



MEMORANDO

Versión 0

Fecha	Noviembre 1 de 2017	Consecutivo	GGE-OAJ-ME-0031
De	LUISA FERNANDA MORA MORA Jefe Oficina Asesora Jurídica		
Para	ANDRÉS ESCOBAR URIBE Gerente General GLORIA CRISTINA OROZCO GIL Gerente Administrativa y Financiera DANIEL ISAZA BONNET Gerente Ejecutivo y de Estructuración Financiera SANDRA MARÍA SAAVEDRA MOGOLLON Gerente de Contratación		
Asunto	Concepto Jurídico – Cláusulas Compromisorias en Convenios Interadministrativos de Cofinanciación.		

Reciba un cordial saludo,

Teniendo en cuenta la solicitud de revisión jurídica respecto de la que se propone como cláusula 13° en el proyecto de Convenio de Cofinanciación para el Sistema de Servicio Público Urbano de Transporte Masivo de Pasajeros de Bogotá y en la cual se incluye un procedimiento arbitral para solucionar las controversias que se presenten entre las partes, atentamente nos permitimos elevar el análisis jurídico del caso en los siguientes términos:

I. PROBLEMA JURÍDICO.

¿Se pueden pactar cláusulas compromisorias en contratos y/o convenios interadministrativos que se rigen por la Ley 489 de 1998?

II. MARCO NORMATIVO, DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL.

- a. Ley 80 de 1993
- b. Ley 489 de 1998
- c. Directiva Nro. 02 de 2016 de la Secretaría Jurídica Distrital

III. CONSIDERACIONES

- a. De la cláusula compromisoria

Mediante la Ley 1563 de 2012 que derogó el artículo 70 de la Ley 80 de 1993, se expidió el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional el cual, en sus artículos 1° y siguientes definió:

“Artículo 1°. Definición, modalidades y principios. El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice. (Negrilla fuera de texto)

El arbitraje se rige por los principios y reglas de imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción.

01 ~~11~~ 2017



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
MOVILIDAD
Metro de Bogotá S.A.

MEMORANDO

Versión 0

El laudo arbitral es la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje. El laudo puede ser en derecho, en equidad o técnico.

En los tribunales en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho.

Artículo 2°. Clases de arbitraje. El arbitraje será ad hoc, si es conducido directamente por los árbitros, o institucional, si es administrado por un centro de arbitraje. A falta de acuerdo respecto de su naturaleza y cuando en el pacto arbitral las partes guarden silencio, el arbitraje será institucional. Cuando la controversia verse sobre contratos celebrados por una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, el proceso se regirá por las reglas señaladas en la presente ley para el arbitraje institucional.

Los procesos arbitrales son de mayor cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales superiores a cuatrocientos salarios mínimos legales mensuales vigentes (400 smlmv) y de menor cuantía, los demás.

Cuando por razón de la cuantía o de la naturaleza del asunto no se requiera de abogado ante los jueces ordinarios, las partes podrán intervenir directamente en el arbitraje.

Artículo 3°. Pacto arbitral. El pacto arbitral es un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas.

El pacto arbitral implica la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El pacto arbitral puede consistir en un compromiso o en una cláusula compromisoria.

En el pacto arbitral las partes indicarán la naturaleza del laudo. Si nada se estipula al respecto, este se proferirá en derecho.

Parágrafo. Si en el término de traslado de la demanda, o de su contestación, o de las excepciones previas, una parte invoca la existencia de pacto arbitral y la otra no la niega expresamente, ante los jueces o el tribunal de arbitraje, se entiende válidamente probada la existencia de pacto arbitral."

A diferencia de lo dispuesto en la ley 80 de 1993 que desarrollaba de forma autónoma la cláusula compromisoria, la ley 1563 de 2012 la define como un instrumento mediante el cual se fija en un contrato el arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos, y a través del cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice. Sobre el particular señala el artículo 4° y siguientes de la ley en cita lo siguiente:

*"Artículo 4°. Cláusula compromisoria. La cláusula compromisoria, **podrá formar parte de un contrato** o constar en documento separado inequívocamente referido a él. (Negrilla y subraya fuera de texto)*

La cláusula compromisoria que se pacte en documento separado del contrato, para producir efectos jurídicos deberá expresar el nombre de las partes e indicar en forma precisa el contrato a que se refiere.

Artículo 5°. Autonomía de la cláusula compromisoria. La inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato no afecta la cláusula compromisoria. En consecuencia, podrán someterse a arbitraje las controversias en las que se debata la existencia, eficacia o validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea inexistente, ineficaz o inválido.

La cesión de un contrato que contenga pacto arbitral, comporta la cesión de la cláusula compromisoria.

Artículo 6°. Compromiso. El compromiso podrá constar en cualquier documento, que contenga:



MEMORANDO

Versión 0

1. Los nombres de las partes.
2. La indicación de las controversias que se someten al arbitraje.
3. La indicación del proceso en curso, cuando a ello hubiere lugar. En este caso las partes podrán ampliar o restringir las pretensiones aducidas en aquel."

Según la jurisprudencia del Consejo de Estado¹, bajo el análisis de los entonces vigentes artículo 70 de la Ley 80 de 1993 y del Decreto 1818 de 1998, la cláusula compromisoria se erige como el pacto contenido en un contrato o en un documento anexo a éste, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan surgir con ocasión del contrato, a la decisión de un Tribunal Arbitral.

Con base en lo anterior y por la inclusión normativa de la cláusula compromisoria en la Ley 80 de 1993, la cual regula los contratos de las entidades estatales, no cabe duda que dicha institución jurídica fue prevista para los denominados "contratos estatales", dentro de los cuales en virtud de la misma ley 80, se encuentran los contratos interadministrativos.

Ahora bien, en cuanto al procedimiento para formular y suscribir cláusulas compromisorias en los contratos estatales que suscriban las entidades y organismos distritales, la Directiva 02 de 2016 de la Secretaría Jurídica Distrital estableció:

"La decisión de incluir cláusulas compromisorias en los contratos, debe corresponder a una decisión de gerencia pública explícita previa evaluación de la conveniencia de derogar en cada caso concreto. La competencia de la jurisdicción contenciosa para la solución de tales controversias, efectuando, dentro del estudio de conveniencia jurídico - económico un análisis y valoración de riesgos la naturaleza de las partes el objeto del contrato, la cuantía del proceso y sus respectivos antecedentes que permita determinar la viabilidad de la inclusión de dicho pacto en el correspondiente contrato.

En consecuencia cada vez que una entidad u organismo decida suscribir un compromiso y/o cláusula compromisoria, los responsables de adelantar los procesos contractuales y de suscribir los respectivos contratos, según el reparto de competencias efectuado al interior de cada entidad u organismo distrital, previo concepto de los jefes de oficina jurídica, directores jurídicos o quienes hagan sus veces, deberán documentar dentro de los antecedentes contractuales las razones que justifican la procedencia del pacto arbitral. (Negrilla y subraya fuera de texto)

(...)

Finalmente, se reitera la necesidad de analizar a fondo la inclusión de pactos arbitrales en los contratos, la cual deberá estar debidamente soportada en los estudios previos elaborados para tal fin, en desarrollo del principio de planeación contractual, siendo responsabilidad de la entidad pública, en desarrollo de su autonomía administrativa, la decisión de pactar cláusulas compromisorias en los contratos que celebre."

Por lo anterior, cualquier entidad destinataria del acto administrativo en cita, deberá sustentar y evaluar la pertinencia de someter las diferencias contractuales a un trámite arbitral bajo el procedimiento señalado en dicho documento.

b. De los Convenios Interadministrativos.

¹ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Consejero ponente (E): Mauricio Fajardo Gómez - Bogotá D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil diez (2010) - Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00032-00 (36537).

