



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No. 20201030133681 - OAJ

Fecha: 27-11-2020 09:14

Bogotá D.C.,

Señor

[REDACTED]

Correo electrónico: [REDACTED]

Asunto: Respuesta a derecho de petición. Radicado No. 20208001584662

Respetado señor [REDACTED]

Mediante el radicado del asunto el 19/10/2020 recibimos su comunicación por la cual solicita a esta Agencia pronunciarse respecto a si el ORGANISMO NACIONAL DE ACREDITACIÓN DE COLOMBIA -ONAC-, puede celebrar pactos arbitrales, así como también si esta Agencia debe emitir autorización o concepto respecto de dicha suscripción.

Al respecto sea oportuno señalar en primer término que la Directiva Presidencial No. 4 de 2018 está dirigida a los Ministros del Despacho, Directores de Departamento Administrativo, Superintendentes, Directores, Gerentes, Presidentes de **Entidades Centralizadas y Descentralizadas de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional**, y sobre las políticas en materia arbitral cuando quiera que se adopte por las entidades destinatarias, entre otros asuntos preceptúa:

"La suscripción de pactos arbitrales de alcance nacional, 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 contencioso administrativa, según la naturaleza de las partes, el objeto del contrato y la cuantía del proceso entre otras consideraciones.

*En consecuencia, cada vez que una entidad u organismo de la Rama Ejecutiva del orden nacional decida suscribir un compromiso y/o cláusula compromisoria, previo concepto de los jefes de oficina jurídica, directores jurídicos o quienes hagan sus veces los directores de la entidad u organismo deberán documentar dentro de los antecedentes contractuales las razones que justifican la procedencia del pacto arbitral. En caso de duda **podrán** consultar al Director General de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.*



La suscripción de pactos arbitrales de alcance internacional deberá contar con el concepto favorable del Director de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. En todo caso, se prohíbe la suscripción de pactos arbitrales en contratos estatales bajo reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)”(Resaltado fuera del texto original)

De la norma transcrita se evidencia que el Director de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, se pronuncia respecto de la suscripción de pactos arbitrales de alcance nacional cuando alguno de los destinatarios de la Directiva Presidencial No. 4, manifieste duda respecto de las razones que justifican el desplazamiento en el caso concreto de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, según la naturaleza de las partes, el objeto del contrato y la cuantía del proceso entre otras consideraciones en todo caso de acuerdo con la redacción, esta consulta es de tipo facultativo.

Por otra parte, esta Agencia debe emitir concepto favorable para la suscripción de todos los pactos arbitrales de alcance internacional que pretendan suscribir los mismos destinatarios de la mencionada Directiva.

Ahora bien, en relación con el campo de aplicación de las políticas dictadas en la citada Directiva Presidencial, es necesario definir si la ONAC, dada su naturaleza jurídica es destinataria de sus prescripciones, y bajo este propósito tenemos que el citado ente se creó en virtud del Decreto 393 de 1991[1] que faculta a la Nación y a sus entidades descentralizadas para asociarse con los particulares, bajo la modalidad de corporaciones y fundaciones, mediante la creación de organizaciones de sociedades civiles y comerciales y personas jurídicas sin ánimo de lucro como corporaciones y fundaciones, lo anterior con el fin de adelantar actividades científicas y tecnológicas proyectos de investigación y creación de tecnologías.

Bajo esta misma disposición es claro que según el artículo 5º el régimen legal aplicable a las sociedades civiles y comerciales y las personas jurídicas sin ánimo de lucro como corporaciones y fundaciones, son las normas pertinentes del Derecho Privado; sin embargo, lo que interesa para definir el asunto en estudio es la ubicación de la ONAC, dentro de la clasificación del género de entidades públicas que contempla la Ley 489 de 1998, tema del que se encargó la Constitución Política de 1991 y en desarrollo de esta, para lo que hace referencia exclusivamente a la Rama Ejecutiva de Poder Público en el Orden Nacional se expidió la Ley 489 de 1998 sobre la organización y funcionamiento de las entidades y organismos pertenecientes a la Rama Ejecutiva del poder público del orden nacional, norma a la que forzosamente nos tenemos que remitir pues es la que determina este concepto.

En efecto, de acuerdo con la Ley 489 de 1998, la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional está conformada así:

- a) Sector Central, compuesto por:
- La Presidencia de la República,
 - La Vicepresidencia de la República,



- Los Consejos Superiores de Administración,
- Los Ministerios,
- Los Departamentos Administrativos y,
- Las Superintendencias y Unidades Administrativas Especiales sin personería Jurídica.

b) Sector Descentralizado por servicios, compuesto por los siguientes organismos y entidades:

- Los Establecimientos Públicos,
- Las Superintendencias con personería jurídica,
- Las Unidades Administrativas Especiales con personería jurídica,
- Las Empresas Oficiales de Servicios Públicos Domiciliarios,
- Las Sociedades de Economía Mixta,
- Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado,
- Las Empresas Sociales del Estado,
- **Los Institutos Científicos y Tecnológicos,**
- Las Agencias Nacionales y,
- Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica, que la Ley cree, organice o autorice para que formen parte de la Rama Ejecutiva del poder público.

Entonces, para efectos de definir dentro de esta clasificación en donde se encuentra la ONAC, el artículo 3º del Decreto 4738 de 2008 “Por el cual se dictan normas sobre intervención en la economía para el ejercicio de las funciones de acreditación de organismos de evaluación de la conformidad que hagan parte del Subsistema Nacional de la Calidad y se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio”, dispuso:

“ARTÍCULO 3º. Designase como Organismo Nacional de Acreditación al Organismo Nacional de Acreditación de Colombia, ONAC, corporación de carácter privado, de naturaleza mixta, sin ánimo de lucro, constituida mediante documento privado del 20 de noviembre de 2007, debidamente autenticado por la Notaría Sexta de Bogotá, dentro del marco de la Ley 489 de 1998 y las normas sobre ciencia y tecnología”.



Ahora bien, la Corte Constitucional en Sentencia C-219/15, Expediente D- 10461 con ponencia del Magistrado Mauricio González Cuervo, al estudiar la constitucionalidad respecto de los artículos 160 (parcial), 161 (parcial), 162 (parcial) y 163 (parcial) del Decreto Ley 019 de 2012, determinó que:

“(…) Las funciones de las corporaciones se enmarcan en una forma de descentralización por colaboración o descentralización por servicios que encuentra fundamento en los artículos 123, 210 y 267 de la Constitución. La jurisprudencia ha señalado al respecto que, “las referidas corporaciones y fundaciones de participación mixta han sido reconocidas en nuestro derecho como entidades descentralizadas indirectas, es decir, constituyen modalidades de la descentralización por servicios. Por lo tanto, son entes que poseen una vinculación con el Estado en cuanto participan en el cumplimiento de actividades que constituyen objeto de los cometidos propios de éste, hasta el punto de que aquél al asociarse a ellas les entrega a título de aporte o participación bienes o recursos públicos (…)”.

A su turno, sobre la naturaleza jurídica de la citada entidad, la Corte Constitucional[2], en Sentencia C-219-2015, Expediente D- 10461, con ponencia del Magistrado Mauricio González Cuervo, al decidir sobre la constitucionalidad del Decreto Ley 019 de 2012[3]manifestó:

(…)

“ 6.4.5. Las funciones de las corporaciones se enmarcan en una forma de **descentralización por colaboración o descentralización por servicios que encuentra fundamento en los artículos 123, 210 y 267 de la Constitución**. La jurisprudencia ha señalado al respecto que, “las referidas corporaciones y fundaciones de participación mixta han sido **reconocidas en nuestro derecho como entidades descentralizadas indirectas, es decir, constituyen modalidades de la descentralización por servicios. Por lo tanto, son entes que poseen una vinculación con el Estado en cuanto participan en el cumplimiento de actividades que constituyen objeto de los cometidos propios de éste, hasta el punto de que aquél al asociarse a ellas les entrega a título de aporte o participación bienes o recursos públicos**” [42].”

6.4.6. Sobre este tipo de corporaciones y fundaciones, la jurisprudencia estimó en su momento que “el régimen que permite la conformación de las fundaciones y asociaciones sin ánimo de lucro, con carácter mixto por la participación de aportes de la Nación y de sus entidades descentralizadas, en todo caso significa la posibilidad de utilizar formas válidas y legítimas de asociación y participación en la gestión de fines públicos o de la atención y de la prestación de verdaderos servicios públicos, y no comportan por sí mismas un simple traslado de recursos públicos a los particulares”[43].

Lo anterior es coherente con la Constitución, en la que se prevén mecanismos para la distribución de competencias de forma participativa y coordinada entre el Estado y los asociados quienes también están llamados a colaborar con las autoridades para lograr los fines estatales y el interés colectivo, tal y como lo consignan los artículos 95 y 355 Superior[44].

6.4.7. Así las cosas, **la Corte ha reconocido que la realización de actividades de desarrollo y promoción de la investigación científica y tecnológica**, es un objetivo que el Estado debe realizar por mandato constitucional y que puede desarrollarse en asocio con



De acuerdo con lo señalado es claro concluir que la ONAC, se ubica dentro de las entidades descentralizadas, concepto genérico del que forman parte las descentralizadas indirectas por servicios, creadas con el fin de adelantar actividades científicas y tecnológicas proyectos de investigación y creación de tecnologías que maneja recursos públicos, y respecto de su control administrativo la misma sentencia precisó que, sus actividades y programas están sujetos al control administrativo del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, en los términos del artículo 109 de dicha Ley 489 de 1998, que discurrió bajo el siguiente tenor:

“ARTICULO 109. CONTROL DE LAS ENTIDADES DESCENTRALIZADAS INDIRECTAS Y DE LAS FILIALES DE LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO. El control administrativo sobre las actividades y programas de las entidades descentralizadas indirectas se ejercerá mediante la intervención de los representantes legales de los organismos y entidades participantes o sus delegados, en los órganos internos de deliberación y dirección de la entidad.

Igual regla se aplicará en relación con las filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta.”

Por lo anterior, damos respuesta a cada uno de sus interrogantes como aparece a continuación:

“1. Si el ONAC puede celebrar contratos con ese Pacto Arbitral

Respuesta:

Teniendo en cuenta que la Directiva Presidencial 04 de 2018 sobre políticas en materia arbitral está dirigida entre otros destinatarios, a los Directores, Gerentes, Presidentes de **Entidades Centralizadas y Descentralizadas** (concepto genérico) **de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional**, y que el ORGANISMO NACIONAL DE ACREDITACIÓN DE COLOMBIA- ONAC- se encuentra ubicada dentro de las entidades descentralizada por servicios de carácter indirecto, de acuerdo con la clasificación efectuado por la Ley 489 de 1996, que legisló exclusivamente para la Rama Ejecutiva del Poder Público, en el Orden Nacional, la citada entidad debe acatar, cuando corresponda, las políticas señaladas en la referida Directiva, y por tanto, puede celebrar contratos con la inclusión del pacto arbitral.

Por último y a título informativo, traemos a colación lo decidido por el Consejo de Estado, mediante providencia del 6 de abril de 2017, dentro de una Acción de Cumplimiento, con Consejera Ponente ROCÍO ARAÚJO OÑATE, radicado 25000-23-41-000-2016-00533-01, Acción de Cumplimiento promovida por esta oficina profesional, aclaró que efectivamente el ONAC, cumple una función pública, al señalar:



“ (...) En relación con el argumento de impugnación referido al cumplimiento de funciones públicas por parte del Organismo Nacional de Acreditación – ONAC, que haga procedente que esta persona jurídica de derecho privado tenga legitimación en la causa por pasiva para comparecer a la presente acción, la Sala considera que le asiste razón al recurrente.

“En efecto, este organismo fue creado en virtud de las facultades conferidas por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 que regula la constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares (...).”

Así mismo, dentro de antecedentes jurisprudenciales, confirmando la función pública que tiene ONAC, se cuentan en la actualidad con los siguientes:

Acción de Cumplimiento, CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA, Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO, sentencia de junio quince (15) de dos mil diecisiete (2017), RADICACIÓN NÚMERO: 25000-23-41-000-2017-00589-01, donde se confirma la función pública que tiene el ONAC, y trae a colación el fallo proferido en abril del mismo año.

Acción de Cumplimiento, Desacato a Orden Impartida, CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA, Consejera Ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ, sentencia de febrero veintiuno (15) de dos mil diecinueve (2019), RADICACIÓN NÚMERO: 25000-23-41-000-2017-01957-01, donde sanciona por Desacato a la orden dada al Representante Legal de ONAC.

“2. Si para dicho Pacto Arbitral, requiere de algún tipo de autorización o concepto por parte de la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, de conformidad con las Directivas Presidenciales”.

Respuesta:

Al respecto, señala la Directiva que:

*“La suscripción de pactos arbitrales de alcance nacional, 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 contencioso administrativa**, según la naturaleza de las partes, el objeto del contrato y la cuantía del proceso entre otras consideraciones.*

*En consecuencia, cada vez que una entidad u organismo de la Rama Ejecutiva del orden nacional decida suscribir un compromiso y/o cláusula compromisoria, previo concepto de los jefes de oficina jurídica, directores jurídicos o quienes hagan sus veces los directores de la entidad u organismo deberán documentar dentro de los antecedentes contractuales las razones que justifican la procedencia del pacto arbitral. **En caso de duda podrán consultar al Director General de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.***



La suscripción de pactos arbitrales de alcance internacional deberá contar con el concepto favorable del Director de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. En todo caso, se prohíbe la suscripción de pactos arbitrales en contratos estatales bajo reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)”(Resaltado fuera del texto original).

Conforme a lo expuesto, es claro que la suscripción del correspondiente pacto arbitral de alcance nacional, debe corresponder a una decisión de gerencia de la respectiva Entidad, previa evaluación de la conveniencia de derogar la competencia de la jurisdicción contenciosa, cuando ello corresponda a esa jurisdicción, y en la que debe mediar el concepto jurídico del jefe de la oficina jurídica de la entidad, en este caso de la ONAC; sin embargo, de presentarse duda en torno a su procedencia, se puede consultar al Director de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, tal y como lo dispone la tan nombrada Directiva.

El presente concepto se formula bajo los parámetros del Artículo 28 de la Ley 1755 del 30 de junio de 2015[4], toda vez que los conceptos emitidos por la Oficina Asesora Jurídica de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, constituyen orientaciones, planteamientos y puntos de vista que no comprometen la responsabilidad de la Entidad y no tienen carácter obligatorio ni vinculante.

Cordialmente,

Firmado Electrónicamente por: CLARA NAME BAYONA No. Radicado: 20201030133681 Dependencia: OFICINA ASESORA JURIDICA - Jefe
--

[4] “Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

[3] “Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública”

[2] C-219-2015

[1] “Por el cual se dictan normas sobre asociación para actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías”

Preparó: Margarita María Miranda Hernández, abogada OAJ