



Al contestar por favor cite estos datos:

No. de Radicado: 20191030180011-0A1

Fecha de Radicado: [REDACTED]

Bogotá D.C.,

[REDACTED]

Asunto: Respuesta a solicitud de concepto Radicado Agencia No. [REDACTED]
[REDACTED]

Respetado [REDACTED]

En atención a su solicitud de concepto relacionada con la Directiva Presidencial No. 4 de 2018, nos permitimos dar respuesta a cada uno de los interrogantes planteados y de manera separada para cada uno de ellos se plasmarán las consideraciones correspondientes.

Previo a dar respuesta concreta a cada una de sus inquietudes, consideramos necesario expresarle que conforme con los lineamientos de la mencionada directiva presidencial, es deber exclusivo de la entidad que pretenda someter sus controversias contractuales a la justicia arbitral, señalar, a través de su oficina jurídica o de la dirección general, las razones y la justificación de dicha decisión dentro de los documentos previos del contrato objeto de cláusula arbitral. Así las cosas, la emisión de conceptos favorables por parte de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en cuanto a la inclusión de cláusulas arbitrales tan solo es exigible frente a pactos arbitrales de alcance internacional.

Precisado lo anterior y con el único propósito de suministrar elementos de juicio para la decisión que en torno a la inclusión de una cláusula arbitral tome autónomamente esa entidad, damos respuesta a su solicitud así:



Primer interrogante:

¿Cuáles son los criterios de razonabilidad y/o conveniencia que debería tener en cuenta esta Oficina Asesora Jurídica, al momento de conceptuar la viabilidad de suscribir un pacto arbitral de alcance nacional, atendiendo la naturaleza de las partes, el objeto del contrato y la cuantía del proceso entre otras consideraciones? ¿Cuenta la ANDJE con una política o directriz para establecer estos criterios?

De conformidad con lo previsto en el Artículo 3º de la Ley 1563 de 2012 tenemos que “el pacto arbitral es un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas” y dicho pacto “implica la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ante los jueces”.

Los pactos arbitrales referidos a controversias contractuales se plasman mediante cláusulas compromisorias en los contratos que suscriban las partes. Así entonces, para la celebración de un pacto arbitral contenido en una cláusula compromisoria se requiere de la voluntad de la entidad y de su contratista y del consenso de las dos partes de someter sus futuras controversias ante la justicia arbitral.

La finalidad de la Directiva 04 de 2018 en torno a los arbitramentos nacionales derivados de cláusulas compromisorias consiste en imponer a las entidades públicas que expresen de manera suficientemente amplia las razones que sustentan su voluntad de sustraer de la jurisdicción controversias derivadas de un contrato. Así entonces, al conocer la entidad su necesidad de contratación y al planear los términos y condiciones del negocio jurídico, deberá también señalar de manera detallada los motivos que le permitieron concluir la conveniencia de someter a la justicia arbitral las controversias que se deriven de la celebración y ejecución del contrato.

Así las cosas, la conveniencia y razonabilidad de suscribir una cláusula compromisoria deberá ser expresada por la entidad con fundamento en una comparación de los efectos y consecuencias que se podrían generar entre el sometimiento de una controversia judicial ante la jurisdicción y ante la justicia arbitral y así mismo deberán expresarse los beneficios que obtiene la entidad contratante por someter a arbitramento las diferencias litigiosas derivadas del contrato.

Ahora bien, la decisión de suscribir una cláusula compromisoria es discrecional y de conformidad con la Directiva 04 de 2018 la obligación de la entidad consiste en señalar la conveniencia de la mencionada decisión con fundamento en las ventajas o beneficios que para la entidad se derivan del sometimiento de la controversia a la justicia arbitral. Por ello, consideramos necesario que en el análisis que se haga acerca de la conveniencia de la suscripción de un pacto



arbitral se acuda a los principios de adecuación y de proporcionalidad de acuerdo con lo previsto en el Artículo 44 de la Ley 1437 de 2011, con el fin de sustentar que la decisión tomada corresponde a un análisis serio y ponderado por parte de la Administración.

Por último, es necesario informarle que la Agencia no ha dictado una directriz o una política para desarrollar los criterios señalados en la Directiva Presidencial 04 de 2018 sobre la inclusión de cláusulas compromisorias en los contratos estatales.

Segundo interrogante:

¿Qué requisitos mínimos debería observar esta oficina, tanto en el análisis de la conveniencia de la suscripción del pacto arbitral como en su diseño y contenido?

De acuerdo con lo previsto en la Directiva 04 de 2018 dentro de los criterios que deben tener en cuenta las oficinas jurídicas y los representantes o directores de las entidades públicas al momento de analizar las razones para sustraer de la jurisdicción las controversias que surjan de un contrato se encuentran la naturaleza de las partes, el objeto del contrato y la cuantía del proceso. No obstante, la mencionada directiva indica que aquellos criterios no son taxativos y en atención a las condiciones y términos del contrato, la entidad podrá tener en cuenta otros factores que permitan entender el análisis de conveniencia en cuanto a la inclusión de una cláusula compromisoria.

Así entonces, en el análisis que realice la entidad deberá observar todas las condiciones y términos del contrato que le permitan tomar la decisión que le resulte más favorable para sus intereses litigiosos. Así, deberá formular un análisis sobre las posibles pretensiones que serían objeto de debate judicial, su cuantía, su naturaleza y todos los demás aspectos que podrían ser debatidos procesalmente, los cuales le permite concluir que someter sus diferencias contractuales ante la justicia arbitral resulta más conveniente para los intereses del Estado.

Tercer interrogante:

¿Resulta o no conveniente suscribir pacto arbitral (cláusula compromisoria) en el contrato de aporte que se adjudique en el marco del proceso de selección – licitación pública [REDACTED], que adelanta el [REDACTED], cuya justificación y detalles se relacionan a continuación? (...)

Como lo indicamos al inicio de la presente respuesta, la Agencia no tiene competencia para emitir concepto sobre la conveniencia o no de pactos arbitrales de alcance nacional, pues dicha función radica de manera exclusiva en las oficinas



jurídicas de las entidades que suscriban ese tipo de acuerdos de conformidad con lo previsto en la Directiva 04 de 2018.

Atentamente,

CLARA NAME BAYONA

Jefe de Oficina Asesora Jurídica

Elaboró: JURUEÑA

Revisó: Margarita María Miranda Hernández, abogada OAJ

