quito, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1985, pág. 3.

⁴² “*la anterior situación que caracterizaba el derecho administrativo tradicional, en tiempos recientes la realidad económica y las necesidades de integración supranacional han generado un crecimiento en el número y eficacia de las normas internacionales que se refleja en el fenómeno conocido como la “internacionalización del derecho”, el cual no solo afecta al derecho administrativo sino que se extiende prácticamente a todas las demás ramas de la ciencia jurídica*” RODRÍGUEZ, LIBARDO, “El derecho administrativo frente a la internacionalización del Derecho y en particular frente al derecho comunitario” en “Retos y Perspectivas del Derecho”, segunda parte, Universidad del Rosario, 2009, pág. 19.

Hay que decir, en todo caso, que las estipulaciones particulares que se deprenen de la dinámica actual de los Estados, como el colombiano, responden a un cambio registrado en el estatuto de contratación pública que lo *“inscribe dentro de las corrientes modernas de globalización y representa el abatimiento de la doctrina Calvo en materia de aplicación de la ley sustancial, pues ya no se dice que cualquiera que sea el contrato se someterá a la legislación nacional”*⁴³, sino que obliga a buscar la ley o las normas de derecho aplicables al contrato o a los segmentos que lo conforman, dando aplicación al fenómeno conocido en el derecho francés como *depeçage*⁴⁴.

Adicionalmente, en la búsqueda de la normatividad aplicable a los contratos estatales, emerge una regla que justamente ya no gravita en torno del concepto de territorialidad de aplicación de la ley, sino que responde al criterio del origen o fuente de los recursos que financian los contratos, contenida en el que fuera el inciso 4 del artículo 13 de la ley 80 de 1993 –derogado y reeditado en un segundo estadio de construcción legal por el artículo 20 de la ley 1150 de 2007–.

La mencionada norma, que es la que interesa a este estudio, traía una regla bajo la cual *“los contratos financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito o celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades (...)”*, disposición que, de una parte, fijó la posibilidad de que la ley del contrato quedara sometida, estipulada o diferida a los reglamentos de tales organismos, y de otra, que se trataba de una disposición general que no fijaba el porcentaje de financiación que daba paso a la aplicación de esta regla y que, además, no distinguía entre las modalidades de financiación allí enlistadas, como es el crédito de organismos multilaterales, distinto de los fondos provenientes de organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales.

⁴³ALJURE SALAME, ANTONIO, La ley aplicable al contrato estatal en Colombia, Bogotá. Revista Foro de Derecho Mercantil No. 6, enero – marzo de 2.005 p. 129.

⁴⁴Idem.

Bajo este horizonte legal, que pretendió ponerse a tono con las corrientes modernas de la globalización en materia contractual administrativa, se fundó la regla bajo la cual el contrato estatal colombiano podía quedar sometido a “reglamentos” de organismos internacionales de financiamiento, siendo así que las partes de un contrato ejecutado en Colombia, no quedaban sujetas a la ley nacional sino a tales directrices o pautas de contratación, como requisito para acceder a los fondos internacionales requeridos para adelantar obras de gran importancia y costo para el desarrollo del país, lo que en síntesis se justifica bajo las siguientes premisas:

“1. Este inciso se refiere con exclusividad a los recursos percibidos por el Tesoro Público de entes u organismos internacionales. Por lo que, es inaplicable en relación con los contratos relativos a recursos del presupuesto general de la Nación o de los presupuestos territoriales, cuando tales recursos no correspondan a donaciones o empréstitos.

2. La discrecionalidad de este inciso solo puede ejercerse dentro de los contratos relativos a los recursos que se perciben de entes u organismos internacionales, que ocurre usualmente a título de empréstito o donación.

*3. Se permite la inaplicación del Estatuto de la Contratación Pública cuando se trate de los contratos relativos a fondos percibidos de los organismos multilaterales de crédito o celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismo de cooperación, asistencia o ayuda internacionales, debido a que Colombia hace parte de esos organismos internacionales, por lo que puede aceptar sus estatutos y régimen de contratación”.*⁴⁵

iv. La ley 1150 de 2007

Con la llegada de esta ley, “*Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la ley 80*”, se derogó el inciso 4 del artículo 13 de la ley 80 de 1993⁴⁶ y, en su lugar, se promulgó el artículo 20⁴⁷ que reitera la posibilidad de aplicar a los contratos estatales los reglamentos

⁴⁵ Colombia Compra Eficiente, “*Síntesis Normativa y Jurisprudencia en Contratación*” a propósito de la sentencia C- 249 de 2004. Tomado del sitio: sintesis.colombiacompra.gov.co/jurisprudencia/ficha/7535

⁴⁶“ARTÍCULO 32. DEROGATORIA. A partir de la vigencia de la presente ley, quedan derogados los siguientes artículos de la Ley 80 de 1993: (...) el inciso 4° del artículo 13 (...).”

⁴⁷Ver Gaceta del Congreso 458 de 2005 que contiene la exposición de motivos de la ley 1150 de 2007.

de los organismos de financiación internacional como ley del contrato, estableciendo criterios relacionados con el monto de la financiación y los asuntos a contratar. Hay que señalar desde ahora, que la regla que permite someter los contratos financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito a los reglamentos de tales entidades no tuvo variación, pues se mantuvo esta habilitación legal en los mismos términos con que se había concebido en su versión original, quedando circunscrita la modificación a la definición del marco bajo el cual se aplicarían las normas provenientes de los fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales, que son distintos de los que se refiere este estudio pero se mencionan para hacer claridad respecto a su distinción.

Solo para ilustrar acerca del origen y alcance de esta reforma legal, debemos señalar que ésta se dirigió a cortar la *dispensa* que se venía otorgando a los contratos que ejecutaban presupuesto nacional a través de organismos de cooperación, ayuda y asistencia, ya que por cuenta de esta figura, mal utilizada, se venían burlando los controles estatales establecidos por la ley y la Constitución en relación con el gasto público⁴⁸, tal como lo evidenció y advirtió la Corte Constitucional al señalar que las entidades estatales buscaban ejecutar sus presupuestos a través de convenios celebrados con dichos organismos y entidades, sin que verdaderamente se tratara de fondos provenientes de aquellos⁴⁹ y por

⁴⁸La interpretación que se dio a la norma por las Administraciones públicas y parte de la doctrina, apuntaba a que, salvo la contratación financiada con recursos de organismos multilaterales, las otras dos modalidades –contratos celebrados con personas extranjeras de derecho público y contratos suscritos con organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional– permitían desarrollar actividades que no implicaran aporte de recursos de origen extranjero, sin embargo lo ocurrido con esta interpretación, según algunos autores, es que en ejecución de tales actividades se abandonó la finalidad por la que fue instaurada la norma, Ver: DÁVILA VINUENZA, LUIS GUILLERMO, “*Régimen jurídico de la contratación estatal*” Legis, Bogotá, 2003, página 808 y ss.

⁴⁹ La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, respecto del inciso mencionado, señaló que “*la aplicación de los dos criterios allí identificados, el del origen de los recursos y el tipo de contrato a suscribir, son concurrentes. Esto significa, que para dejar de aplicar el Estatuto de Contratación con base en el inciso 4º del artículo 13 del mismo, no es suficiente señalar que la contratación se efectúa dentro del marco de un contrato de cooperación, ayuda internacional o asistencia técnica y que no se trata de un contrato de administración de recursos, sino que es indispensable, verificar que el origen de los fondos con que se financia la adquisición de los bienes o servicios provenga del ente u organismo co-contratante, y no del presupuesto*”

esta razón, en el año 2004 este alto Tribunal Constitucional⁵⁰ declaró la exequibilidad condicionada del citado inciso 4 del artículo 13, “en el entendido de que la discrecionalidad allí prevista sólo puede ejercerse válidamente, en relación con los contratos relativos a recursos percibidos de entes u organismos internacionales, esto es, en relación con contratos de empréstito, donación, asistencia técnica o cooperación celebrados por las respectivas entidades estatales con entes u organismos internacionales”, situación que condujo, años más tarde, a la necesaria imposición de un freno legal a través de la expedición de esta norma en la ley 1150 de 2007⁵¹, que es del siguiente tenor:

“Artículo 20. DE LA CONTRATACIÓN CON ORGANISMOS INTERNACIONALES. Los contratos o convenios financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%) con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades. En caso contrario, se someterán a los procedimientos establecidos en la Ley 80 de 1993.

Los recursos de contrapartida vinculados a estas operaciones podrán tener el mismo tratamiento. Los contratos o convenios celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de derecho internacional cuyo objeto sea el desarrollo de programas de promoción, prevención y atención en salud; contratos y convenios necesarios para la operación de la OIT; contratos y convenios que se ejecuten en desarrollo del sistema integrado de monitoreo de cultivos ilícitos; contratos y convenios para la operación del programa mundial de alimentos; contratos y convenios para el desarrollo de programas de apoyo educativo a

nacional. Una interpretación diferente podría, eventualmente, afectar la validez del contrato –por objeto ilícito- y comprometer la responsabilidad del ordenador del gasto que actué en forma contraria a la interpretación de la Corte Constitucional.”

⁵⁰Ver Sentencia C- 249-04 del 16 de marzo de 2004, Magistrado Ponente JAIME ARAUJO RENTERÍA.

⁵¹Los organismos de control, como la Contraloría General de la República, rechazaron la aplicación de esta regla de excepción al Estatuto de Contratación Estatal, en los casos en que se tratara de recursos públicos nacionales los que financiaran el contrato, ya que por esta vía se generó el abuso de las entidades estatales para burlar la ley. Al respecto, mediante Concepto No. 22740 del 23 de abril de 2004, la Contraloría señaló lo siguiente:

“1. El inciso cuarto del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, autoriza la aplicación en Colombia de la ley extranjera, cuando las entidades públicas nacionales celebran contratos con organismos públicos internacionales, financiados con recursos de préstamo internacional o de cooperación no reembolsable y que se ejecuten en Colombia.

2. Únicamente en los dos eventos señalados, los recursos se entienden ejecutados, cuando se trasladan al organismo internacional.

3. Los contratos celebrados por las entidades públicas colombianas con organismos públicos internacionales, con recursos del Presupuesto General de la Nación, cuyo origen no sea un empréstito internacional o una donación, deben aplicar la ley colombiana y por ende las disposiciones que regulan el Presupuesto General de la Nación”.

población desplazada y vulnerable adelantados por la Unesco y la OIM; los contratos o convenios financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito y entes gubernamentales extranjeros, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades.

Las entidades estatales no podrán celebrar contratos o convenios para la administración o gerencia de sus recursos propios o de aquellos que les asignen los presupuestos públicos, con organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional.

Parágrafo 1°. Los contratos o acuerdos celebrados con personas extranjeras de derecho público, podrán someterse a las reglas de tales organismos.

Parágrafo 2°. Las entidades estatales tendrán la obligación de reportar la información a los organismos de control y al Secop relativa a la ejecución de los contratos a los que se refiere el presente artículo.

Parágrafo 3°. En todo Proyecto de cooperación que involucre recursos estatales se deberán cuantificar en moneda nacional, los aportes en especie de la entidad, organización o persona cooperante, así como los del ente nacional colombiano. Las contralorías ejercerán el control fiscal sobre los proyectos y contratos celebrados con organismos multilaterales.”

Esta norma de 2007, fue en lo pertinente objeto de reglamentación mediante el Decreto 2474 de 2008⁵², derogado por el Decreto 734 de 2012, en el que se avistó la distinción que existía en la aplicación de los reglamentos de los organismos de cooperación, asistencia y ayudas internacionales, frente a los fondos de organismos multilaterales de

⁵² Decreto 2474 de 2008 Artículo 85: *“Régimen aplicable a los contratos o convenios de cooperación internacional. Los contratos o convenios financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%) con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades. En caso contrario, los contratos o convenios que se celebren con recursos públicos de origen nacional se someterán a los procedimientos establecidos en el Estatuto General de la Contratación Pública. En el evento en que el monto del aporte de fuente nacional o internacional se modifique o cuando la ejecución efectiva de los aportes no se realice en los términos inicialmente pactados, las entidades estatales deberán modificar los contratos o convenios, de tal manera que se dé cumplimiento a lo establecido en el inciso anterior. Los recursos que se generen en desarrollo de los contratos o convenios financiados con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales a los cuales hace referencia el inciso 1° del presente artículo no computarán para efectos de determinar los porcentajes allí dispuestos. Los contratos o convenios financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito, entes gubernamentales extranjeros o personas extranjeras de derecho público, así como aquellos a los que se refiere el inciso 2° del artículo 20 de la Ley 1150 de 2007, se ejecutarán de conformidad con lo establecido en los tratados internacionales marco y complementarios, y en los convenios celebrados, o sus reglamentos, según sea el caso. En los demás casos, los contratos o convenios en ejecución al momento de entrar en vigencia la Ley 1150 de 2007 continuarán rigiéndose por las normas vigentes al momento de su celebración hasta su liquidación, sin que sea posible adicionarlos ni prorrogarlos. Parágrafo. Los convenios a que hace referencia el presente artículo deberán tener relación directa con el objeto del organismo de cooperación, asistencia o ayuda internacional que se contemple en su reglamento o norma de creación.”*

crédito –y otros indicados en la disposición– pues ante estos últimos Colombia debía estarse a la regla en el manejo contractual financiado con recursos de estos organismos, que se hallaba contenida en la respectiva convención o acuerdo suscrito por Colombia y cada una de dichas organizaciones internacionales.

Como corolario de esta evolución legal, se puede decir que el estatuto de contratación fijó entonces una regla general que remitía a la aplicación del régimen civil y comercial colombiano para la contratación pública, hipótesis legal a la que correspondía aplicar, en todo caso, las siguientes excepciones: (i) las materias directamente reguladas por la ley de contratación estatal; (ii) los contratos a los que se aplicara la ley extranjera; (iii) los contratos celebrados con personas extranjeras de derecho público, u organismos de derecho internacional; (iv) los contratos financiados con los organismos multilaterales de crédito y entes gubernamentales extranjeros; (v) los contratos financiados en sumas iguales o superiores al 50% por los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales; (vi) los contratos y convenios necesarios para la operación de la OIT; (vii) los contratos y convenios que se ejecuten en desarrollo del sistema integrado de monitoreo de cultivos ilícitos; (viii) los contratos y convenios para la operación del programa mundial de alimentos; y (ix) los contratos y convenios para el desarrollo de programas de apoyo educativo a población desplazada y vulnerable adelantados por la Unesco y la OIM.⁵³

⁵³Mediante concepto 20118010134351 rendido el 28 de febrero de 2011 por el Departamento Nacional de Planeación, al analizar el régimen de los contratos financiados con recursos provenientes de organismos internacionales, señaló que *“se encuentran sometidos de forma obligatoria al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, todos los contratos o convenios financiados en sumas inferiores al 50% con fondos de organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales. Por su parte, se pueden someter a la reglamentación contenida en los Tratados Internacionales Marco y Complementarios; Convenios celebrados; o, Reglamentos de los Organismos Internacionales, según sea el caso:*

1. *Los contratos o convenios financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al 50% con fondos de organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales;*
2. *Los contratos o convenios celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de derecho internacional cuyo objeto sea el desarrollo de programas de promoción, prevención y atención en salud;*
3. *Los contratos y convenios necesarios para la operación de la OIT;*
4. *Los contratos y convenios ejecutados en desarrollo del sistema integrado de monitoreo de cultivos;*

En consecuencia y bajo esta regla, la aplicación de los reglamentos de organismos internacionales o multilaterales de crédito se presenta como ley especial aplicable a esta clase de contrato estatal, por el factor de financiamiento, pues *“se tiene que el ordenamiento jurídico colombiano creó un régimen especial para que las entidades públicas colombianas puedan celebrar contratos o convenios con otras entidades u organismos extranjeros, y de someterse al régimen jurídico extranjero según la aplicación normativa en cada caso concreto (...)”*⁵⁴

v. El Decreto 1510 de 2013⁵⁵

En esta línea de revisión, debemos anotar que el desarrollo más reciente relativo a la contratación financiada con recursos provenientes de organismos multilaterales de crédito, se encuentra contenida en el artículo 157 del Decreto 1510 de 2013⁵⁶, por medio del cual se establece *“El régimen aplicable a los contratos o convenios de cooperación Internacional”*, en cuyo inciso quinto se dispone:

“Los contratos o convenios financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito, entes gubernamentales extranjeros o personas extranjeras de derecho público, así como

5. *Los contratos y convenios para la operación del programa mundial de alimentos;*

6. *Los contratos y convenios para el desarrollo de programas de apoyo educativo a población desplazada y vulnerable adelantados por la Unesco y la OIM;*

7. *Los contratos o convenios financiados con fondos de organismos multilaterales de crédito y entes gubernamentales extranjeros; y,*

8. *Los contratos o acuerdos celebrados con personas extranjeras de derecho público.”*

⁵⁴Ministerio de Relaciones Exteriores, Concepto 10 del 20 de marzo de 2013. En este concepto además se hace la distinción entre Tratados o Convenios Internacionales Marco y Convenios Interinstitucionales suscritos entre entidades públicas colombianas y organismos de derecho extranjero o internacional, los cuales según lo establecido por los artículos 13 de la Ley 80 de 1993, 20 de la Ley 1150 de 2007 (...) pueden celebrarse incluso con la conjugación de normas diferentes a las del ordenamiento jurídico colombiano, dependiendo de cada caso en particular, evento en el cual, resulta irrelevante si previamente media o no un Convenio Internacional Marco, pues son instituciones contractuales autónomas una de otra”. Tomado del sitio www.cancilleria.gov.co

⁵⁵ Decreto recientemente compilado en el Decreto 1082 de 2015 “Por el cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional”

⁵⁶El decreto 1510 de 2013 derogó el decreto 734 de 2012, en cuyo artículo 3.6.1 se establecía el régimen aplicable a los contratos o convenios de cooperación internacional.

aquellos a los que se refiere el inciso 2° del artículo 20 de la Ley 1150 de 2007, se ejecutarán de conformidad con lo establecido en los tratados internacionales marco y complementarios, y en los convenios celebrados, o sus reglamentos, según sea el caso, incluidos los recursos de aporte de fuente nacional o sus equivalentes vinculados a tales operaciones en dichos documentos, sin que a ellos le sea aplicable el porcentaje señalado en el inciso primero del artículo 20 de la Ley 1150 de 2007”.

Esta norma pone en evidencia la necesidad para el Estado colombiano de hacer énfasis en la distinción entre dos tipos de convenios o contratos: por un lado, los financiados con fondos de organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales a los cuales se aplican los reglamentos de tales organismos cuando la financiación sea igual o superior al 50%; y, por otro lado, los financiados por organismos multilaterales de crédito, entes gubernamentales extranjeros y personas extranjeras de derecho público, los cuales no se encuentran sometidos a los criterios porcentuales anotados sino a las reglas incorporadas en los tratados internacionales y convenios suscritos por Colombia con dichos sujetos, independientemente del porcentaje de participación de los recursos, por lo que la *posibilidad* de someterse a los reglamentos de tales organismos no se torna como facultativa del Estado colombiano, sino atada al cumplimiento de lo que dispongan los respectivos instrumentos internacionales.

Esta distinción debía darse y se avistaba como necesaria, en la medida en que las relaciones con los sujetos de Derecho internacional se establecen y sostienen en los tratados y convenios internacionales que se hayan suscrito, por lo que la ley nacional debía ceder ante la norma de mayor jerarquía⁵⁷, para armonizar los compromisos internacionales asumidos

⁵⁷ En sentencia C-1189-00 la Corte Constitucional afirmó que *“la primacía moderada de las normas internacionales en el orden interno, no trae como consecuencia que las disposiciones nacionales con las cuales éstas entren en conflicto pierdan, por ese motivo, su validez; lo que sucede es que, en cada caso concreto, la aplicación de la ley nacional deberá ceder frente a la de la norma de mayor jerarquía (...) En este orden de ideas, no es jurídicamente viable afirmar que, por oponerse a una disposición internacional, una ley interna deba ser excluida del ordenamiento nacional, mucho menos cuando de esa incongruencia se pretende derivar un juicio de inconstitucionalidad. La Corte ha sido enfática en establecer que el análisis de constitucionalidad de las disposiciones legales, requiere una confrontación directa de las normas en cuestión con el texto de la Carta Política, y no con ningún otro.*

por Colombia en torno a los referentes legales en materia de financiación de organismos multilaterales de crédito en la contratación estatal colombiana.

Por lo tanto y en virtud de la prevalencia moderada del Derecho internacional sobre las normas internas, se reeditó la disposición analizada aclarando que el marco legal de la contratación surgido bajo estas relaciones internacionales con organismos multilaterales de crédito, se encuentra definido en los convenios y *“tratados internacionales debidamente celebrados y ratificados [que] tienen fuerza vinculante entre los Estados miembros, de suerte que cada uno de ellos debe someterse a la preceptiva inserta en sus cláusulas, sin perjuicio de las salvedades que los mismos establezcan válidamente. En este sentido el Estado colombiano muestra una participación internacional que lo compromete al tenor de los correspondientes instrumentos supranacionales”*⁵⁸

En tal virtud, el legislador nacional ha reconocido como ley aplicable a los contratos estatales de este tipo, los reglamentos de los organismos internacionales bajo un criterio eminentemente económico y de razonabilidad del procedimiento de contratación, pues la regla que disciplina las relaciones jurídicas en estos casos no se debate entre el criterio de territorialidad de la ley y ejecución del contrato, sino que establece un factor preponderante de orden económico⁵⁹ - que es sustentada en los tratados y convenios suscritos, como suficiente para la creación de una disposición especial que responda a las necesidades de desarrollo que requiere el país a través de su formulación jurídica y el estatus supranacional de los convenios y tratados que definen reglas de contratación.

En todo caso, es claro que por virtud de la prevalencia moderada del derecho internacional, y en aplicación del principio de interpretación conforme, las normas internas se deben leer de manera tal que su sentido armonice al máximo, no sólo con los preceptos del Estatuto Superior, sino también con las obligaciones internacionales que asisten a Colombia”

⁵⁸ Corte Constitucional, *Ibídem*, sentencia C- 249 de 2004

⁵⁹ *“La importancia de la transacción económica modifica los efectos del contrato (...) [ya que el] centro de interés se desplaza de los contratantes a la operación económica y social puesta en marcha a través del contrato”*. BENAVIDES, JOSÉ LUIS, *Ídem*. p. 73

Esta regulación especial, relativa a la financiación con recursos de organismos multilaterales de crédito refleja *“la necesidad de facilitar la celebración de contratos en dos situaciones: (i) cuando la posición negociada de Colombia y de sus entidades oficiales es débil o subordinada y no pueden imponer sus condiciones, como cuando solicitan préstamos a organismos multilaterales de crédito y (ii) cuando por razón de la ayuda, asistencia o cooperación que recibe, carece de sentido someter a los organismos que nos ayudan o asisten a todas las condiciones de contratación estatal”*⁶⁰.

vi. Origen de la regla de contratación aplicable a los contratos financiados con fondos de organismos multilaterales.

Habiendo descartado que sea el estatuto de contratación la normatividad que discipline los contratos financiados por organismos multilaterales de crédito, se torna en fundamental acudir al expediente de su origen e incorporación en nuestro ordenamiento, lo que conduce a pensar en términos de supranacionalidad, a propósito de los convenios y tratados suscritos por Colombia.

En particular se debe mencionar que el Congreso de la República mediante la Ley 76 de 1946, autorizó *“la adhesión de Colombia al Convenio Internacional que crea el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento...”*⁶¹, entre cuyas finalidades se encuentra la contribución al desarrollo de los países miembros facilitando la inversión de capitales necesarios para estimular las fuentes y medios de producción en países de limitado desarrollo, que mejoren el nivel de vida de sus habitantes y permitan combatir las peores formas de pobreza.

⁶⁰ALJURE SALAME, ANTONIO, Ídem. p. 146.

⁶¹ En la localidad de Bretón Woods, en New Hampshire (EEUU) fue redactado un convenio Constitutivo que apuntaba a la formación del Banco Mundial, dicho convenio fue firmado el 27 de Diciembre de 1945 con representantes de 28 países, fecha en que quedó establecido el Banco Mundial (...) Actualmente lleva a cabo actividades en más de 100 economías en desarrollo, y aporta una combinación de financiamiento e ideas para mejorar el nivel de vida de la población y eliminar las peores formas de pobreza.” Disponible sobre el sitio <http://www.soloeconomia.com/bancos/mundial-historia.html>

Colombia, como parte de este convenio internacional, es beneficiario del acceso a los recursos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento bajo las condiciones y términos dispuestos en dicho instrumento pues, conforme al literal a), Sección I *“Uso de disponibilidades”* del Artículo III *“Disposiciones generales respecto a préstamos y garantías”* se tiene establecido que *“Los recursos y las facilidades del Banco se usarán exclusivamente en beneficio de los países participantes, prestándose atención equitativa, por igual a los proyectos de fomento y a los de reconstrucción”*.

Así mismo, en la definición de los sujetos prestatarios, se estableció que el *“Banco podrá garantizar préstamos, participar en los que se hicieren, o conceder préstamos a cualquier país participante o subdivisión política del mismo”*⁶², sin perjuicio que cada país participante deba negociar con el Banco únicamente por intermedio de la Tesorería, Banco Central, fondo de estabilización u otro organismo fiscal semejante de dicho país, y en consecuencia el Banco solamente efectúe acuerdos con sus miembros por intermedio de los mismos organismos⁶³.

En Colombia se designó al Banco de la República como la entidad autorizada para tratar a nombre del país con el Fondo Monetario Internacional (en adelante FMI) y el Banco de Reconstrucción y Fomento (en adelante BIRF), aclarando que esta regla no excluye que por conducto del Banco de la República otras entidades puedan solicitar préstamos al Banco de Reconstrucción y Fomento o garantizar los préstamos que otorgue esta institución⁶⁴.

Al tenor de los compromisos adquiridos por Colombia, el acceso a los recursos que facilita el Banco está sujeto a las condiciones fijadas en dicho Acuerdo, como es la vinculación del préstamo a la ejecución de proyectos

⁶² Sección 4 *“Condiciones en las cuales podrá el Banco garantizar o hacer préstamos”*, del Artículo III *“Disposiciones generales respecto a préstamos y garantías”* del Convenio en mención.

⁶³ Sección 2, Artículo III, *Ibídem*.

⁶⁴Literal b) del Artículo 2 de la ley 76 de 1946.

específicos de reconstrucción o fomento que sean recomendados mediante dictamen especial presentado por la comisión del Banco –según criterios de utilidad, desarrollo y urgencia– y a la independencia política de las decisiones y funciones del Banco respecto de los gobiernos de los países participantes, exaltando la imparcialidad en el manejo de los recursos y proyectos financiados, pues solo de esta manera se garantiza su culminación y se elimina el riesgo de que los avatares políticos de un Estado, y sus efectos conexos, interfieran en la consecución y logro de las finalidades de desarrollo que abandera el BIRF⁶⁵.

En esta línea de reflexión, y a partir del compromiso del Estado Colombiano de dar efectos a este Convenio en los términos de sus propias leyes, la tarea legislativa en materia de contratación estatal denota un intento permanente por adecuar las estructuras del contrato estatal a las exigencias de autonomía e independencia de las reglas aplicables a los contratos financiados con estos recursos, como da cuenta el artículo 13 original de la ley 80 de 1993 que estableció la exclusión del régimen nacional de contratación pública a este tipo de contratos, y su posterior evolución.

La importancia del BIRF para los países participantes, puede apreciarse en el tratamiento que le fue conferido según el Convenio de su creación, que impone darle a este organismo de crédito el estatus y privilegios que tiene cualquiera de los países miembros, comoquiera que dispuso que el FMI y el BIRF *“gozarán en Colombia del status, inmunidades y privilegios previstos en los Acuerdos Internacionales que le dieron origen”* lo que se explica en el papel económico trascendente para países como Colombia de conceder prerrogativas internacionales para ser parte y beneficiario de los recursos de financiación que al interior del Estado son inexistentes o escasos, frente a determinados proyectos de desarrollo de gran magnitud.

⁶⁵Prohibición contenida en la Sección 10 del Artículo IV del Convenio que crea el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento.

En estos términos, el Consejo de Estado⁶⁶ señaló: *“El status, inmunidades y privilegios` del Banco están previstos en el artículo 7º y buscan facilitar el desempeño de las funciones que le han sido encomendadas. El status, derivado de su personalidad jurídica plena, le permite contratar, adquirir y enajenar bienes, y entablar acciones judiciales. La inmunidad, comprende: sus bienes, para que no sean requeridos, embargados, confiscados o expropiados mediante acción ejecutiva o legislativa; sus archivos, para que sean inviolables; el activo, para que esté libre de restricciones, y la exención del pago de toda clase de impuestos y derechos de aduana. Mientras que los privilegios se refieren al tratamiento que debe otorgarse a los funcionarios y empleados, así como a las comunicaciones oficiales del Banco”*

Así mismo, esta Corporación se refirió al término de supranacionalidad que, precisamente, es el que determina la naturaleza jurídica de los reglamentos de tales organismos como normas aplicables a los contratos del Estado, expresando que: *“Este moderno fenómeno jurídico, representativo de la primacía del derecho comunitario sobre el derecho interno de los Estados miembros, ha sido definido como la “aptitud o competencia de un órgano internacional o comunitario para tomar decisiones erga omnes que afecten relaciones exteriores o asuntos internos del Estado” (Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales) o también como “la competencia de un órgano internacional o comunitario para tomar decisiones directa o indirectamente obligatorias en el territorio de los Estados miembros, sin la necesidad de una incorporación en el ordenamiento jurídico nacional (José Joaquín Caicedo)⁶⁷. De otra parte, señaló este Tribunal que “Los reglamentos, sin embargo, no pueden ser arbitrarios”, es decir que sus estipulaciones no pueden contrariar la Constitución Política ni la ley colombianas, y deben atender así mismo “las limitaciones impuestas en el Acuerdo sobre creación del BIRF”.*

Ahora bien, en Colombia, la reforma constitucional del año de 1968 incorporó, por primera vez, al estatuto fundamental del Estado una norma relacionada con el concepto de supranacionalidad, al disponer, en

⁶⁶Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente Javier Henao Hidrón, en consulta resuelta el 1 de noviembre de 1995 bajo el radicado No. 742.

⁶⁷ Respecto de este mismo concepto la Corte Constitucional en sentencia C-137 de 1996, señaló que: *“El concepto de supranacionalidad encuentra claro fundamento en la Constitución colombiana cuando ella establece que las relaciones internacionales del país se “orientarán hacia la integración latinoamericana y del Caribe”. En este sentido, el Congreso de la República podrá “aprobar o improbar los tratados que el gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados.”*

el numeral 18 del artículo 76, lo siguiente: *“Por medio de tratados o convenios aprobados por el Congreso podrá el Estado obligarse para que, sobre bases de igualdad y reciprocidad, sean creadas instituciones supranacionales que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados”.*

De la misma forma, se ha reproducido en la Constitución Política de 1991⁶⁸ el reconocimiento y promoción de la supranacionalidad como mecanismo de integración económica, social y política.

Ahora bien, bajo un ejercicio que debe trascender hacia la particularidad del tema que se revisa, existen, de acuerdo con la ley y los pronunciamientos del Consejo de Estado, ciertos contratos, íntimamente vinculados al proceso de apertura e internacionalización de la economía, como los financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito que disponen de una regulación específica fijada en los Convenios internacionales suscritos por Colombia y en consecuencia a los reglamentos bajo los cuales se efectúan préstamos por parte de tales entidades de crédito.

De la mano de estos instrumentos de contratación, el ordenamiento jurídico regula los requisitos y forma bajo los cuales se autoriza una operación de crédito – en este caso externa– por parte del Estado, para que a través de las entidades públicas contratantes, que asumen el rol de ejecutoras de los recursos financiados, se logre la financiación de las obras, bienes y servicios requeridos para la satisfacción de necesidades públicas y de interés general, propios de la contratación estatal.

⁶⁸El preámbulo de la Constitución hace referencia al compromiso del Estado Colombiano de impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, designio que se refleja en los principios de la Carta Política – artículo 9– al señalar la integración como fundamento orientador de la política exterior de Colombia y que posteriormente es desarrollado en el Artículo 227 ibídem que señala: *“El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y, especialmente, con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales, inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones...”*

En este ámbito es importante señalar la exigencia de una necesaria armonización de normas y ramas del poder público en relación con la autorización para acceder a recursos mediante operaciones de crédito internas o externas bajo las cuales el Estado decida endeudarse, y es así que para definir acerca del endeudamiento público es necesaria la existencia de una ley de autorización de endeudamiento expedida por el Congreso, que en armonía con las finalidades de la ley 80 de 1993, y diversas normas de orden presupuestal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, del Banco de la República, entre otras, así como evaluaciones, análisis y estudios de organismos como el CONPES⁶⁹, definen acerca de la utilización de estos mecanismos de financiación.

⁶⁹ La Corte Constitucional en Sentencia C-241 de 2011 señala el marco normativo de las operaciones de empréstito en los siguientes términos :

“Las diversas etapas que conforman las operaciones de crédito público externo e interno se encuentran reguladas en la Constitución, y en las siguientes leyes y decretos:

- Ley 31 de 1992, Por la cual se dictan las normas a las que deberá sujetarse el Banco de la República para el ejercicio de sus funciones, el Gobierno para señalar el régimen de cambio internacional, para la expedición de los Estatutos del Banco y para el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control del mismo, se determinan las entidades a las cuales pasarán los Fondos de Fomento que administra el Banco y se dictan otras disposiciones.

- Ley 80 de 1993. Estatuto General de Contratación.

- Ley 358 de 1997. Reglamenta el artículo 364 constitucional, en cuanto a la capacidad de pago de las entidades territoriales.

- Ley 533 de 1999. Amplia las autorizaciones conferidas al Gobierno Nacional para celebrar operaciones de crédito público externo e interno y operaciones asimiladas.

- Ley 617 de 2000. Dicta normas tendientes a fortalecer la descentralización para la racionalización del gasto público nacional

- Ley Anual de Presupuesto General de la Nación. Determina el presupuesto de rentas y recursos de capital, así como la ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1 de enero al 31 de diciembre de cada año.

- Decreto 1222 de 1986. Reglamenta las operaciones de crédito público interno de los departamentos.

- Decreto 1333 de 1986. Reglamenta las operaciones de crédito público interno de los municipios.

- Decreto 1250 de 1992. Reglamenta parcialmente la Ley 6 de 1992, el Estatuto Tributario y dicta otras disposiciones sobre la emisión de TES.

- Decreto 2681 de 1993. Reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993.

- Decreto 111 de 1996. Compila el Estatuto Orgánico de Presupuesto General de la Nación.

- Decreto 1613 de 2000. Modifica la Estructura del Departamento Nacional de Planeación.

- Decreto 192 de 2001. Reglamenta parcialmente la Ley 617 de 2000.

Aunado a lo anterior, existen diversas resoluciones expedidas por el Banco de la República, documentos del CONPES y Circulares Externas del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

En tal sentido, como se explicó, la Carta Política se limita a señalar que el Congreso de la República es competente para autorizar al Gobierno Nacional para celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes nacionales

En este sentido la ley 80 de 1993 dispuso una norma especial relativa a las operaciones de crédito público para la contratación estatal, contenida en el parágrafo 2 del artículo 41, que señala lo siguiente:

“PARÁGRAFO 2o. OPERACIONES DE CREDITO PÚBLICO. Sin perjuicio de lo previsto en leyes especiales, para efectos de la presente ley se consideran operaciones de crédito público las que tienen por objeto dotar a la entidad de recursos con plazo para su pago, entre las que se encuentran la contratación de empréstitos, la emisión, suscripción y colocación de bonos y títulos valores, los créditos de proveedores y el otorgamiento de garantías para obligaciones de pago a cargo de las entidades estatales. (...)”

A propósito de esta norma, mediante el Decreto 2681 de 1993, se estableció una reglamentación relativa a las operaciones de crédito público, en la que se fijan los requisitos y autorizaciones que deben cumplirse para adelantar este tipo de operaciones, que en materia de empréstitos dispone:

“Artículo 8° EMPRESTITOS EXTERNOS DE LA NACION. La celebración de contratos de empréstito externo a nombre de la Nación, requerirá:

a) Autorización para iniciar gestiones, impartida mediante resolución del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la cual podrá otorgarse una vez se cuente con:

1. Concepto favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social, Conpes; y,

2. Concepto de la Comisión de Crédito Público si el empréstito tiene plazo superior a un año.

b) Autorización para suscribir el contrato impartida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público con base en la minuta definitiva del mismo”

Seguidamente, en el artículo 10 de la mencionada norma, se hace indicación de los requisitos que deben cumplirse para celebrar contratos

(art. 150.9 superior), en tanto que corresponde al Presidente de la República celebrar los contratos que le correspondan con sujeción a la Constitución y la ley (art. 189.23) (...)”

de empréstito por parte de las entidades descentralizadas del orden nacional allí señaladas y entidades territoriales y descentralizadas:

“Artículo 10º.- Empréstitos externos de entidades descentralizadas del orden nacional y de entidades territoriales y sus descentralizadas. La celebración de contratos de empréstito externo por las entidades descentralizadas del orden nacional, diferentes de las mencionadas en el artículo 12 del presente Decreto, y por las entidades territoriales y sus descentralizadas requerirá:

- a. Autorización para iniciar gestiones, impartida mediante resolución del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la cual podrá otorgarse una vez se cuente con concepto favorable del Departamento Nacional de Planeación; y,*
- b. Autorización para suscribir el contrato y otorgar garantías al prestamista, impartida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con base en las correspondientes minutas definitivas”*

Descendiendo al rol particular de las entidades contratantes, se tiene que los proyectos que se pretenden financiar con fondos de organismos multilaterales de crédito, deben encontrarse incluidos en la programación del crédito multilateral que corresponde efectuar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y al Departamento Nacional de Planeación, en consecuencia, sólo podrán celebrarse los empréstitos que se encuentren incluidos en el programa de crédito con los organismos multilaterales⁷⁰, pues a través de estos procedimientos especiales se garantiza la debida armonización de las normas que en materia económica, competencial y de planeación permiten a las entidades del Estado acceder a los recursos de la banca multilateral para financiar sus contrataciones.

Finalmente debemos señalar que la legislación vigente en contratación pública no limita el sometimiento de este tipo de contratos a los temas relacionados con procedimientos de formación, adjudicación y cláusulas especiales de ejecución cumplimiento, pago y ajustes, como originalmente se contempló, sino por el contrario, amplió su cobertura en un segundo estadio de evolución a *“todo lo relacionado con la contratación*

⁷⁰ Ver, Artículo 34 del Decreto 2681 de 1993.

*pues la norma no distingue y es llana al decir que en los eventos de contratación autorizados, los contratos (...) con la banca multilateral podrán someterse a los reglamentos de tales entidades*⁷¹, para llegar a un tercer estadio actual en el que se mantiene la premisa de aplicación de la regla de que los contratos financiados con fondos de los organismos multilaterales son una excepción a la aplicación la ley de contratación pública colombiana, bajo las distinciones indicadas en los comentarios efectuados al referirnos al artículo 157 del Decreto 1510 de 2013, bajo la cual los organismos multilaterales de crédito aplican sus reglas a los contratos estatales colombianos a partir de los Convenios Internacionales suscritos y a las condiciones y reglamentos de los préstamos concedidos.

vii. Cláusulas de solución de controversias en contratos del Estado financiados por el Banco Mundial.

En la actualidad, los contratos financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito, continúan inscritos a un régimen excepcional al del Estatuto de Contratación Pública, en la medida en que se permite acoger como ley de un contrato estatal en Colombia, los reglamentos de estos organismos en virtud de la aplicación de Acuerdos o Convenciones internacionales suscritos, en particular, en lo relacionado con las cláusulas de solución de controversias en este tipo de contratos. Al respecto, lo primero que se debe señalar, es que las cláusulas de solución de controversias, se constituyen en el acuerdo de voluntades vertido en el contrato que define los mecanismos a los que acudirán las partes ante el eventual desconocimiento o violación de un derecho contractual, con el fin de hacer cesar la situación de incumplimiento y restablecer el derecho que ha sido conculcado.

En términos generales, la formulación de estos mecanismos puede establecer métodos “autocompositivos” que propicien el acercamiento de las partes, para que sean ellas mismas quienes superen el conflicto –tal

⁷¹ PALACIO HINCAPIÉ, JUAN ÁNGEL, “La contratación de las Entidades Estatales”, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Sexta Edición. p. 31.

como ocurre con el arreglo directo y la conciliación– o con la intervención de un tercero designado por las partes para transar, en representación de ambas, una solución (amigable componedor) y, a falta de común acuerdo, o cuando tales métodos no son previstos en el contrato, estas cláusulas indicarán la vía por la cual las partes del contrato habrán de zanjar sus diferencias ante la administración de justicia, método “heterocompositivo”⁷², correspondiendo a la jurisdicción ordinaria la solución del conflicto, o la jurisdicción arbitral cuando exista pacto arbitral o compromiso⁷³.

Así, entonces, las cláusulas de solución de conflictos definidas por el Banco Mundial al ser aplicadas a los contratos financiados con fondos provenientes de este organismo, prevén mecanismos ágiles y eficientes que conduzcan a la solución rápida de las controversias⁷⁴, tales como la

⁷² Mediante Sentencia C- 1195 de 2001, La Corte Constitucional afirmó: “*Parte importante de la doctrina sobre resolución de conflictos reconoce dos grandes sistemas de respuesta⁶¹. El primero, denominado de autocomposición, compuesto por aquellos medios en los cuales son las propias partes confrontadas las que resuelven sus desavenencias, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, ya sea de manera directa o asistidos por terceros neutrales que facilitan el diálogo y la búsqueda de soluciones al conflicto. Dentro de este primer grupo se encuentran mecanismos como la negociación, la mediación y la amigable composición. El segundo grupo, denominado de heterocomposición, compuesto por aquellos medios en los cuales las partes enfrentadas someten la solución de sus conflictos a terceros que se encargan de resolverlos independientemente de la autonomía de la voluntad de las partes. En este segundo grupo se ubican tanto los mecanismos de justicia formal*”

⁷³ El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en sentencia del 30 de enero de 2013 señaló lo siguiente: “*Es claro –tanto en la doctrina como en la jurisprudencia–, que la cláusula arbitral –así como el compromiso–, producen falta de jurisdicción de la justicia ordinaria para decidir un conflicto, pues el efecto natural de dicho pacto es excluir a las partes de la justicia que la ley asignó anticipadamente para resolver las diferencias que surjan entre los contratantes. No obstante, una increíble cualidad del derecho, donde la autonomía de la voluntad juega un papel decisivo, y que se expresa en una materia signada y caracterizada por las normas de orden público, tiene que ver con la posibilidad de las partes de un contrato de renunciar a la justicia común, para entregarse a una justicia especial. Cuando esto ocurre el juez competente pasa a ser el arbitral y deja de serlo, en condiciones normales, la jurisdicción de lo contencioso administrativo.*”

⁷⁴ En las Normas: “CONTRATACIONES CON PRESTAMOS DEL BIRF Y CRÉDITOS DE LA AIF” versión revisada 2008 y Mayo de 2010, se establece respecto de la ley aplicable a estos contratos y al mecanismo de solución de controversias lo siguiente: “*2.43 En las condiciones del contrato deben incluirse estipulaciones acerca de las leyes aplicables y del foro para el arreglo de diferencias. El arbitraje comercial internacional puede tener ventajas prácticas respecto a otros métodos para el arreglo de diferencias. Por lo tanto, se recomienda a los Prestatarios que estipulen esta modalidad de arbitraje en los contratos para la adquisición de bienes y construcción de obras. No debe nombrarse al Banco como árbitro ni pedírsele que designe uno. 39 En el caso de los contratos de obras, de suministro e instalaciones de bienes, así como en el de contratos llave en mano, las disposiciones relativas al arreglo de diferencias deben comprender también mecanismos tales como juntas de*

junta de examinadores, la mediación y el arbitraje internacional. Ahora bien, la razón que hace comprensible esta política contractual, se explica en el cumplimiento de las finalidades de fomento que condujeron a la creación del BIRF donde la facilitación de créditos a países con escasez de recursos y problemas graves de pobreza, no debía quedar sometida a los mecanismos tradicionales de solución de controversias generalmente congestionados y que se prolongan en el tiempo, comoquiera que sus plazos riñen con los fines de fomento del Banco y encarecen los proyectos, por lo que se impone una ejecución eficiente de los mismos de la mano de mecanismos también eficientes para la solución de eventuales conflictos.

Hay que señalar, adicionalmente, que la filosofía de este organismo multilateral de crédito es producto de la clara tendencia liberal que caracteriza el derecho anglosajón que lo inspira, en la medida que el *common law* pregona la menor injerencia del Estado en cualquiera de los sectores de la economía a partir del concepto “contractualista” de su modelo de Estado, pues son los individuos a través del pacto o contrato social los que con sus voluntades le dieron origen a éste, tal como lo registra la teoría clásica de la que tratan autores como John Locke⁷⁵.

Esta línea de pensamiento conduce a afirmar que en el derecho anglosajón la función del Estado se limita a establecer marcos y regulaciones jurídicas generales basadas en el “interés común” –es decir aquellos asuntos entregados de manera específica al Estado por los particulares– entendido como un *“concepto que sostiene que el interés que tiene que tutelar el Estado sería el resultado de la combinación de los intereses particulares de los habitantes (a diferencia de la concepción de un “interés público” independiente y superior en el derecho francés) ... De esta forma el Estado encomienda la prestación de servicios de interés general a empresas privadas, que compiten entre sí en un mercado libre,*

examinadores de diferencias o conciliadores, a quienes se designa con el objeto de permitir una solución más rápida de las diferencias.”

⁷⁵GUERRERO, SILVIA GABRIELA, “El sistema francés y el sistema anglosajón: servicios públicos y prerrogativas del estado”. Tomado del sitio <http://es.scribd.com>

*tratando de satisfacer sus intereses económicos al tiempo que prestan el servicio a la población de forma efectiva. Esta idea en la que predomina el elemento "particular" y los intereses privados explica que se vea como natural el hecho de que el Estado meramente regule una dinámica".*⁷⁶

Bajo esta óptica y descendiendo en materia contractual, se observa que en el derecho anglosajón el modelo liberal se traduce en la posibilidad para las partes, por regla general, de regular sus relaciones contractuales a través de mecanismos por ellas previstos⁷⁷, no obstante la existencia de reglas inmutables de derecho contractual – como la buena fe – respecto de las cuales no es legalmente posible hacer modificaciones ni pactos en contrario. Las reglas modificables o reglas por defecto, son aquellas que las partes son libres de cambiar⁷⁸, y bajo esta orientación el Banco Mundial ha establecido reglas de posible adaptación a diversas legislaciones con miras a la realización de la transacción económica que es el centro de sus contratos.

A partir de esta influencia filosófica en las instituciones económicas y jurídicas, el Banco Mundial fomenta las libertades de emprendimiento de un proyecto o empresa como los que financia, y trata la solución de las controversias como cualquier otra situación contractual entre particulares que permite fijar su tratamiento y las reglas de incumplimiento contractual sin las prerrogativas del derecho público que conoce nuestro sistema, recomendando expertos que definan rápidamente los conflictos

⁷⁶Ibídem.

⁷⁷ "Los movimientos de L&E –ley y economía– ha luchado largo y duro para convencer a los tribunales de restringir el uso de reglas inmutables" "Frank Easterbrook y Daniel Fischel han defendido la teoría "would have wanted" en una serie de artículos que sugieren que "el derecho comercial debe contener los valores predeterminados que la gente ha negociado como costos de la negociación en condiciones de libre competencia para todas las contingencias.

Richard Posner ha argumentado que las reglas por defecto deberían "economizar en los costos de transacción mediante el suministro de cláusulas contractuales tipo que las partes de lo contrario tienen que adoptar por acuerdo expreso." Douglas Baird y Thomas Jackson han argumentado que las reglas predeterminadas que rigen la relación deudor -creditor "deben proporcionar a todas las partes el tipo de contrato que se habría acordado si hubieran tenido el tiempo y dinero a la negociación sobre todos los aspectos de su negocio." En Ayres, I., & Gertner, R. (1989). *Filling gaps in incomplete contracts: An economic theory of default rules*. Yale Law Journal, Págs. 89, 90.

⁷⁸SCHWARTZ, Alan. *The default rule paradigm and the limits of contract law*. 3 S. Cal. Interdisc. L.J. 389 1993-1994, p. 390

y mecanismos como el arbitraje comercial internacional con los cuales, entre otros, se logren estos fines.

Este mecanismo de gobierno en la estructura contractual tiene –al situarnos en la perspectiva del sistema legal colombiano– los matices propios de la denominada teoría clásica de los contratos por el carácter formalista (que en nuestro medio impone que los contratos estatales deban revestir la forma escrita como requisito de existencia) en los que se hacen esfuerzos para prever las situaciones presentes de los acuerdos y se busca una comprensión integral de todas las contingencias futuras que se desprenden del bien o servicio contratado⁷⁹.

Pero de otra parte, desde la visión del Banco Mundial, se observan visos claros de las teorías neoclásicas de contratación cuya estructura de gobierno utiliza procesos y técnicas que han sido planificados en el contrato para crear flexibilidad en la interpretación y facilidad en la tarea de entender o completar aspectos poco claros del contrato, sistema al que corresponde la asistencia de terceros en la resolución de las disputas⁸⁰ (en este caso conciliadores o mediadores) como prevé, entre otros aspectos, la contratación del Banco Mundial, que utiliza las normas de reenvío para completar su alcance y contenido, lo cual difiere de la estructura contractual propia del derecho clásico⁸¹.

De esta manera, al revisar la regla que define el régimen especial para los contratos estatales colombianos financiados con Fondos del BIRF que es conforme a la filosofía del Derecho anglosajón, se evidencia que la normatividad local ha reconocido esta importante variación al momento

⁷⁹ Williamson, Oliver E. "The lens of contract: private ordering.", *American Economic Review* (2002), Pág. 236

⁸⁰ *Ibidem*, Pág. 237.

⁸¹ "A diferencia de un contrato clásico, este tipo de contratos (1) contempla perturbaciones imprevistas para los que hace falta adaptación, (2) proporciona una zona de tolerancia (de + 10%) dentro de los cuales serán absorbidos desajustes, (3) requiere la revelación de información y justificación si se propone la adaptación, y (4) prevé el arbitraje en caso de acuerdo voluntario falla" En WILLIAMSON OLIVER E., *Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives*. *Administrative Science Quarterly*, Vol. 36, No. 2 (Jun., 1991), p. 277

de definir las reglas de solución de controversias conforme a las normas del Banco Mundial, pues ante un sistema nacional que tiene profundo arraigo en el sistema francés –en donde el Estado como titular y responsable del “interés público” es investido de prerrogativas extraordinarias– nuestro legislador tuvo que excluir de la aplicación del régimen del estatuto de contratación pública los contratos financiados por el BIRF, ya que no de otra manera podía existir compatibilidad para la realización de este esquema financiero de contratación generalmente complejo⁸².

Por ello, a partir del Convenio internacional bajo el cual se financian contratos públicos por el Estado colombiano, debe mencionarse que los reglamentos y normas que lo desarrollen deben constituirse en instrumentos idóneos y adecuados que reflejen en su seno las finalidades, políticas y filosofía del Banco Mundial y sean efectivos y aplicables en el desarrollo del contrato y a la solución de los conflictos. Por lo tanto, resulta relevante en el tratamiento del asunto que se aborda, que la regla que somete esta clase de contratos a la regulación prevista en los Tratados o Convenios Internacionales, conforme lo dispone el artículo 157 del Decreto 1510 de 2013, consagre mecanismos, institutos y herramientas dentro de los contratos que sean posibles de aplicar, pues *“la protección proporcionada por los tratados sólo resulta efectiva en la medida en que lo sean los mecanismos que aseguren su ejecución”*⁸³.

Como venimos señalando, uno de los mecanismos que busca asegurar el respeto de los límites que deben guardar tales *reglamentos* –considerando que se trata de la ley aplicable al contrato que se financie por el Banco Mundial– es la cláusula de solución de controversias, concebida por el

⁸² “Todos los contratos complejos son inevitablemente incompletos. Por esta razón las partes deben confrontarse con la necesidad de adaptar y anticiparse a las problemáticas que se presente por razón de los vacíos, errores y omisiones en los contratos originales”. En, Williamson Oliver E. *The Theory of the Firm as Governance Structure* – Journal of Economic Perspectives, Volume 16, Number 3 – Summer 2002- Pág. 174.

⁸³BLACKABY, NIGEL. “El Arbitraje según los tratados bilaterales de inversión y tratados de libre comercio en América Latina” en Revista Internacional de Arbitraje, Universidad Sergio Arboleda, Junio – Diciembre 2004, Bogotá, p. 18.

Banco Mundial como una contribución a la eficiencia contractual, en la medida que incorpora alternativas de solución de controversias distintas al uso de los órganos de administración de la justicia incorporando fórmulas que se acerquen a la pronta resolución de las diferencias. Estas razones motivan al Banco, en primer término, a “exigir” en sus normas de contratación⁸⁴ la incorporación de una regla que señale con claridad cuál es la ley aplicable al contrato y, en segundo lugar, “recomienda” a los prestatarios que estipulen la modalidad de arbitraje en los contratos para la adquisición de bienes y construcción de obras.⁸⁵

Así, bajo el entendido que los reglamentos del Banco Mundial contienen disposiciones aplicables a los contratos que financia y, además, referenciado el marco general de las “Normas: Contrataciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF” (en adelante “NCBA”) –que regulan la contratación con préstamos de estas entidades- despunta el hecho de que esta especie de contratos debe seguir los procedimientos del Banco y utilizar las formas estándar de los instrumentos contractuales en cada una de las distintas modalidades de selección a contratar, en donde es el Banco el que determina el mecanismo de solución de controversias. Esta posición se explica en la medida que las instituciones gubernamentales deben responder a los parámetros de cambio económico que imponen que el costo de la transacción que se realice, sea benéfico a los intereses económicos del Estado prestatario y en consecuencia sea equitativo en términos de costos para las partes diferir en instituciones como el Banco Mundial, el régimen de contratación.

De cara a lo anterior y retomando la indicación hecha por las NCBA, en orden a la implementación de mecanismos más ágiles de solución de

⁸⁴Ibídem el numeral 2.43 denominado “Leyes aplicables y arreglo de diferencias” en el Capítulo II “Licitación Pública Internacional” señala que en “*el caso de los contratos de obras, de suministro e instalaciones de bienes, así como en el de contratos llave en mano, las disposiciones relativas al arreglo de diferencias deben comprender también mecanismos tales como juntas de examinadores de diferencias o conciliadores, a quienes se designa con el objeto de permitir una solución más rápida de las diferencias” (Subraya fuera de texto).*

⁸⁵ Idem.

controversias, observamos dos estadios en la formulación de los documentos estándar de licitación vinculados a la cláusula de solución de controversias: (i) Las normas NCBA vigentes a 2008 con revisión en 2010; y, (ii) Los Documentos Estándar de Licitación Pública Nacional (LPN) para Colombia –Contratación de Obras– del Banco Interamericano de Desarrollo y del Banco Mundial, armonizadas por la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– de marzo de 2013.

En dichas etapas, la problemática en la aplicación de la fórmula de solución de controversias se presenta respecto al instituto legal al que remite el contrato para resolver en una primera fase la discrepancia contractual, pues en el primer estadio de las normas de contratación del Banco Mundial se confería a un “conciliador” la potestad de decidir y, en el segundo estadio se hizo lo propio a través de la figura del “mediador” quien dentro de un procedimiento y un término fijo debe notificar su decisión, la cual será “*definitiva y obligatoria*” si ninguna de las partes que esté en desacuerdo con la decisión del conciliador o del mediador somete la controversia a arbitraje.

viii. Problemas en la aplicación de la cláusula de controversias en contratos financiados por el Banco Mundial.

La finalidad de introducir mecanismos ágiles de solución de conflictos contractuales se constituye en una medida razonable y adecuada para la pronta ejecución, terminación y consolidación de proyectos de las características de fomento y envergadura social que financia el Banco Mundial; sin embargo, en la práctica se han generado dificultades en su aplicación a partir de los conceptos legales invocados en el procedimiento contractual del Banco para dirimir los conflictos, pues quienes acuden al conciliador en Colombia no pueden conferir la potestad o exigir tomar una decisión que llegue a ser “definitiva y obligatoria” para solucionar sus diferencias, lo que conduce a que se pierda la claridad, agilidad y efectividad perseguida por este organismo para resolver las

controversias, dado que la aplicación misma de la cláusula se adiciona al conflicto.

a) Normas de contratación Banco Mundial, año 2008

En este primer estadio, se observa del contenido del numeral 2.12 de las NCBA, el deber de los prestatarios –entidades contratantes– de utilizar los formatos de contratación del BM y ajustarlos a nivel de detalle únicamente⁸⁶. Es así que, por remisión de las precitadas normas generales de contratación, se llega a los “Documentos Estándar de Licitación Pública” (en adelante, SBD) que entrega el Banco Mundial a sus prestatarios, para que a través de ellos formulen el proceso de selección y contratación que será financiado con estos recursos (contrato de obra, consultoría, otros bienes y servicios).

A manera de simple ilustración, estos “documentos estándar” contienen, para contratos de obra, diferentes anuncios del proceso divididos en grandes secciones, así: (i) llamado a licitación; (ii) instrucciones para los licitantes; (iii) condiciones del contrato; (iv) datos del contrato; y, (v) especificaciones técnicas.

Al respecto, vale la pena señalar que las NCBA, junto con los SBD se complementan y, a su vez, las diferentes secciones de los SBD van concretando las disposiciones contractuales aplicables de lo general a lo particular, siendo, por ejemplo, las “condiciones del contrato” el marco genérico normativo, el cual, en la sección “datos del contrato” indicará específicamente las cláusulas de aquellos que no aplican a éstos –en un ajuste a las condiciones técnicas, políticas y legislativas que debe ser revisado por la entidad estatal prestataria–.⁸⁷

⁸⁶ “Los Prestatarios deben utilizar los Documentos de licitación estándar (SBD) apropiados, emitidos por el Banco, con los cambios mínimos que éste considere aceptables y que sean necesarios para cubrir cuestiones específicas relativas a un proyecto”.

⁸⁷ Un ejemplo de esta situación se presenta cuando en los “Documentos estándar de licitación”, específicamente en la sección denominada “Condiciones del Contrato” se incluye una cláusula denominada “Bonificaciones” que es del siguiente tenor: “50.1 Se pagará al Contratista una bonificación,

De la mano de lo anterior, y retomando la indicación hecha por las NCBA en orden a la implementación de mecanismos más ágiles de solución de controversias, observamos en los Documentos Estándar de Licitación del BM (vigentes para el año 2009), las cláusulas generales que contiene la sección “condiciones del contrato”, en la cual se establece:

“24. Controversias

24.1 Si el Contratista considerase que el Interventor ha tomado una decisión que está fuera de las facultades que le confiere el Contrato, o que no es acertada, la decisión se someterá a la consideración del Conciliador dentro de los 14 días de notificada la decisión del Interventor.

25. Procedimiento para la Solución de Controversias.

25.1 El Conciliador debe informar su decisión por escrito dentro de los 28 días de haber recibido la notificación de la controversia.

25.2 Cualquiera sea la decisión del Conciliador, su trabajo se le pagará por hora, a la tasa especificada en los Datos del Contrato, junto con los gastos reembolsables de los tipos especificados en los Datos del Contrato, y el costo será sufragado por partes iguales por el Contratante y el Contratista. Cualquiera de las partes podrá someter la decisión del Conciliador a arbitraje dentro de los 28 días siguientes a la decisión por escrito del Conciliador. Si ninguna de las partes sometiese la controversia a arbitraje dentro del plazo de 28 días mencionado, la decisión del Conciliador será definitiva y obligatoria.

25.3 El arbitraje deberá realizarse de acuerdo al procedimiento de arbitraje publicado por la institución mencionada y en el lugar fijado en los Datos del Contrato”⁸⁸.

La norma transcrita refleja la clara intención del BM de propender por la inclusión de mecanismos alternativos de solución de conflictos, así como generar un procedimiento de doble instancia, en que aparentemente el conciliador actúa en la primera de ellas y, en caso de recurrir a una segunda instancia, ésta corresponderá a un procedimiento de arbitraje.

que se calculará a la tasa fijada en los Datos del Contrato por cada día (menos los días que se le pague por Aceleración) de adelanto de la Fecha de Terminación con respecto a la Fecha Prevista de Terminación. El Interventor deberá certificar que se han terminado las Obras aun cuando el plazo para terminarlas no estuviera vencido.” Sin embargo en la sección “Datos del Contrato” al referirse al numeral 50.1 se indica: “No aplica. No habrá lugar a Bonificaciones”. Aclaro que no he conocido en el caso colombiano contratos que acepten o hagan aplicable esta cláusula de bonificaciones, sin embargo podrían existir.

⁸⁸Esta cláusula específica se mantiene en los contratos de obras de BM, cambiando el nombre de Interventor en ocasiones por el de Gerente de las obras

No obstante las bondades de pactar este tipo de fórmulas de arreglo de diferencias⁸⁹, el cuestionamiento que surge se refiere a la eficiencia real de estas cláusulas –tal como están concebidas en los SBD–; lo anterior, considerando que las herramientas bien intencionadas pero ambiguas o de difícil o ninguna aplicación, específicamente en la solución del conflicto, riñen con la naturaleza misma de ser alternativas para resolver conflictos y pueden llegar a constituirse en retardatorias o incluso denegatorias de justicia⁹⁰ y, si así fuese, entrarían en pugna con nuestro régimen constitucional y legal.

En este sentido, las NCBA que obligan a la adopción de las estipulaciones que contienen los SBD, establecen que un conciliador será quien conozca de la controversia en primera instancia y éste tendrá la obligación de tomar una decisión e informarla dentro de los 28 días de haber recibido la notificación de la controversia, según la cláusula del BM.

En efecto, las entidades prestatarias, al valorar el alcance y eficacia de la figura del conciliador, según las facultades a éste atribuidas por la norma contractual, pueden hacer uso de las posibilidades que las NCBA les ofrecen, en el sentido de ajustar los datos del Contrato, o cuando menos presentar la solicitud de dicho cambio ante el BM⁹¹, toda vez que, precisamente, los “Datos del Contrato” o las “Condiciones Especiales del Contrato” (CEC) permiten hacer estas precisiones.

⁸⁹“Uno de los principios más claramente desarrollados en la Ley 80 de 1993 consiste en imponerle a las partes el deber de evitar la solución judicial o procesal formal, efecto para el cual simultáneamente se las invita a que utilicen otros escenarios para la solución de esos mismos conflictos”, PEÑA CASTRILLÓN, GILBERTO, “Solución de controversias en la contratación estatal (Cap. VIII, Ley 80 de 1993) en “la Nueva Contratación Administrativa”, Cámara de Comercio de Bogotá 1994. p. 241.

⁹⁰“La garantía constitucional de acceso a la justicia no significa que todas las disputas entre los particulares deban ser resueltas por los jueces, pues precisamente el artículo 116 de la carta garantiza la existencia de mecanismos alternativos de solución de conflictos, como la conciliación o el arbitraje, los cuales pueden ser ampliados por el legislador”, Corte Constitucional Sentencia C-163-99 del 17 de marzo de 1999. M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

⁹¹“Todo cambio de ese tipo se introducirá solamente por medio de las hojas de datos de la licitación o del contrato, o a través de condiciones especiales del contrato, y no mediante cambios en la redacción de los SBD del Banco (...)” En “Normas: Contrataciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF” Banco Mundial, versión revisada octubre de 2008

Por ello, esta “ley del contrato”, emanada de los organismos multilaterales de crédito como parte de sus reglamentos, hace de la figura de la Conciliación una institución distinta a la conocida por la ley colombiana, al tenor de la definición contenida en el artículo 64 de la ley 446 de 1998 y reiterada en el artículo 1 del Decreto 1818 de 1998, así: “Art. 64. La conciliación es el mecanismo alternativo de solución de conflictos, por medio del cual dos o más personas gestionan la solución directa de sus diferencias con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador.”

Se observa, entonces, que la diferencia entre el concepto de conciliador de los SBD del Banco Mundial y el que determina la ley colombiana, radica, para el primero, en que éste tiene la facultad de tomar una decisión sobre el conflicto planteado por las partes e independientemente de éstas; y, para el segundo, en que el conciliador⁹² es un “gestor” de acercamientos y fórmulas de arreglo, siendo las partes quienes toman las decisiones.

En este sentido, las facultades atribuidas al conciliador, en especial en este tipo de contratos, se aproximan más en Colombia a la figura de un amigable componedor, quien a partir del acuerdo vertido por las partes en el contrato, confían un tercero, que las representa, la resolución del conflicto. En términos semejantes lo ha expresado la Procuraduría General de la Nación en concepto emitido, al analizar la cláusula de solución de controversias del BM, pues por tratarse de una entidad pública, era ante el ministerio público que debía adelantarse la etapa de conciliación, por lo cual criticaba la figura del “conciliador” del BM e intentó precisar el tema, al afirmar que la figura aquí denominada como

⁹²MUÑOZ FRÉDERIQUE, “Pour une logique de la conciliation”, en: *L’actualité juridique – Droit Administratif*, 20 de enero de 1997, p. 41 y ss. explica que la conciliación implica la reunión de las partes, confrontadas, para que sus puntos de vista puedan conciliarse y, en ese orden de ideas, la conciliación viene de las partes. Citado por MYRIAM SALCEDO CASTRO en “El arbitraje en los contratos concluidos por la administración”, Bogotá. Editorial Universidad del Rosario, 2006. p 28.

conciliación resulta más cercana a la figura del amigable componedor⁹³; además, enfatizó en que el conciliador, en este caso, no es un facilitador de un acuerdo entre las partes, como ocurre en la conciliación prejudicial consagrada en la legislación colombiana, sino un tercero que toma una decisión, que producirá efectos si las partes no expresan inconformidad dentro de los 28 días siguientes a la fecha en que se profiera; lo que significa que no se trata de una decisión con fuerza obligatoria, ni definitiva, sino un mero mecanismo de arreglo directo que puede culminar en un contrato de transacción, por lo que no es un mecanismo alternativo a la función jurisdiccional permanente del Estado para la solución de conflictos, de los autorizados por el constituyente en el artículo 116 C.P⁹⁴. Así mismo señala que la figura de solución de conflictos concebida en los SBD *“corresponde a una instancia de arreglo directo de controversias en la que el mal llamado conciliador no ejerce ninguna función como tal y por lo tanto no se encuentra involucrada ninguna función de naturaleza jurisdiccional, razón por la cual, no se trataría de una conciliación prejudicial contencioso administrativa sino de un mecanismo extraño a la legislación colombiana que puede llegar a concluir en una transacción”*.

En todo caso, no sólo la Procuraduría analizó desde el prisma legal y constitucional la cláusula de solución de controversias del Banco Mundial, sino que las dudas sobre la forma de solucionar los conflictos acudiendo a este instituto también fue advertida por la Cámara de Comercio de Bucaramanga en el año 2007⁹⁵, en los siguientes términos:

“Dentro de las condiciones del contrato las partes establecen (Sección 2 No. 24, 25 y 26) (...) que el contratista someterá la decisión [del Interventor] a consideración del conciliador y éste deberá informar su decisión por escrito dentro de los 28 días siguientes (...). Y añade seguidamente: “Dos aspectos esenciales del pacto riñen con las normas vigentes en

⁹³Concepto de la Procuradora Quinta Judicial Administrativa emitido el 10 de diciembre de 2003 en atención a la solicitud presentada ante la Procuraduría Primera ante el Consejo de Estado.

⁹⁴Ídem. p. 5

⁹⁵Cámara de Comercio de Bucaramanga. Solicitud de solución de controversias surgidas entre CONCOL-CROMAS S.A. e Interventoría CONSORCIO ETA INTERPRO en relación con el contrato de obra pública No. 001 de 2006 celebrado entre Metrolínea S.A. y la firma CONCOL-CROMAS S.A. de fecha 13 de julio de 2007 Radicado 161798.

Colombia, primero que el conciliador no profiere ninguna decisión, no puede hacerlo. Como ya lo dejamos explicado en el punto anterior, el conciliador es sólo un facilitador del acuerdo entre las partes. En segundo lugar el conciliador en derecho debe ser: a) Un abogado titulado, que haya aprobado el curso con el aval del Ministerio del Interior y de Justicia y se inscriba ante un Centro b) que sea alguno de los funcionarios que la ley expresamente designa (...)"

Advierte la Cámara de Comercio que en caso de pretenderse adelantar esta "especie" de conciliación, existiría una "falta de competencia" en las personas que, según el contrato, pueden dirimir el conflicto, habida cuenta que en la conciliación estaría citada una sociedad anónima constituida con un capital 100% público, lo que significa que se trata de un asunto de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa y, en consecuencia, la competencia, en esta etapa, es exclusiva de la Procuraduría delegada ante lo contencioso en virtud de la Sentencia C-893 de 2001 que declaró inexecutable el Art. 23 de la ley 640 de 2001"⁹⁶. Además, finaliza señalando que, tratándose de la eficacia o no de las cláusulas de solución de controversias del Banco Mundial, si el conciliador no tiene facultad de decidir, por sustracción de materia no habría asunto que se pueda someter a arbitraje porque en la cláusula se delimitó expresamente la materia para la que aplica éste.

Frente a esta dificultad, es necesario acudir a la norma sobre aplicación de leyes que se prevé en las NCBA –que ordenan indicar con claridad la ley aplicable al contrato– observando que en los Documentos Estándar de Licitación (SBD)⁹⁷, en la sección Condiciones del Contrato, que a su vez remite a los datos del contrato, se estipula que la ley del contrato es la de

⁹⁶ El artículo 23 de la ley 640 de 2001 señalaba: "Conciliación extrajudicial en materia de lo contencioso administrativo. Las conciliaciones extrajudiciales en materia de lo contencioso administrativo sólo podrán ser adelantadas ante los agentes del Ministerio Público asignados a esta jurisdicción y ante los conciliadores de los centros de conciliación autorizados para conciliar en esta materia. (Negrilla y subraya fuera de texto) Se aclara que el texto subrayado fue declarado constitucional en Sentencia C-417 de 2002 y el texto en negrilla fue declarado inexecutable mediante la Sentencia C-893 de 2001.

⁹⁷En los "Documentos Estándar de Licitación" del Banco Mundial se establece en la Sección "Condiciones del Contrato" el numeral tercero en los siguientes términos "3. Idioma y Ley Aplicables. 3.1 El idioma del Contrato y la ley que lo regirá se especifican en los Datos del Contrato."

la República de Colombia⁹⁸. En esta perspectiva, al acudir a las normas nacionales, se destaca, de una parte, la distorsión de la figura de la conciliación de dicha cláusula del BM frente a nuestra ley, por cuanto el nombre dado al “conciliador” no corresponde a los efectos que se le han impuesto en el contrato. Y, de otra parte, consecuencia de lo anterior, la necesidad de buscar las normas de interpretación de los contratos en Colombia.

Por ello, el asunto oscila en determinar si el contrato por sí mismo es capaz de generar válidamente una “especie” de conciliación⁹⁹ que admite una mixtura con la amigable composición –no obstante en la legislación nacional esta fórmula desnaturaliza la figura de la conciliación y por ende reconduce el conflicto hacia la justicia contenciosa¹⁰⁰ (que no era lo pretendido por el BM)–; o, si la técnica jurídica de esta forma de contratación, que remiten a la legislación nacional, arroja una respuesta adecuada.

El Código Civil establece diversas pautas de interpretación contractual¹⁰¹. Además, ciertas posiciones, como hemos reseñado, apuntan hacia la

⁹⁸ En los “Datos del Contrato” para contrataciones estatales financiadas en Colombia por BM se establece: “3. Idioma y Ley Aplicables 3.1 El Idioma de los documentos del Contrato es el español. 3.2 La Ley por la que se regirá el Contrato es la de la República de Colombia.

⁹⁹En las “Condiciones del Contrato” se establece un capítulo de “Definiciones”, entre las que se encuentra la que corresponde al Conciliador “es la persona designada en forma conjunta por el Contratante y el Contratista para resolver en primera instancia las disputas, según las disposiciones de las Cláusulas 24 y 25.” Documentos Estándar de Licitación p. 68 (subraya fuera de texto).

¹⁰⁰Se genera un fenómeno de atracción de los contratos al derecho público ya que aunque se regulen por el derecho privado o bajo regímenes especiales, debido al criterio orgánico de la ley 80 indica el Consejo de Estado que “desde el punto de vista procesal, en cuanto tiene que ver con la jurisdicción competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos que celebren ese tipo de entidades la jurisprudencia (de la Sección Tercera) ha determinado que es la jurisdicción contencioso administrativa (...)” Sentencia del 26 de febrero de 2004, Sección Tercera del Consejo de Estado.

¹⁰¹ “Artículo 1618 C.C.- PREVALENCIA DE LA INTENCIÓN. Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse más a ella que a lo literal de las palabras”.

“Artículo 1620. C.C. - INTERPRETACIÓN LÓGICA. El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno.”

“ARTICULO 1624. - INTERPRETACION A FAVOR DEL DEUDOR. No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor. Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se

ineficacia de la cláusula de solución de controversias, incluso para desatar un arbitraje como segunda instancia prevista en el contrato. Desde luego, distintas visiones aportan los pronunciamientos que, como el de la Procuraduría, se inclinan por dar una interpretación que permita a la cláusula desatar los efectos descritos, es decir, que haya una doble instancia cuyas decisiones sean tomadas por terceros imparciales.

En todo caso, para llegar a esta interpretación, es necesario entender que cuando las condiciones contractuales del Banco Mundial mencionan un “conciliador”, se trata en realidad de un amigable componedor, como opción legal más próxima a la descripción del alcance y funciones descritas en el procedimiento contractual con el que se desatan los efectos indicados en el contrato, pues es quien puede tomar una decisión en representación de las partes.

Ahora bien, sin perjuicio de que en la actualidad no existe duda de la aplicación de la amigable composición en el régimen de Contratación Estatal, esta conclusión tampoco fue pacífica en este caso, pues se decía que el conciliador no podía cumplir la función atribuida en el contrato, pero tampoco se podía entender que se tratara de un amigable componedor dado que eso no era lo pactado; incluso, en concepto del Consejo de Estado en el año 2009, no se consideraba la amigable composición como mecanismo disponible en materia contractual de la administración, posición descartada en providencias de ese alto órgano de administración de justicia, que logró dificultar la aplicación de una posible solución normativa en torno a al arreglo de los conflictos en su momento, por lo que resulta imperativo resaltar la evolución normativa de la figura de la amigable composición para determinar –bajo el criterio de interpretación más eficaz de las cláusulas– su posible aplicación a los contratos suscritos por entidades estatales en el marco de la contratación

interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella.”

financiada por el Banco Mundial, como en un capítulo subsiguiente se desarrolla.

- b) Normas de contratación Banco Mundial armonizadas por la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– marzo de 2013.

Conservando la filosofía de encontrar soluciones eficientes para el manejo de las controversias suscitadas con ocasión de la contratación financiada por fondos de organismos multilaterales de crédito, y habida cuenta la importancia que este tipo de financiación ha representado en la contratación estatal colombiana, si bien se mantiene en términos generales la estructura dispuesta en la NCBA, en relación con la cláusula de solución de conflictos, el concepto de conciliador fue sustituido por el de “mediador”, guardando identidad en los términos y funciones previstos para el conciliador según la normatividad de contratación anterior¹⁰².

Ahora bien, la aproximación a la figura del mediador, emerge de las condiciones de contratación del Banco Mundial que, en el numeral 3.1, señala que *“Este Contrato, su significado e interpretación, y la relación que crea entre las Partes se regirán por las cláusulas del presente contrato, y de manera supletoria por la ley Colombiana aplicable”*. Al acudir al contrato, se observa

¹⁰² Señala en la actualidad la cláusula de solución de controversias, lo siguiente: 24.1 *Si el Contratista considera que el Interventor ha tomado una decisión que está fuera de las facultades que le confiere el Contrato, o que no es acertada, la decisión se someterá a la consideración del Mediador dentro de los catorce (14) días siguientes a la notificación de la decisión del Interventor.* 25. Procedimientos para la solución de controversias 25.1 *El Mediador deberá comunicar su decisión por escrito dentro de los veintiocho (28) días siguientes a la recepción de la notificación de una controversia.* 25.2 *El Mediador será compensado por su trabajo, cualquiera que sea su decisión, por hora según los honorarios especificados en los DDL y en las CEC, además de cualquier otro gasto reembolsable indicado en las CEC y el costo será sufragado por partes iguales por el Contratante y el Contratista. Cualquiera de las partes podrá someter la decisión del Mediador a arbitraje dentro de los veintiocho (28) días siguientes a la decisión por escrito del Mediador. Si ninguna de las partes sometiere la controversia a arbitraje dentro del plazo de veintiocho (28) días mencionado, la decisión del Mediador será definitiva y obligatoria.* 25.3 *El arbitraje deberá realizarse de acuerdo al procedimiento de arbitraje publicado por la institución denominada en las CEC y en el lugar establecido en las CEC.”*

que en el capítulo de definiciones se hace referencia a la figura del mediador, señalando que éste es *“el profesional nombrado en forma conjunta por el Contratante y el Contratista, o en su defecto por la Autoridad Nominadora”*.

A diferencia de lo que se esperaba encontrar, la definición señalada por el contrato refuerza dos conceptos cardinales que justamente dificultaban la apropiación de la cláusula en nuestra legislación nacional: el primero, se refiere a que ese tercero –mediador– *“resolverá”* las discrepancias entre las partes, es decir, que se encuentra facultado por la ley del contrato para tomar una decisión independientemente de las partes. Y, un segundo aspecto, corresponde a la connotación que expresamente le atribuye esta definición a esa decisión como *“primera instancia”* de la controversia, posición que si bien se extraía en las normas Banco Mundial anteriores, en esta versión se confirma de manera explícita.

Desde luego, de cara a la definición del mediador que traen las NCBA, se impone revisar la existencia y compatibilidad de tal figura con una igual o similar en nuestro ordenamiento jurídico nacional, con la cual se pueda descifrar y hacer eficiente y útil el contenido de la cláusula de solución de controversias del BM en la contratación estatal colombiana.

Al respecto, cabe indicar que la mediación¹⁰³ no cuenta con un referente legal que la desarrolle de manera autónoma o la defina en el ámbito local¹⁰⁴. No obstante lo anterior, la Corte Constitucional admite la existencia conceptual de la mediación y la conciliación como mecanismos alternativos de solución de controversias y señala que la diferencia entre estas figuras es de género a especie, pues si bien el término conciliación se emplea en varias legislaciones como sinónimo de mediación, en

¹⁰³Sobre este concepto en el ámbito de la justicia restaurativa ver: MOZO ÁLVAREZ, HECTOR MAURICIO, La mediación como herramienta de la justicia restaurativa, Opinión Jurídica - Universidad de Medellín, 2013.

¹⁰⁴En materia procesal penal sí cuenta con regulación expresa. Al respecto ver: MÁRQUEZ CÁRDENAS, ALVARO E., La mediación como mecanismo de justicia restaurativa, Revista Prolegómenos - Derechos y Valores - Volumen XV - No. 29 - Enero - Junio 2012, Bogotá, D.C. Colombia.

sentido estricto la primera es una forma particular de mediación en la que el tercero neutral e imparcial, además de facilitar la comunicación y la negociación entre las partes, puede proponer fórmulas de solución que las partes pueden o no aceptar según sea su voluntad¹⁰⁵.

Ahora bien, dentro de este conjunto de mecanismos alternativos de solución de conflictos, y de manera particular en el sistema norteamericano, señala esta Corporación que se destacan distintos instrumentos de solución que varían según el tipo de intervención y funciones que realice el tercero, enlistando varios de estos métodos, entre los cuales, afirma que “la mediación es tal vez el más informal, expedito y económico -en materia de tiempo y costos- de los mecanismos mencionados. Es también uno de los más populares debido principalmente a que el mediador no decide quién tiene la razón, no dispone de autoridad para imponer una decisión a las partes, tan sólo las asiste para que conjuntamente exploren, reconcilien sus diferencias y encuentren alternativas de solución a su disputa.”

Claramente, los elementos de la mediación en nuestro medio, no son correspondientes con la estructura del “mediador” de que tratan las cláusulas de solución de controversias en el ámbito de la contratación financiada por el BM, pues comparte con la conciliación su estructura “autocompositiva”, en la medida que son las partes quienes resuelven el conflicto por sí mismas, solo que con la ayuda de un tercero imparcial que es un facilitador en la comunicación y dialogo de los involucrados. En este sentido, no parece que compaginara la función contractual del mediador como una primera instancia para decidir el conflicto que le sea sometido por las partes del contrato.

En la búsqueda de alguna modalidad de mediación que sea concordante con la figura contenida en las NCBA, debemos señalar que nuestro ordenamiento nacional únicamente registra tres connotaciones en relación con esta figura de manera autónoma:

¹⁰⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-1195 del 15 de noviembre de 2001.

(i) El “Pacto de Bogotá” de 1948 en el cual se define la mediación como el proceso de *“someter la controversia a uno o más gobiernos americanos, o a uno o más ciudadanos eminentes de cualquier Estado Americano. En uno y otro caso, el mediador o los mediadores serán escogidos de común acuerdo por las partes”* definición que de manera general se acompasa con la intención de *“someter”* el conflicto a un tercero, sin embargo no se extrae que los efectos de la actividad del mediador se expresen a través de una decisión, aunque tampoco es contraria a esta posibilidad, salvo por la naturaleza jurídica de este instituto;

(ii) La ley 906 de 2004 prevé disposiciones que consagran la Mediación en el ámbito del derecho penal, que no guardan relación respecto de las situaciones y materias que se tratan en este estudio, sin perjuicio de lo cual es posible razonar que el artículo 522 de tal normatividad se perfila como mecanismo de solución de controversias, con una fuente obligacional distinta a la que aquí se revisa, pero haciendo analogía entre la figura de la conciliación y el mecanismo de la mediación al que deben acudir las partes ante delitos querellables; y

(iii) El carácter popular de la mediación y su estirpe eminentemente social fue registrado en términos de política para el desarrollo de la *“justicia comunitaria”* abanderada por el entonces alcalde de Bogotá Antanas Mockus, quien a través del Decreto 503 de 2003, introdujo para el Distrito Capital funciones y tareas de mediación como facilitadores de la convivencia a líderes sociales que junto con organizaciones cívicas y religiosas promovieran soluciones a los problemas locales de los ciudadanos, sin necesidad de que los mediadores tuviesen la profesión de abogado, sino el reconocimiento de la comunidad y facilitación del diálogo, y sin que, en todo caso, su decisión pudiera ser impuesta a las partes en conflicto.

Desde luego, tratándose de la mediación como etapa inicial de solución de controversias contractuales pactada en el contrato, hay que señalar

que –siguiendo la equivalencia formulada por la Corte Constitucional respecto de la figura de la conciliación y mediación– los Tribunales de arbitramento han resuelto controversias en donde para acudir al arbitraje debía agotarse la “mediación”, afirmando que se habilita a la parte a acudir a la conciliación, por ser es el mecanismo que se encuentra regulado en nuestra normatividad –reforzado en el hecho de que para la misma Corte Constitucional *“la conciliación y la mediación en Colombia son términos sinónimos”*– por lo que *“Exigir el cumplimiento de un procedimiento de mediación, que adolece de las deficiencias antes indicadas y carece de la regulación legal requerida (...), haría nugatorios los efectos de la voluntad de las partes expresada en la cláusula compromisoria, lo cual no puede ser de recibo por este Tribunal”*¹⁰⁶.

Esta equivalencia entre estas instituciones, es nota característica en torno al concepto de mediación en nuestro sistema legal, pues la forma en que se concibe la mediación es como un instrumento de solución de disputas bajo el cual dos o más individuos, personas naturales jurídicas, intentan solucionar sus diferencias con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado mediador¹⁰⁷.

A partir de las anteriores reflexiones, habríamos de retomar el capítulo de la conciliación tratado previamente, donde la problemática, aun con el cambio hacia la figura del mediador, retorna indiscutiblemente a los linderos de incompatibilidad de las funciones establecidas al conciliador o mediador en las normas NCBA del Banco Mundial y las de nuestro derecho nacional, pues la primera instancia de decisión asignada a este tipo de figuras “autocompositivas”, quedarían desnaturalizadas y carentes de eficacia en la solución de los conflictos.

¹⁰⁶ Laudo Arbitral NCT Energy Group C.A. contra Alange Corp, proferido el 12 de octubre de 2012.

¹⁰⁷ Sobre la equivalencia entre el instituto de la mediación y la conciliación ver: The Dispute Resolution Review, sixth edition – Law Business Research, Chapter 10 Colombia, 2014, pág. 172. En este texto se indica: *“Mediation is a dispute resolution procedure by means of which two or more individual or legal entities try to solve their dispute with the help of a third neutral and qualified person, called the mediator (...) Should the parties reach an agreement, obligations contained therein shall be mandatory. They will also be deemed res judicata, therefore the parties shall be entitled to demand compliance with it before a court within a summary collective proceeding”*.

En todo caso hay que mencionar, que al indagar por la figura de la mediación para precisar sus elementos y origen, se observa que en Norteamérica se abandonó el término de la conciliación, *“por la percepción negativa que tal concepto inducía en las partes, especialmente en materia de conflictos de familia, por dos razones: por la idea de que la conciliación ponía fin al conflicto entre las partes de manera definitiva, y por su semejanza con el término reconciliación, que resultaba contrario a lo que buscaba una pareja en proceso de divorcio o separación. Por esa razón se ha hecho énfasis en el término mediación. En Australia, Canadá, Argentina, Uruguay, Perú, España y Colombia, por tan sólo citar algunos ejemplos, el término conciliación se usa como sinónimo de mediación*¹⁰⁸.

En este sentido, en el año 2001 se creó el llamado *“uniform mediation act”* (UMA), que es el estatuto unificador para la regulación de la mediación desarrollado por la *“National Conference of Commissioners on Uniform State Laws”* y la *“American Bar Association’s Section of Dispute Resolution”*, con el propósito de recopilar, en un solo estatuto, la normativa acerca de la mediación que estaba teniendo problemas de confusión legal, pues dentro de Estados Unidos, cerca de dos mil quinientos (2.500) estatutos regulan el tema, siendo difícil saber qué norma aplicar en un caso determinado¹⁰⁹.

De acuerdo con este documento¹¹⁰, la mediación involucra a dos partes que con el fin de resolver un conflicto entre ellas; se reúnen en un mismo

¹⁰⁸Corte Constitucional, Sentencia C-1195 del 15 de noviembre de 2001 que sobre este tema recomienda consultar Singer, Linda, *Settling Disputes*. 1994, Second Edition. Westview Press.

¹⁰⁹Para información más detallada sobre el UMA, se puede revisar el acta comentada y analizada en la página de la NCCUSL que es www.nccusl.org o la UNIFORM LAW COMMISSION.

¹¹⁰El UMA fue creado a partir de unos principios generales que dan cuenta de elementos importantes en la figura de la mediación en Estados Unidos: 1) La necesidad de uniformidad de la ley de mediación entre estados. 2) La necesidad de mantener la mediación confidencial, para que así las partes se sientan cómodas para hablar. 3) La necesidad de la sociedad de discutir en ciertas circunstancias. 4) La necesidad de obtener una pronta, pacífica y económica solución de las disputas. 5) La integridad del proceso de mediación y 6) La necesidad de ayudar a la gente a tener una participación activa en la toma de sus decisiones.

lugar acompañados, si desean, de sus apoderados para dialogar de la manera formal y respetuosa e intentar llegar a una solución de sus conflictos. Este es un procedimiento dentro del cual solo el tercero llamado mediador, es el sujeto externo que está presente en todo momento durante la mediación. Su función principal es regular y coordinar el curso del dialogo, proponiendo también posibles soluciones de las cuales las partes son las únicas con derecho a decidir si se toman en cuenta o no. La naturaleza confidencial de la mediación ayuda a las partes a sentirse suficientemente cómodas para dialogar abiertamente para que así puedan llegar a una solución que beneficie a todos.

Como se ve, bajo el concepto de la mediación en el derecho norteamericano, tampoco se encuentra el sustento bajo el cual pueda entenderse que el mediador esté habilitado para tomar decisiones en lugar de las partes, pues como se ha reseñado, este mecanismo se caracteriza por la generación de espacios de diálogo confidenciales entre éstas, donde el mediador juega el papel de facilitador para que las partes decidan sobre sus conflictos –sin ningún tipo de función judicial pues los mediadores no requieren tener una profesión específica, solo necesitan capacitación de acuerdo con el UMA–, razón por la cual no se puede identificar la institución contractual de la mediación en los términos asignados en este tipo de contratos.

ix. Posibles soluciones a los problemas de las cláusulas de solución de controversias del Banco Mundial

Lo dicho en precedencia, conduce a buscar herramientas que permitan que la cláusula de solución de controversias del Banco Mundial produzca efectos y, para ello, se plantean dos posibilidades a partir del efecto útil asignado en el contrato.

a) El reconocimiento de mediación como figura autónoma

Esta primera posibilidad, se construye a partir del reconocimiento de que la “mediación”, de que tratan las normas Banco Mundial, corresponde a una figura autónoma e independiente, que no tiene origen en el derecho de los Estados y, por lo mismo, no pretende ser espejo de ninguna institución de Derecho interno, sino que su definición legal es la regulada y descrita en el contrato, pues, al parecer, se trataría de una institución de origen contractual aplicable por autorización legal de nuestro estatuto de contratación estatal y de los Convenios suscritos con los organismos multilaterales de crédito, lo que conduciría a reflexionar acerca de la construcción de sistemas administrativos de contratación supranacionales.

A partir de esta reflexión, se podría advertir que ha emergido a la escena contractual pública, el concepto de la supranacionalidad, por el que consideramos que la conformación de la cláusula de controversias contractuales es simplemente el reconocimiento de una figura distinta a las conocidas en nuestro derecho interno.

En este sentido, existiendo como base un instrumento internacional del que Colombia hace parte y por el cual se hace vinculante para el Estado la adopción de todas aquellas reglas provenientes de los reglamentos del Banco Mundial, debemos advertir que lo que se erige ante nuestros ojos es una figura distinta a la de nuestro conciliador o mediador, en la que coincide el nombre mas no su alcance y, por esta razón, más allá de la denominación, debe propenderse por la efectividad de su objeto, sin necesidad de circunscribirla a la corta vista de tener que encontrar una institución “espejo” en las leyes nacionales para entender la figura; simplemente se trata de otra institución, que se aplica a todos los prestatarios de diferentes nacionalidades del Banco Mundial.

Con esta visión podemos afirmar que, a nivel constitucional se armoniza la jerarquía normativa de los tratados internacionales suscritos por Colombia de cara al ordenamiento nacional; a nivel legal se atiende la salvedad establecida en el artículo 13 de la ley 80 modificada por el

artículo 20 de la ley 1150 de 2007 y el artículo 157 del Decreto 1510 de 2013, pero tal vez, uno de los puntos de mayor relevancia en esta reflexión, es que se adopta una figura sin buscar una institución idéntica en Colombia por cuenta de los referentes antes citados, principalmente en tanto los contratos financiados por organismos multilaterales soportan un test en el que se examina la cláusula o particularidad del contrato que se suscribe, de cara a los principios Constitucionales del Estado Social de Derecho.

Bajo este prisma y entendiendo que de lo que se trata en el caso que nos ocupa es propender por la utilización de mecanismos que tiendan a una solución ágil de las controversias –no obstante se establece una fórmula que no es coincidente con una del ordenamiento local– esta situación no constituye per sé violación a los principios en que se funda el Estado Colombiano, por el contrario, se inscribe en los postulados que determinan su validez, como cláusula del contrato ajustada a las finalidades propias del constituyente y legislador en promover este tipo de fórmulas de arreglo. Distinto sería que por cuenta de estos reglamentos se establecieran privilegios para contratistas de determinados países rompiendo el principio de reciprocidad o que se permitiera, como medida sancionatoria en el contrato, la pena de confiscación, por cuanto este tipo de reglamento sería violatorio del derecho a la propiedad que es fundante de nuestro estado de derecho.

Este espíritu de solución de controversias se confirma y ratifica claramente en el estatuto de contratación estatal que, en el artículo 68, dispone la utilización de los mecanismos de solución directa de las controversias, de donde se desprende, en armonía con la interpretación hecha por la Corte Constitucional en sentencia C-1195 de 2001, que siendo la mediación el género y la conciliación una especie, es posible establecer modalidades diversas de mediación donde bien podría emerger un dispositivo especial como lo es el de creación del Banco Mundial para los contratos financiados con tales recursos.

Es evidente que en nada contraviene —la figura establecida en los reglamentos del Banco Mundial bajo la figura del llamado mediador—, al orden público constitucional o a los principios de nuestro estado social de derecho, por el contrario, reiteramos, propende por su consecución y desarrollo. A esta conclusión se llega una vez se logra cotejar específicamente la figura establecida en el reglamento del Banco Mundial en cuanto a la solución de controversias y particularmente lo que comprende el orden público al que hemos hecho referencia como sustento del denominado “test”.

En todo caso, el Consejo de Estado¹¹¹ ha precisado las limitaciones que los reglamentos de los organismos multilaterales de crédito tienen en nuestro ordenamiento y se observa que la norma del Banco Mundial atiende a las finalidades a las que se debe en nuestro sistema constitucional y legal, de las cuales la Corte Constitucional se ha ocupado al tratar la utilización de mecanismos de solución de conflictos en 2009¹¹²

¹¹¹“Orden público en la ley 80.- Esta limitación se encuentra consagrada en forma general cuando exceptúa de la aplicación del régimen privado “las materias particularmente previstas en esta ley” (art.13, inc. 1°), y en forma particular en el artículo 40, al exigir que no se viole la Constitución o la ley.

De allí que en contra de este Orden Público tampoco se aplica el régimen de excepción en el campo internacional. Por consiguiente, cuando se hayan de aplicar los reglamentos de las entidades extranjeras en los casos específicamente autorizados por la norma, deben respetarse todas aquellas disposiciones internas que respondan al concepto de orden público de trascendencia internacional. Así, por ejemplo, tienen esta trascendencia las normas que señalan quienes son “entidades estatales”, porque se trata de un reconocimiento jurídico del sujeto de manera general, en lo nacional e internacional.

b) Provenientes de los convenios internacionales.- Así mismo, existiendo convenios internacionales, especialmente los de financiación o de cooperación, también se hace indispensable tener en cuenta sus limitaciones, restricciones o prohibiciones, pues al haber sido suscritos y aprobados por Colombia, tienen una jerarquía normativa superior a la ley común (arts. 189, num.2, 224 y ss., 150, num. 14 de la C. P.), como la ley 80 de 1993 y desde luego, a la facultad contractual derivada de ésta.

Por lo tanto, también deberá ser confrontado el contrato a celebrarse con el convenio de cooperación internacional que se desarrolla, el cual puede contener algunos límites no sólo por la materia, que por lo general es especializada (educativa, social, etc.), sino con otro tipo de regulaciones (como las fiscales, aduaneras).

c) Orden Público Constitucional.- Además, se hace indispensable confrontar el contrato materia de la financiación y la ley aplicable con la normatividad constitucional, la que si bien es cierto admite la libertad contractual del Estado, también contiene normas de orden público que deben ser tenidas en cuenta, como las que reconocen a Colombia como un Estado Social de Derecho constituido como República Unitaria”. Consejo de Estado, Concepto 11001-03-06-000-2004-01615-00(1615) del 2 de diciembre de 2004. M.P. GUSTAVO APONTE SANTOS

¹¹²Corte Constitucional Sentencia C- 713 de 2008. M.P. CLARA INÉS VARGAS.

y al pronunciarse respecto de la ley 1285 de 2009, en cuya sentencia manifestó, respecto del artículo 3 de la ley analizada, que:

“2. La autorización genérica para que el Legislador implemente los denominados mecanismos alternativos de solución de conflictos fue objeto de estudio en la sentencia C-037 de 1996, cuyos argumentos mantienen plena vigencia. En aquella oportunidad la Corte encontró ajustada a la Constitución esa facultad, en los siguientes términos:

‘Como se ha expuesto a lo largo de esta providencia, el propósito fundamental de la administración de justicia es hacer realidad los principios y valores que inspiran al Estado social de derecho, entre los cuales se encuentran la paz, la tranquilidad, el orden justo y la armonía de las relaciones sociales, es decir, la convivencia (Cfr. Preámbulo, Arts. 1 y 2 C.P.). Con todo, para la Corte es claro que esas metas se hacen realidad no sólo mediante el pronunciamiento formal y definitivo de un juez de la República, sino que asimismo es posible lograrlo acudiendo a la amigable composición o a la intervención de un tercero que no hace parte de la rama judicial. (...) Adicionalmente, debe insistirse en que con los mecanismos descritos se logra cumplir con los deberes fundamentales de que trata el artículo 95 superior, como es el caso de colaborar con el funcionamiento de la justicia (Núm. 5) y propender al logro y mantenimiento de la paz (Num.6). Con todo, conviene puntualizar que el término “asociados” que hace parte de la norma bajo examen, incluye, además de los particulares, también a las entidades públicas’.

Bajo estos postulados, podemos afirmar que no se contraviene el orden público constitucional ni legal colombiano, sino que se adopta una institución de solución de controversias de carácter especial, denominada “mediación”, de conformidad con la definición establecida en los reglamentos a los que se sometió Colombia por cuenta de disposición expresada en la ley de contratación estatal y en la Convención suscrita entre el Banco Mundial y nuestro país, como beneficiario de los créditos bajo las condiciones establecidas por este organismo multilateral.

b) La mediación como conciliación (amigable composición)

Esta lectura impone que, al ser figuras análogas —la conciliación y la mediación, entendida como “aquella figura en la cual un tercero interviene entre dos partes que se encuentran en conflicto con el fin de orientarlos,

informarlos y asesorarlos, pero no toma decisiones ni propone fórmulas de arreglo"¹¹³; en todo caso, el mediador no puede imponer una decisión a las partes, y las mismas no están obligadas a continuar con el procedimiento de mediación si ese es su deseo, y lo que allí se decida es enteramente confidencial¹¹⁴—, deba entenderse que cuando el contrato menciona al mediador¹¹⁵ o conciliador¹¹⁶, se refiere al mecanismo de amigable composición¹¹⁷, en función de la interpretación que le permita a la cláusula producir efectos, por encima de su consagración meramente contractual.

Desde luego, la explicación de esta figura se torna en fundamental pues, en la actualidad, al tener definido por la Corte Constitucional que la mediación y la conciliación son conceptos sinónimos, habrá de atenderse a los problemas estructurales en la aplicación de la cláusula de controversias a través de la intervención de un amigable componedor, toda vez que este mecanismo, desde la época antigua, despunta como un instrumento de autocomposición de las partes, donde es un tercero quien toma una decisión en representación de ellas, y cuyos efectos son los propios de un contrato de transacción. Los orígenes de esta figura se

¹¹³ Vid. JUNCO VARGAS, JOSÉ ROBERTO, *La conciliación, aspectos sustanciales y procesales*, Cuarta Edición, Editorial Temis, Bogotá, 2002, págs. 24 y 25.

¹¹⁴ Confróntese, DÍAZ COLORADO, FERNANDO, *Conflicto, mediación y conciliación desde una mirada restaurativa y psicojurídica*, Universidad Javeriana, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2013, págs. 103 y 14.

¹¹⁵ *"La actividad realizada por una persona de confianza de quienes sostienen intereses contrapuestos con el fin de evitar o finalizar un litigio"* Cfr. NUÑEZ BARÓN, JAIDIVI *et. al.*, *Manual práctico de mediación*, Editorial Legis, Bogotá, 2008, pág. 227. De igual forma, se ha entendido por la mediación —como mecanismo alternativo de solución de conflictos— *"el proceso mediante el cual los actores del conflicto, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, buscan encontrar opciones para llegar a un acuerdo mutuo que se ajusten a sus necesidades"*. Véase, ROBAYO CASTILLO, GUSTAVO ADOLFO, *La mediación, un medio pacífico para la solución de conflictos*, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2010, pág. 38. En el mismo sentido, VITTONI DAVILA, ALBERTO, *Mecanismos alternativos de solución de conflictos*, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2010, pág. 29.

¹¹⁶ Por otra parte, se entiende por conciliador *"aquel tercero experto e imparcial que con el fin de persuadirlas, que interviene entre las partes con el fin de persuadirlas e informarlas con autoridad como director del acto"*. Vid. JUNCO VARGAS, JOSÉ ROBERTO, *La conciliación, aspectos sustanciales y procesales*, Cuarta Edición, Editorial Temis, Bogotá, 2002, págs. 25.

¹¹⁷ *"En cuyo caso, los componedores no ejercen jurisdicción, limitándose a idear formular de cercamiento entre las partes"*. Palacio Hincapie Juan Ángel, *La contratación de las entidades estatales*, Librería Jurídica Sánchez, Medellín, 2010, pág. 51.

remontan a la época de la decadencia del imperio romano, momento en el que: *“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)”*¹¹⁸. Luego, en la alta edad media, bajo la influencia de la Iglesia, se preservó 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’*¹¹⁹, precisamente por la confianza en ellos depositada, sin sujeción a los sistemas procesales.

En nuestro ordenamiento, el Código de Procedimiento Civil de 1970 contempló en su artículo 677¹²⁰ y en el art. 147 del Decreto 2304 –finalizando el tratamiento del proceso arbitral– la figura de la amigable composición¹²¹ como mecanismo de solución de controversias susceptibles de transacción así:

¹¹⁸Sentencia T- 017/05 del 20 de enero de 2005 M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL.

¹¹⁹ *Ibíd.*

¹²⁰ Texto original disponible sobre el sitio:

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_procedimiento_civil_pr022.html.

¹²¹ Respecto de la naturaleza jurídica de la figura de amigable componedor, debe decirse que *“esta figura se asemeja al arbitramento en cuanto traslada a terceras personas el encargo de solucionar los problemas o diferencias que enfrentan las partes, pero se diferencia de aquél en cuanto la decisión de éstas no tiene carácter jurisdiccional sino contractual. Dicho carácter contractual es el que justifica el calificativo de amigable, ya que de lo que se trata es de lograr una solución satisfactoria para todos, fruto de una negociación en la que se considere la*

“Amigables componedores. En los casos previstos en el inciso primero del artículo 663 podrán los interesados someter sus diferencias a amigables componedores. La declaración de éstos tiene valor contractual entre aquellos, pero no producirá efectos de laudo arbitral”¹²².

Un año más tarde, con la expedición del Código de Comercio, se recogió en el artículo 2025¹²³ esta figura en el entendido de que la decisión de los amigables componedores *“tiene el mismo valor que si las partes lo hubieran convenido mediante contrato de transacción”¹²⁴*. Con el Decreto 2279 de 1989¹²⁵ surge una delimitación en torno a la amigable composición, que anteriormente no existía, como mecanismo alternativo de solución de conflictos y, al derogar el título XXXIII del estatuto de procedimiento civil, junto con el artículo 667 antes citado, se abren paso en el mundo legislativo las regulaciones contenidas en los artículos 51 y 52¹²⁶.

evolución que el contrato haya tenido en su ejecución”. Vid. MUTIS VANEGAS, ANDRÉS *et. al.*, La contratación estatal: análisis y perspectivas, Universidad Javeriana, Fundación Social, Bogotá, 2000, pág. 448.

¹²² El artículo 663 al que se refería la norma es del siguiente tenor. *“Compromiso y Cláusula compromisoria. 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 aquel, 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 la renuncia a hacer valer las respectivas pretensiones ante los jueces, pero no impiden adelantar ante estos procesos de ejecución.*

¹²³ *“En los casos previstos en el inciso primero del artículo 2011 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”*.

¹²⁴ DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO, *“Compendio de Derecho Procesal”* Bogotá, tercera edición, p. 701. Este autor señala, así mismo, que *“el artículo 677 del Código de Procedimiento Civil (igual al 2025 del Código de Comercio) dice únicamente que tiene valor contractual, pero sin duda este contrato tiene las características de transacción, puesto que mediante él se resuelven diferencias”*.

¹²⁵ *“Por el cual se implementan sistemas de solución de conflictos entre **particulares** y se dictan otras disposiciones”* (resaltado fuera de texto)

¹²⁶ *“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.

Posteriormente, la Ley 23 de 1991¹²⁷ adicionó, al artículo 51 del Decreto 2279, el inciso segundo en el siguiente sentido: *“Si las partes estuvieren de acuerdo, designarán los amigables componedores, o deferirán su nombramiento a un tercero”*. Ya en 1993, con la expedición de la ley 80, se consagra expresamente en el texto legal administrativo la noción de la amigable composición, al lado de los demás mecanismos de solución de controversias. Las razones, formuladas en el proyecto de ley respectivo, apuntaban a la búsqueda de *“una mayor eficacia, dinamismo y justicia en la actividad contractual al reducir los costos importantes de los conflictos juzgados por la jurisdicción. Aunque la entidad estatal contratante tenga los poderes de poder público para modificar las condiciones de ejecución del contrato, y el deber de reconocer al contratista las indemnizaciones correspondientes, era necesario también reconocerle de manera clara su competencia transaccional con el fin de resolver los diferendos con su contratista”*¹²⁸

Como producto normativo de esta reforma se consagra entonces a la amigable composición en el artículo 68 de la ley 80 que dispone:

“Artículo 68º.- De la Utilización de Mecanismos de Solución Directa de las Controversias Contractuales. Las entidades a que se refiere el artículo del presente Estatuto y los contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual.

2. Las cuestiones objeto de la amigable composición.

3. El nombre o nombres de los amigables componedores cuando las partes no hayan deferido su designación a un tercero.

4. El término para cumplir el encargo, que no podrá exceder de treinta (30) días”.

¹²⁷“Por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los Despachos Judiciales, y se dictan otras disposiciones”

¹²⁸ Benavides, José Luis. “El Contrato Estatal” Ob. Cit., p. 239. Seguidamente el autor cita la “Exposición de Motivos de la ley 80 de 1993 en Betancur Cuartas, p. 144 señalando *“En otros términos concluía el proyecto de ley que debe entenderse con claridad que dentro del desarrollo de un contrato administrativo bien pueden darse los simples convenios, convenciones o acuerdos como expresión normal del desarrollo del contrato, de su administración o ejecución, los cuales no envuelven el concepto de contienda, litigio o controversia, respecto de los cuales no puede hablarse de la utilización de la capacidad de transigir de la administración, pero también podrá presentarse la celebración de verdaderos contratos de transacción (Exposición de motivos ley 80 de 1993, en Betancur Cuartas p. 144)*

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”.

El auge en la utilización de estas formas alternativas de solución de diferencias en los distintos campos del Derecho y la necesidad de descongestionar a través de estos mecanismos la administración de justicia condujo a la expedición de la ley 446 de 1998¹²⁹ que en los artículos 130 a 132¹³⁰ regulan la amigable composición, preceptos que posteriormente fueron incluidos con el mismo alcance en el Decreto 1818 de 1998, conocido como el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos.¹³¹

Es de anotar que el Decreto 1818 de 1998 –que buscó compilar la normatividad existente relacionada con los mecanismos alternativos de solución de conflictos– al definir esta figura en el artículo 223 (130 de la ley 446 de 1998), nombra exclusivamente a los *particulares* como los sujetos que pueden delegar en un tercero la solución de una controversia, precepto en que se fundamenta algún sector de la doctrina que por mucho tiempo rechazó la procedencia de la amigable composición en el marco de los contratos estatales¹³²; adicionalmente, por cuanto las normas

¹²⁹“Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia”.

¹³⁰“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./ Artículo 131. Efectos. La decisión del amigable componedor producirá los efectos legales relativos a la transacción. /Artículo 132. 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.”

¹³¹Inclusión efectuada en los artículos 223, 224 y 225 del Decreto 1818 de 1998.

¹³²“La única restricción que se tiene es que el Estado no puede acudir a la amigable composición, pues ella está prevista para conflictos entre particulares: “por medio del cual, dos o más particulares” como expresa el artículo 130 de la citada Ley 446 de 1998, y está bien que así sea en el ámbito interno, porque el Estado no puede estar sometido a los vaivenes de los caprichos del funcionario de turno que pactare la solución de la amigable

de la ley 446 de 1998, al ser posteriores a la ley 80 y especiales en relación con los mecanismos alternativos de solución de conflictos, en su entender, derogan esta facultad para el Estado.

En contraposición a esta postura, se argumenta, por otra parte¹³³, que: (i) la especialidad de la ley 80, que se refiere en particular a esta institución en el artículo 68 ya mencionado, se mantiene vigente para los contratos del estado; (ii) por virtud de la ausencia de derogatoria por parte de la ley 1150 de 2007¹³⁴ de este mecanismo de arreglo de controversias; y, (iii) por la inclusión de la amigable composición como herramienta válida en los contratos del estado¹³⁵, de conformidad con el artículo 226 del Decreto 1818 de 1998.

En la actualidad se han resuelto, en favor de la amigable composición, las posiciones que oscilaban entre la procedencia y la improcedencia de esta figura en la contratación pública, pues, además de las razones expresadas

composición". GAMBOA SERRANO RAFAEL. "Arbitramento. Ubicación y Recursos". Revista Universitas, Bogotá. No. 110. Pág. 551 – 552.

¹³³En este sentido, dentro del trámite de la acción de tutela 2009-1241 promovida por Metrolínea S.A. contra la Sociedad Colombiana de Ingenieros y su panel de amigables componedores por adelantar un trámite de amigable composición y no una conciliación tal como lo disponen las normas de Banco Mundial, en presunta violación del derecho constitucional al debido proceso, el abogado Enrique Gómez Martínez –en su condición de accionado– rechaza el argumento de la entidad pública que aducía la "improcedencia de tramitar una amigable composición en conflictos derivados del contrato estatal entre un particular y una entidad estatal" y señala entre otros planteamientos que "el mismo gobierno, ponente de la ley 446, realizó la compilación ordenada a través del conocido decreto 1818 de 1998 en el cual, debe resaltarse, el gobierno, autor de la ley repito, incluyó como vigente en su totalidad el artículo 68 de la ley 80 de 1993, inclusión que no puede desconocerse en cuanto a la ausencia de la intención del legislador al aprobar el artículo 130 de la ley 446 de derogar el artículo 68 de la ley de contratación estatal. Por otra parte, la ley 446, en su artículo 167, contiene un detallado inventario de derogatorias, derivado precisamente, en cuanto a técnica legislativa, de la intención de orientar al compilador actuando en cumplimiento de lo previsto en el artículo 166 ya citado respecto de las normas que quedaban derogadas, y allí, en el artículo 167, no se menciona ni total ni parcialmente el artículo 68 de la ley 80 de 1993."

¹³⁴"Artículo 32. Derogatoria. A partir de la vigencia de la presente ley, quedan derogados los siguientes artículos de la Ley 80 de 1993: (...)" sin que se mencione el artículo 68 de la ley 80 de 1993.

¹³⁵ "Artículo 226. De la utilización de mecanismos de solución directa de las controversias contractuales. Las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto y los contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual. Para tal efecto, al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en esta ley y a la conciliación, amigable composición y transacción (artículo 68 inciso 1o. y 2o., Ley 80 de 1993).

por la doctrina y la adecuada interpretación normativa y jurisprudencial que aceptaba su consagración en la escena estatal, la Ley 1563 de 2012 por medio de la cual fue expedido el “Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional” , fue clara en señalar los sujetos que pueden acudir a este mecanismo 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.

b.b.) La jurisprudencia y la amigable composición.

Las altas Cortes han reconocido la existencia y validez de la amigable composición en los conflictos que tengan como parte una entidad del estado. Estos pronunciamientos, que presentamos cronológicamente, constituyen la jurisprudencia más relevante sobre la materia.

El primero de ellos y que consideramos apreciable, proviene del Consejo de Estado que, en sentencia del 6 de febrero de 1998, reconoce la validez de la amigable composición para contratos del estado y explica que este instituto es simplemente una transacción lograda a través de terceros con facultades para comprometer contractualmente a las partes y no con la fuerza judicial de una sentencia:

“(...) 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”¹³⁶

Luego, en 2004 la misma Corporación reiteró la postura¹³⁷ y recordó, además, que su aplicación procede de conformidad con el artículo 38 de Ley 153 de 1.887 que establece que a los contratos se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, excepto aquellas concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato.

Por su parte, la Corte Constitucional en 2005¹³⁸, precisó lo siguiente que el principio del arreglo directo constituye uno de los pilares fundamentales bajo los cuales se edifica el Estatuto de la Contratación Estatal o Administrativa; en tal virtud, su finalidad es la de someter las controversias que se presentan en la ejecución y desarrollo de la actividad contractual a la solución de manera rápida, inmediata y directa de las partes. En sala de revisión, la misma Corte indica que este principio se encuentra taxativamente reconocido en el artículo 68 de la Ley 80 de 1993 y que, de cara a la amigable composición en materia de contratación estatal, le resultan exigibles 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 administrativos¹³⁹.

¹³⁶En idéntico sentido, 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.

¹³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, providencia del 22 de abril de dos mil cuatro 2004, Consejero Ponente Ricardo Hoyos Duque.

¹³⁸Corte Constitucional, Sentencia T- 017/05 del 20 de enero de 2005 M.P. Rodrigo Escobar Gil. Accionante el INVIAS y accionada la Sociedad Colombiana de Ingenieros (SCI) por presunta violación al derecho al debido proceso al considerar el actor que si bien este mecanismo se pactó con arreglo a lo dispuesto en el art. 68 de la ley 80/93 al no existir en la SCI un procedimiento específico para la amigable composición se viola su derecho y por ello solicita se tutele su derecho y se deje en libertad a las partes para acudir al juez natural. La SCI señala que es un mecanismo autorizado por ley sin un procedimiento obligatorio y concluye que “el Centro ha participado en más de 20 procesos de amigable composición con entidades públicas, sin cuestionamientos de ningún tipo”.

¹³⁹Añade la Corte Constitucional Ibidem 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

Posteriormente, en 2009 la Corte Constitucional¹⁴⁰ reiteró que: “el propósito fundamental de la administración de justicia es hacer realidad los principios y valores que inspiran al Estado social de derecho, entre los cuales se encuentran la paz, la tranquilidad, el orden justo y la armonía de las relaciones sociales, es decir, la convivencia (Cfr. Preámbulo, Arts. 1 y 2 C.P.). Con todo, para la Corte es claro que esas metas se hacen realidad no sólo mediante el pronunciamiento formal y definitivo de un juez de la República, sino que asimismo es posible lograrlo acudiendo a la amigable composición o a la intervención de un tercero que no hace parte de la rama judicial. (...) Adicionalmente, debe insistirse en que con los mecanismos descritos se logra cumplir con los deberes fundamentales de que trata el artículo 95 superior, como es el caso de colaborar con el funcionamiento de la justicia (Num. 5) y propender al logro y mantenimiento de la paz (Num. 6). Con todo, conviene puntualizar que el término “asociados” que hace parte de la norma bajo examen, incluye, además de los particulares, también a las entidades públicas”.

La jurisprudencia es clara al registrar la amigable composición dentro de los mecanismos de solución de conflictos previstos para los contratos del estado. Sin embargo, en criterio de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado¹⁴¹, se consideró improcedente la figura en el ámbito estatal, básicamente considerando que la amigable composición era exclusiva para los particulares^{142 143}.

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 (...) “según el caso, el citado documento se convierte en un contrato adicional y modificadorio al contrato que le dio origen a la discrepancia solucionada”

¹⁴⁰Corte Constitucional Sentencia C- 713 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas.

¹⁴¹Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1952 del 13 de agosto de 2009. Consejero Ponente: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO.

¹⁴²En el mismo sentido se pronunció la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el Concepto 1246 de marzo 16 de 2000 al indicar, en tratándose de la amigable composición, que “en la materia que ocupa a esta Sala, su autorización no está dada a las entidades estatales, pues sólo es aplicable a los particulares”

¹⁴³Adicionalmente indica el Concepto 1952 del 13 de agosto de 2009 que “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.”

Sin embargo y como ya mencionamos, la controversia fue zanjada mediante el artículo 59 de la ley 1563 de 2012 que explícitamente se refirió a la amigable composición como mecanismo disponible en la contratación de las entidades estatales. Este horizonte clarificado por la norma citada, ha sido ratificado por la jurisprudencia del Consejo de Estado de manera reciente, apartándose del concepto de 2009 emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil, que no le daba cabida a la amigable composición en materia de contratación estatal, llegando a la siguiente conclusión:

“Es de anotar que, en materia de contratación estatal, el artículo 68 de la ley 80 de 1993 previó la posibilidad de utilizar la amigable composición, para efectos de zanjar las diferencias que, en desarrollo de la actividad contractual del Estado, surjan entre las partes; tal disposición fue compilada, igualmente, por el artículo 226 del Decreto 1818 de 1998 y, por ende, se debe entender que la normatividad contenida en la Ley 446 de 1998 comprende no sólo a los particulares sino a las entidades del Estado”¹⁴⁴. En la nota de pié de página que acompaña el segmento transcrito, afirma el Consejo de Estado lo siguiente: “Sin embargo, se advierte que, en concepto de 13 de agosto de 2009 –que esta Sala no comparte–, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado opinó que las entidades estatales no pueden acudir al mecanismo de la amigable composición”.

No cabe duda, de una parte, de que la amigable composición es un instrumento al que pueden acceder las entidades del estado para solucionar las diferencias surgidas con ocasión de un negocio jurídico y, de otra parte, que si lo que se pretende es encontrar la figura legal que en nuestro ordenamiento cumpla las finalidades descritas para el “conciliador” en las normas de contratación Banco Mundial, la amigable composición resulta ser un instituto adecuado para las entidades públicas en la realización de los efectos indicados en la cláusula de

¹⁴⁴Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 4 de abril de 2013, C.P. Dr. CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA.

solución de controversias contractuales de las normas del Banco Mundial¹⁴⁵.

x. Conclusiones

Llegados a esta altura de la exposición, es menester dejar sentadas las siguientes reflexiones:

De cara a los problemas que suscitan las cláusulas de solución de controversias del Banco Mundial, se evidencia el encuentro de paradigmas y figuras jurídicas que no tienen plena correspondencia entre sí, pero que resulta necesario armonizar en los terrenos de Derecho interno. Ello, además, demuestra un Derecho cada vez más “globalizado” que plantea interesantes desafíos en relación con la crisis (en sentido de cambio) de las fuentes del derecho.

También se evidencia que es la transacción económica la unidad contractual fundamental en la definición, alcance y estructura de las formas de gobierno de los contratos, que imponen formas simples para contratos simples y formas de gobierno más complejas o inacabadas para estructuras complejas, lo contrario incrementaría los costos económicos de la transacción y alejaría a las partes de las mutuas ventajas que se proponen con sus acuerdos.

¹⁴⁵ Tribunal de Arbitramento, Laudo Metrolínea S.A. vs. Vargas Velandia Ltda, del 26 de julio de 2011 donde se reafirma que la interpretación de las cláusulas de solución de controversias del Banco Mundial en contratos estatales para Colombia implican que el conciliador debe ser entendido en nuestro sistema legal como amigable componedor. *“En desarrollo de lo anterior, no puede válidamente Metrolínea considerar que el significado de la palabra “conciliador” referido al contrato de marras era el corrientemente utilizado en el derecho interno colombiano. Por el contrario, fueron claros los términos de referencia cuando definieron su concepto, y le dieron una designación de carácter contractual, que en el presente evento solamente podía corresponder al mecanismo de la amigable composición. En tal sentido, no podía interpretarse la cláusula en su expresión “corriente”, en la medida que bien sabía Metrolínea que en el régimen de la conciliación administrativa previsto en el derecho interno, la designación del conciliador no tiene carácter contractual, sino por el contrario, por mandato legal la misma procede únicamente ante los agentes del Ministerio Público, y su aprobación es de carácter judicial.”* Pág. 54

Frente a ese panorama y a partir del problema jurídico planteado, se pueden formular dos alternativas: en primer lugar, la mediación como una figura autónoma cuyo origen y definición legal son reguladas y descritas en el contrato, esto es, se trata de una institución de origen contractual aplicable por autorización legal de nuestro estatuto de contratación estatal y de los Convenios suscritos con los organismos multilaterales de crédito, a partir de la cual sea posible hacer producir los efectos indicados por el Banco Mundial en cabeza del mediador y de esta manera se implemente su desarrollo en nuestro escenario contractual y de resolución de controversias, abriendo el espectro hacia un sistema jurídico que reconozca y de fe de la apertura del derecho.

Así mismo, en segundo lugar, si se parte de que la mediación es considerada en nuestro sistema como figura análoga de la conciliación con las características y alcance que le son conocidas en nuestro medio – lo que impediría a la cláusula desatar sus efectos en estricto sentido a nivel local– habrá que acudir al instituto de la amigable composición como el mecanismo disponible en nuestro ordenamiento jurídico capaz de producir los efectos impuestos a los contratos financiados por el Banco Mundial en la cláusula de solución de controversias, con el fin de lograr desatar el efecto útil de la cláusula, claro, si esta depende en nuestro medio de la existencia de una figura análoga en el entorno legal nacional.

En cualquiera de estos dos casos, la determinación de la alternativa a aplicar podría partir de la denominada teoría "*would have wanted*" de forma moderada para que el legislador o el juzgador determine lo que las partes hubieran querido, dotándolas de una regla eficaz predeterminada que induce a las partes que contratan de forma explícita, para las futuras contrataciones que adelante bajo esos reglamentos el Banco Mundial.

Desde luego, el debate queda abierto para que se reafirme, a través de la doctrina y/o la jurisprudencia una de las dos propuestas que emanan del presente trabajo.

xi. Bibliografía

DOCTRINA

1. ALJURE SALAME, ANTONIO. La ley aplicable al contrato estatal en Colombia, Bogotá. Revista Foro de Derecho Mercantil No. 6, enero – marzo de 2.005.
2. AYRES I. & GERTNER R. Filling gaps in incomplete contracts: An economic theory of default rules. Yale Law Journal, 1989.
3. BENAVIDES JOSÉ LUIS. “El Contrato Estatal, entre lo público y lo privado”, Universidad Externado de Colombia, 2ª Edición, Bogotá.
4. BERMÚDEZ SÁNCHEZ JAVIER, Tratado de Contratos, Tomo I, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
5. BETTI, EMILIO, “*Teoría General del Negocio Jurídico*” trad. A cargo de A. MARTÍN, PEREZ, Madrid 1959.
6. BLACKABY, NIGEL. “El Arbitraje según los tratados bilaterales de inversión y tratados de libre comercio en América Latina” en Revista Internacional de Arbitraje, Universidad Sergio Arboleda, Junio – Diciembre 2004.
7. BONNECASE disponible sobre el sitio <http://domiarmo.iespana.es/index-193.htm>
8. BORJA DÁVILA, RAMIRO, Estudios jurídicos sobre contratación estatal, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2009.
9. CASTRO CUENCA, CARLOS *et al.*, La contratación estatal: teoría general, perspectiva comparada y regulación internacional, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2010.
10. DÁVILA VINUENZA, LUIS GUILLERMO, “*Régimen jurídico de la contratación estatal*” Legis, Bogotá, 2003,
11. DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO, “Compendio de Derecho Procesal” Bogotá, tercera edición.
12. DÍAZ COLORADO, FERNANDO, Conflicto, mediación y conciliación desde una mirada restaurativa y psicojurídica, Universidad Javeriana, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2013.

13. DÍEZ MANUEL MARÍA, Derecho Administrativo, Tomo II. Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L., Buenos Aires, 1965
14. GAMBOA SERRANO RAFAEL. *“Arbitramento. Ubicación y Recursos”*. Revista Universitas, Bogotá. No. 110. Pág. 551 – 552
15. GÓMEZ DE MERCADO, FRANCISCO, Manual de contratación y responsabilidad de la Administración, Editorial Comares, Granada, 2004.
16. GONZÁLEZ DE CANCINO, EMILSE *“Manual de Derecho Romano”* Universidad Externado de Colombia Bogotá, 1996.
17. GUERRERO, SILVIA GABRIELA, La mediación como herramienta de la justicia restaurativa, Opinión Jurídica - Universidad de Medellín, 2013. *“El sistema francés y el sistema anglosajón: servicios públicos y prerrogativas del estado”*. Tomado del sitio <http://es.scribd.com>
18. JUNCO VARGAS, JOSÉ ROBERTO, La conciliación, aspectos sustanciales y procesales, Cuarta Edición, Editorial Temis, Bogotá, 2002.
19. LARROUMET, CHRISTIAN, Teoría general del contrato, Volumen I, Editorial Temis, Bogotá, 1993.
20. LAW BUSSINES RESEARCH, The Dispute Resolution Review. Chapter 10, Colombia, 2014.
21. LÓPEZ SANTA MARÍA, JORGE, Los contratos, Parte General, Quinta Edición, Editorial Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2010.
22. LORENZETTI, RICARDO LUIS, Tratado de los contratos, Tomo I, Segunda Edición, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2007.
23. MANTILLA ESPINOSA FABRICIO Y TERNERA BARRIOS FRANCISCO *“Los contratos de Derecho Privado”*. *El Derecho de los Contratos: entre lo general y lo especial* Universidad del Rosario.
24. MÁRQUEZ CÁRDENAS, ALVARO E. La mediación como mecanismo de justicia restaurativa, Revista Prolegómenos - Derechos y Valores - - Volumen XV - No. 29 - Enero - Junio 2012, Bogotá, D.C. Colombia.
25. MAZEUD, HENR *et al.*, Lecciones de Derecho Civil, Parte Segunda, Volumen I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1969.
26. MELISH ORZINI, JOSÉ, El contrato administrativo en el marco general de la doctrina del contrato. En: Contratación contemporánea, Teoría

- general y principios, Editoriales Palestra y Temis, Lima y Bogotá, 2000.
27. MOZO ÁLVAREZ, HECTOR MAURICIO, La mediación como herramienta de la justicia restaurativa, *Opinión Jurídica - Universidad de Medellín* Vol. 12, N° 23, pp. 99-114, Medellín.
 28. MUTIS VANEGAS, ANDRÉS *et. al.*, La contratación estatal: análisis y perspectivas, Universidad Javeriana, Fundación Social, Bogotá, 2000.
 29. MYRIAM SALCEDO CASTRO en “El arbitraje en los contratos concluidos por la administración”, Bogotá. Editorial Universidad del Rosario, 2006.
 30. NUÑEZ BARON, JAIDIVI *et. al.*, Manual práctico de mediación, Editorial Legis, Bogotá, 2008, pág. 227.
 31. OÑATE ACOSTA TATIANA. “Los contratos de Estado y los acuerdos Internacionales de Inversión”, en “Los contratos de Derecho Privado”. Universidad del Rosario, Editorial Legis, 2008.
 32. PALACIO HINCAPIE, JUAN ÁNGEL, La contratación de las entidades estatales, Librería Jurídica Sánchez, Medellín, 2010.
 33. PALACIO HINCAPIÉ, JUAN ÁNGEL. “La contratación de las Entidades Estatales”. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda, Sexta Edición, 2010
 34. PEÑA CASTRILLÓN, GILBERTO. “Solución de controversias en la contratación estatal en “la Nueva Contratación Administrativa”, Cámara de Comercio de Bogotá 1994.
 35. ROBAYO CASTILLO, GUSTAVO ADOLFO, La mediación, un medio pacífico para la solución de conflictos, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2010.
 36. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, LIBARDO, “El derecho administrativo frente a la internacionalización del Derecho y en particular frente al derecho comunitario” en “Retos y Perspectivas del Derecho”, segunda parte, Universidad del Rosario, Bogotá, 2009.
 37. SÁCHICA, LUIS CARLOS, “Introducción al Derecho Comunitario Andino”, Quito, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1985.

38. SALCEDO CASTRO, MYRIAM. El arbitraje en los contratos concluidos por la administración, Bogotá. Editorial Universidad del Rosario, 2006.
39. SCHWARTZ, A. Default Rule Paradigm and the Limits of Contract Law, The. S. Cal. Interdisc., 1993.
40. SOLARTE MAYA, FELIPE ALIRIO, Contratos estatales atípicos, Segunda Edición, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2010.
41. UNIFORM LAW COMMISSION www.nccusl.org
42. VITTONI DAVILA, ALBERTO, Mecanismos alternativos de solución de conflictos, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2010.
43. WILLIAMSON, OLIVER E. Transaction-cost economics: the governance of contractual relations. Journal of law and economics, 1979.
44. WILLIAMSON, OLIVER E. Comparative economic organization: The analysis of discrete structural alternatives. Administrative science quarterly. 1991.
45. WILLIAMSON, OLIVER E. Revisiting legal realism: the law, economics, and organization perspective." Industrial and Corporate Change 5.2, 1996.
46. WILLIAMSON, OLIVER E. The theory of the firm as governance structure: from choice to contract. Journal of economic perspectives, 2002.
47. WILLIAMSON, OLIVER E. "The lens of contract: private ordering." American Economic Review, 2002.

JURISPRUDENCIA

1. Corte Constitucional, Sentencia C- 249 de 2004
2. Corte Constitucional, Sentencia C- 713 de 2008.
3. Corte Constitucional, Sentencia C-1189 de 2000.
4. Corte Constitucional, Sentencia C-137 de 1996.
5. Corte Constitucional, Sentencia C- 1195 de 2001.
6. Corte Constitucional, Sentencia C-163 de 1999.
7. Corte Constitucional, Sentencia T- 017 de 2005

8. Corte Constitucional, Sentencia C-241 de 2011
9. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, consulta del 1 de noviembre de 1995. Radicado No. 742.
10. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 6 junio de 2002 del M.P.
11. Consejo de Estado, Sección Tercera, , Sentencia del 22 de abril de dos mil cuatro 2004
12. Consejo de Estado, Concepto del 29 de enero de 2004. .
13. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 26 de febrero de 2004.
14. Consejo de Estado, Concepto del 2 de diciembre de 2004.
15. Consejo de Estado, Concepto 1952 del 13 de agosto de 2009.
16. Consejo de Estado, Concepto 1246 de marzo 16 de 2000.
17. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 30 de enero de 2013
18. Consejo de Estado, Sección Tercera, Providencia del 4 de abril de 2013.
19. Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 27 de julio de 2011.
20. Tribunal de Arbitramento, Laudo Metrolínea S.A. vs. Vargas Velandia Ltda, proferido el 26 de julio de 2011.
21. Tribunal de Arbitramento, Laudo Arbitral NCT Energy Group C.A. contra Alange Corp, proferido el 12 de octubre de 2012.

INSTRUMENTOS LEGALES Y DOCUMENTOS

Concepto de la Procuradora Quinta Judicial Administrativa emitido en atención a la solicitud presentada ante la Procuraduría Primera ante el Consejo de Estado. Conciliación Consorcio Canal de Cundinamarca 2001 – Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P.

Concepto del Departamento Nacional de Planeación del 28 de febrero de 2011 Concepto del Ministerio de Relaciones Exteriores del 10 del 20 de marzo de 2013.

Código Civil Colombiano.

Código de Procedimiento Civil Colombiano.

Código de Comercio Colombiano.

Constitución Política de Colombia.

Decreto 2279 de 1989.

Decreto 2681 de 1993.

Decreto 1818 de 1998.

Decreto 2166 de 2004.

Decreto 1510 de 2013

Decreto 2474 de 2008

Documentos de licitación estándar (SBD) disponibles página Banco Mundial.

Ley 76 de 1946 por medio de la cual Colombia se adhiere al Convenio Internacional que crea el BIRF.

Ley 80 de 1993.

Ley 446 de 1998

Ley 1150 de 2007

Ley 1563 de 2012

“Normas: Contrataciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF” disponibles página Banco Mundial.