



DIRECTIVA No. 002 DE 2016

(Noviembre 17)

Para:

SECRETARIOS/AS DE DESPACHO, DIRECTORES/AS DE DEPARTAMENTOS ADMINISTRATIVOS Y DE UNIDADES ADMINISTRATIVAS ESPECIALES CON Y SIN PERSONERÍA JURÍDICA, GERENTES, PRESIDENTES/AS Y DIRECTORES/AS DE ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS, DE EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL DISTRITO, SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA, SOCIEDADES ENTRE ENTIDADES PÚBLICAS, EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS INCLUIDAS LAS OFICIALES Y MIXTAS, EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO, RECTOR/A DEL ENTE UNIVERSITARIO AUTÓNOMO Y ALCALDES/AS LOCALES.

De:

SECRETARIA JURÍDICA DISTRITAL

Asunto

LINEAMIENTOS ADMINISTRATIVOS PARA PACTOS ARBITRALES

A partir de la expedición del Acuerdo Distrital 638 de 2016 las funciones relacionadas con la formulación, adopción, orientación y coordinación de la gerencia jurídica del Distrito Capital y la definición, adopción y ejecución de las políticas en materia de contratación estatal, gestión judicial y de prevención del daño antijurídico del Distrito Capital, pasaron a ser de competencia de la Secretaría Jurídica Distrital, estando dentro de sus funciones la de: "Apoyar, orientar y asesorar la gestión de las entidades y organismos distritales para definir políticas públicas en materia de contratación, unificando criterios en cuanto a la aplicación de las normas y generando mecanismos para la ejecución concertada de acciones en materia de contratación", según lo previsto en el numeral 11 del artículo 5 ídem.

En ese sentido, en armonía con la Directiva Presidencial 03 de 2015, se hace necesario precisar algunos parámetros y aspectos a tener en cuenta por parte de las entidades y organismos distritales destinatarios de la presente Directiva, al incluir pactos arbitrales en los contratos que celebren para el cumplimiento de sus funciones.

- Cada entidad y organismo distrital, en ejercicio de su autonomía administrativa y de conformidad con el artículo 87 del Decreto Distrital 714 de 1996, el Estatuto de Contratación Pública sus propios estatutos y demás normas legales y reglamentarias vigentes y concordantes, tiene la capacidad para celebrar los contratos que requiera con el propósito de cumplir los fines Estatales, garantizar la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados desde el ámbito funcional de cada entidad y organismo del Distrito Capital.

- 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.

- Ninguna entidad u organismo del Distrito Capital podrá nombrar como árbitro a un/a abogado/a que sea contraparte en otro proceso de una entidad u organismo distrital o a un/a abogado/a que se esté desempeñando, al momento de su designación en más de 3 tribunales de arbitramento en los que intervenga como parte una entidad distrital

- En el evento de que la entidad u organismo haya decidido acudir a las instancias arbitrales, Sus representantes legales, jefes de oficina jurídica, directores/as jurídicos/as o quienes hagan sus veces, deberán enviar a la Secretaría Jurídica Distrital, 15 días calendario antes de la designación de los/as mismos/as, la lista y hoja de vida de los/as candidatos/as que la entidad pública pretende postular frente a la contraparte para la designación conjunta de árbitros, junto con el resumen del proceso respectivo, procedimiento que igualmente deberá surtirse en los casos de reemplazo total o parcial de los árbitros. Esto, con el propósito de que se emita el pronunciamiento previo respecto de los/as candidatos/as propuestos/as en la lista mencionada, teniendo en cuenta, entre otros aspectos, la acreditación de la experiencia específica en el asunto materia de controversia.

Para el efecto en el evento de que la entidad u organismo distrital tenga más de un arbitramento deberá procurar que la lista garantice la rotación y participación de más

profesionales en el proceso de postulación, evitando la remisión de listas idénticas para todos los procesos de arbitramento.

De otra parte, cuando se trate de arbitraje internacional con sede en Colombia los/as candidatos/as a árbitros deberán acreditar conocimiento de la legislación colombiana y experiencia específica en la controversia.

- Cada entidad y organismo distrital es responsable de registrar y mantener actualizada en el Sistema de Información de Procesos Judiciales SIPROJ WEB BOGOTÁ módulo MASC administrado y operado por la Dirección Distrital de Defensa Judicial y Prevención del Daño Antijurídico de la Secretaría Jurídica Distrital, toda la información relativa a las demandas arbitrales, las actuaciones relacionadas con las mismas, el nombre de todos los árbitros, contrapartes, abogados/as de la contraparte y abogados/as de la entidad u organismos designados para cada proceso, así como los laudos arbitrales, entre otros documentos.

Adicional a lo anterior, se considera importante señalar algunos aspectos legales y jurisprudenciales relacionados con los pactos arbitrales, que podrán tenerse en cuenta al momento de adoptar la decisión de incluir en los contratos cláusulas relativas a estas materias.

Al respecto, es preciso indicar que de acuerdo con lo dispuesto por la Ley 1563 de 2012, 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. (...) ".

A su turno, el artículo 1 ídem dispone que 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, siendo el laudo arbitral la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje, que puede ser en derecho, en equidad o técnico, pero que: "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"

Seguidamente, el artículo 2 íbidem consagra que cuando la controversia verse sobre contratos celebrados por una entidad pública, el proceso se regirá por las reglas señaladas en dicha Ley para el arbitraje institucional.

Frente a la cláusula compromisoria, el artículo 4 ejusdem preceptúa que podrá formar parte de un contrato y el artículo 5 de la misma Ley 1563 de 2012 estipula que "(...) 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. (...)”.

En cuanto a la designación de los árbitros, el artículo 7 ídem prescribe que las partes determinarán conjuntamente el número de árbitros, que siempre será impar en tanto que el artículo 8 íbidem señala que las partes nombrarán conjuntamente los árbitros o delegarán tal labor en un centro de arbitraje, o un tercero, total o parcialmente .

De acuerdo con lo anterior, es la misma Ley 1563 de 2012 la que faculta a las entidades públicas para someter a arbitraje la solución de las controversias surgidas por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de los contratos estatales que suscriban, por lo tanto, es responsabilidad de la entidad pública que decida incluir cláusulas compromisorias en sus contratos estatales, evaluar la conveniencia de someter a

Arbitraje las controversias que puedan surgir con ocasión de la ejecución del contrato, es decir, renunciar a acudir a la jurisdicción contenciosa para la solución de tales controversias, por lo que deberá dejarse debidamente documentado lo atinente a las razones, motivos, circunstancias y condiciones, por las cuales se decide incluir en los contratos el pacto arbitral.

El Consejo de Estado ha considerado respecto del pacto arbitral y la cláusula compromisoria, lo siguiente (1):

"(...) la aceren contractual podrá ser ejercida ante los tribunales de arbitramento, conformados por particulares, elevados a la categoría de árbitros, a través de la habilitación, que en ejercicio de la autonomía de la voluntad, efectúan las partes contratantes, para resolver los litigios o controversia que surjan del contrato mismo, o los que se adviertan con posterioridad y que sean de carácter transigible (2) Habilidadación esta de carácter solemne, contenida en pactos arbitra les que pueden tener la forma de cláusula compromisoria, o si es del caso, de compromiso y a las cuales acude la administración a partir de los razonables análisis y justificaciones sustentadas en la planeación del negocio mismo. Esto es, que la decisión de acudir a esta habilitación tiene adicionalmente sus soportes en el principio de planeación de los contratos públicos.

En este sentido, se puede sostener que esta forma alternativa de solución de conflictos contractuales deriva su existencia de la voluntad de la administración. debidamente soportada en los estudios previos elaborados en virtud del principio de planeación contractual, aceptada por la otra parte negocial, consentimiento este, que es aceptado y reconocido por la Constitución Política en el inciso cuarto de su artículo 116 como un mecanismo valido para investir con autoridad judicial a determinadas personas naturales, constituyéndose en este sentido, la autonomía de la voluntad (3), entonces, es el sustento supremo del mecanismo arbitral; su indiscutible base de carácter material, que determina los alcances, limitaciones y sobre todo conforma el ámbito de sus competencias Funcionales (4) .Indica la disposición que "los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley ", (...)

La facultad de habilitación propia del derecho privado y de las relaciones negociales entre particulares se incorpora en el derecho constitucional de manera general, irrigando en consecuencia absolutamente todo el espectro contractual, incluso el del Estado, permitiendo que el arbitraje a través de tribunales de arbitramento, se desarrollen como un instrumento viable, en tratándose de los conflictos susceptibles de transacción que se presenten en las relaciones contractuales de las entidades estatales , de carácter judicial, respetuoso del debido proceso y de los demás derechos fundamentales tal y como acontece

en todo proceso judicial (5), siempre y cuando en el proceso de planeación del negocio la administración lo hubiere considerado razonablemente. o las circunstancias lo recomendaron justificadamente en el caso del compromiso propiamente dicho. (...)

2. El pacto arbitral -la cláusula compromisoria y el compromiso.

El consentimiento de las partes contratantes tendiente a la habilitación de árbitros, en consecuencia la renuncia a la jurisdicción contenciosa y la conformación de los tribunales pertinentes se solemniza a través de pactos arbitrales que pueden según las circunstancias adoptar la modalidad de cláusula compromisoria y compromiso. (...).

La cláusula arbitral contiene el consentimiento de las partes de someterse a la justicia arbitral frente a eventuales (6) litigios surgidos del contrato. Esta decisión bilateral puede formalmente aparecer estipulada como una simple cláusula contractual donde se manifieste la decisión de las partes de someter las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación al conocimiento de árbitros y de ser posible la delimitación material de los asuntos que se someterían a conocimiento de ellos (7). Esta intención también puede estar contenida en documento anexo al Contrato caso en el cual para producir efectos jurídicos deberá expresar el nombre de las partes e indicar en forma precisa el contrato al que se refiere.

La cláusula compromisoria, tiene, pues, su fuente jurídica en el contrato, pero goza de autonomía plena frente a este, en la realidad de las cosas es otro negocio jurídico y su finalidad no es otra que la de procurar la solución ágil de los eventuales conflictos que surjan entre las partes (8) (...).

En general el pacto arbitral goza de plena autonomía en cualquiera de sus modalidades, ordenando en virtud del artículo 116 constitucional de manera excepcional y transitoria la jurisdicción que asumirá los litigios acordados por las partes. En este sentido, el pacto debe ser no solo reconocido por las autoridades. Sino, respetado y acatado con toda la fuerza e intensidad que el ordenamiento constitucional le brinda, en especial cuando se intenten acciones o mecanismos procesales por fuera de sus parámetros materiales.

La existencia del pacto enerva cualquier posibilidad de actuación por parte de las autoridades contencioso administrativas en cuanto la configuración de una clara hipótesis de ausencia sustancial de jurisdicción para actuar válidamente en relación con los litigios que le fueren puestos a su consideración. (. ..)

La Sala en múltiples ocasiones se ha pronunciado sobre de la naturaleza del pacto arbitral y ha concluido que este debe ser expreso y que su finalidad consiste en habilitar la competencia de los árbitros, y a su vez, excluir la jurisdicción institucional, esto es, la competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. (...)

Entonces, se tiene por cierto que la cláusula compromisoria debe solemnizarse mediante escrito que contenga la manifestación expresa de las partes, de manera que refleje su voluntad inequívoca de someter los conflictos que entre ellas puedan surgir con ocasión del contrato que celebran, a la justicia arbitral," voluntad ésta que es distinta de la voluntad contractual y por lo tanto se expresa dentro del mismo instrumento o acto jurídico, o por separado (9) ", razón por la cual el pacto arbitral no puede presumirse y su existencia no puede deducirse por vía interpretativa.

Así las cosas, el único requisito de forma previsto en la ley respecto del pacto arbitral y específicamente de la cláusula compromisoria, el cual la reviste de solemnidad, consiste en la exigencia de que conste por escrito." (Subrayado fuera del 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.

A partir de la expedición de la presente Directiva, queda sin efecto la Directiva 005 de 2014 de la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, D.C.

Cordialmente,

DALILA ASTRID HERNÁNDEZ CORSO

Secretaria Jurídica Distrital

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. Sección Tercera Subsección "C", C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentenda dell de abril de 2016, Rad. No. 68001-23-31000- 2000-01934-01(47925).

2. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo . Sección Tercera. Sentencia de Junio 8 de 2000. Mp. Alier Eduardo Hernández Enriquez. Exp. No 16973 .

3. La Jurisprudencia Constitucional ha resaltado el papel determinante, que tiene en este asunto la autonomía de la voluntad de las partes, al ser las únicas con potestad para habilitar el tribunal arbitral por así decirlo, facultando a los sujetos intervinientes en una relación contractual. optar por su uso. Corte Constitucional. Sentencia C - 294 de 1995. Magistrado Ponente, Jorge Arango Mejía. Corte Constitucional. Sentencia C - 242 de 1997. Magistrado Ponente, Hernando Herrera Vergara.

4. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Junio 27 de 2002. C P. Maria Elena Giraldao Gómez Exp No 21040. Banco de Datos en Contratación Estatal. Universidad Externado de Colombia . "Desde esta perspectiva, la indicación de las materias objeto de arbitramento reviste suma importancia porque esa indicación junto con las pretensiones que en forma específica formulan las partes, al convocar el Tribunal de Arbitramento, respetando el tema o materia arbitral previamente señalado, son las que en lo particular constituyen la competencia del Tribunal, siempre que sean transigibles; y es a partir de tales pretensiones que se deberá determinar la congruencia del laudo o su eventual nulidad".

5. Corte Constitucional Sentencia C-330 de 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz "El arbitramento es un verdadero procedimiento judicial -en sentido material- y, como tal, esta sometido en todas sus etapas a la estricta aplicación de las normas que regulan este tipo de actuaciones tanto desde el punto de vista formal como material . Se trata de un mecanismo en el que han de aplicarse con rigor las garantías del debido proceso aplicables a toda actuación judicial, pues de nada sirve la inclusión de mecanismos de solución de litigios, adicionales y alternativos al sistema ordinario contemplado en la legislación, si su aplicación se traduce en el desconocimiento de derechos constitucionales fundamentales".

6. Consejo de Estado . Sala de lo Contencioso administrativo. Sección Tercera . Sentencia de Agosto 29 de 2002. C.P Germán Rodríguez Villamizar Exp No. 18673. Banco de Datos en Contratación Estatal. Universidad Externado de Colombia . "Dicho de otra manera ,

cuando las partes deciden suscribir la cláusula compromisoria, aún no existe el conflicto, por lo que surge para los árbitros la libertad, obviamente dentro de los límites que les fija la ley, para resolver sobre las cuestiones litigiosas que les son puestas a su consideración ; al paso que en tratándose del compromiso, entre las partes ya existe el conflicto.,y por tanto, éstas delimitan de modo preciso el ámbito de competencia de los árbitros.

7 Consejo de Estado . Sala de lo Contencioso administrativo . Sección Tercera . sentencia de Julio 4 de 2002. C.P Germán Rodríguez Villamizar Exp .No 19333. Banco de Datos en Contratación Estatal. Universidad Externado de Colombia . "Cuando en la cláusula compromisoria no se delimita el campo o materias de su aplicación , debe entenderse que se extiende a los conflictos derivados del contrato que le sirvió de fuente , pero , con las limitaciones que imponen la Constitución y la ley. De igual manera, cabe precisar que aún cuando en el pacto arbitral, o en las pretensiones de la demanda , o en la correspondiente contestación , se propongan al conocimiento del tribunal de arbitramento asuntos que por disposición legal escapan a su competencia, es igualmente procedente la causal que se estudia, porque. como se indicó, la competencia la delimitan las partes, pero , con sujeción a la Constitución y la Ley".

8. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Diciembre 4 de 2002. C.P Germán Rodríguez Villamizar. Exp No. 17951. Banco de Datos en Contratación Estatal. Universidad Externado de Colombia.

9 Sentencia del 16 de febrero de 2001. Exp. 18063. Consejero Ponente: Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros.

Proyectó: Duván Sandoval Rodríguez

Revisó : Ana Lucy Castro Castro

Aprobó: Gloria Edith Martínez Sierra

Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.