



Vigilada Mineducación

LOS *DISPUTE BOARDS (DB)* EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO Y
SU IMPLEMENTACIÓN EN EL SECTOR DE LA INFRAESTRUCTURA

*Dispute Boards (Db) In The Colombian Legal System And Their Implementation In The
Infrastructure Sector*

ALEJANDRO ZAPATA GAVIRIA

Candidato a Magíster en Derecho con énfasis en Derecho Empresarial

Correo electrónico: alejandrozapatagaviria@gmail.com

Artículo de Revista

Asesora Docente

CAROLINA ARIZA ZAPATA

UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO
MEDELLÍN

Medellín

2023

CONTENIDO

1	INTRODUCCIÓN.....	5
2	LOS <i>DISPUTE BOARDS</i> COMO MECANISMO ALTERNATIVO DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS	6
2.1	EVOLUCIÓN.....	8
2.2	ALCANCE.....	10
2.3	FILOSOFÍA DE LOS DISPUTE BOARD	14
2.4	LOS <i>DISPUTE BOARDS</i> EN COLOMBIA	18
3	LA AMIGABLE COMPOSICIÓN COMO MECANISMO ALTERNATIVO DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.....	25
3.1	EVOLUCIÓN.....	25
3.2	ALCANCE.....	26
3.3	FILOSOFÍA DE LA AMIGABLE COMPOSICIÓN	32
3.4	LA AMIGABLE COMPOSICIÓN EN EL SECTOR DE LA INFRAESTRUCTURA EN COLOMBIA.....	35
4	COMPARACIÓN DEL <i>DISPUTE BOARD</i> CON LA AMIGABLE COMPOSICIÓN ..	38
4.1	<i>ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION CONTINUUM</i>	38
4.2	CONFRONTACIÓN DE LA AMIGABLE COMPOSICIÓN Y LOS DISPUTE BOARD.....	40
5	REFLEXIONES	42
5.1	LA FUNCIÓN ECONÓMICA DE LOS DB ES PROCURAR LA CONSERVACIÓN DE LA OBRA POR MEDIO DE SOLUCIONES ÁGILES Y EFICIENTES EN TÉRMINOS DE COSTO	44
5.2	LA EVITACIÓN DE DISPUTAS QUEDA POR FUERA DEL ALCANCE DE LA AMIGABLE COMPOSICIÓN.....	45
5.3	VINCULATORIEDAD Y SEVERIDAD EN LAS DECISIONES DE LA AMIGABLE COMPOSICIÓN PUEDE RESTARLE AGILIDAD AL MECANISMO	47
5.4	LA RETICENCIA EN IMPLEMENTAR MECANISMOS ÁGILES DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS PUEDE OCASIONAR UNA FALTA DE COMPETITIVIDAD INTERNACIONAL Y DESINCENTIVAR LA INVERSIÓN	50
6	TENDENCIAS NACIONALES E INTERNACIONALES EN MATERIA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS	51

6.1	PREVENCIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO	51
6.2	MEDIACIÓN.....	51
6.3	COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO MERCANTIL INTERNACIONAL.....	53
6.4	LA DOCTRINA INTERNACIONAL ABOGA POR LA CONVENCION SOBRE <i>DISPUTE BOARDS</i> Y LAS DETERMINACIONES DE EXPERTOS	54
7	CONCLUSIÓN	55
8	BIBLIOGRAFÍA.....	58

Utilización de los *Dispute Boards (DB)* o Panel de Expertos (PE) en Colombia: integración de este método alternativo de solución de controversias (*MASC*) al ordenamiento jurídico y a la práctica jurídica en el sector infraestructura.

Alejandro Zapata Gaviria¹

RESUMEN

Los *Dispute Boards (DB)*, fundamentales en la resolución de disputas internacionales de construcción, destacan por su eficacia y respaldo legal. A nivel global, la adaptación a estos estándares fortalece la seguridad jurídica y la competitividad en proyectos de infraestructura. Sin embargo, la Amigable Composición (AC) plantea desafíos legales, especialmente en el contexto de su carácter de cosa juzgada, en contraste con las decisiones revisables de los DB. Superar estas limitaciones es crucial para consolidar la posición legal de Colombia y mantener su competitividad, garantizando la atracción de inversiones en proyectos de infraestructura y la correcta ejecución en tiempo y costo de estos.

ABSTRACT

The Dispute Boards (DB), essential in international construction dispute resolution, stand out for their effectiveness and legal support. Globally, adapting to these standards strengthens legal security and competitiveness in infrastructure projects. However, Amicable Settlement poses legal challenges, especially considering its binding nature, in contrast to the reviewable decisions of DBs. Overcoming these limitations is crucial to consolidate Colombia's legal position and maintain competitiveness, ensuring the attraction of investments in infrastructure projects and their proper execution within time and cost parameters.

Keywords

Palabras clave: *Dispute Boards (DB), Dispute Resolution Boards (DRB), Alternative Dispute Resolution (ADR), Dispute Resolution, Conflict Management, Construction Conflict*

Panel de Expertos (PE), Junta de Resolución de Disputas (JRD), Métodos Alternativos de Solución de Controversias (MASC), Amigable Composición (AC), Mediación, Arbitraje, Infraestructura

¹Abogado, especialista en Derecho Comercial de la Universidad Pontificia Bolivariana. Coordinador Jurídico en el Consorcio Aguas de Aburrá HHA, constructor del proyecto de infraestructura Planta de Tratamiento de Aguas Residuales Bello (PTAR BELLO).

1 INTRODUCCIÓN

En el ámbito internacional, los *Dispute Boards* (DB) surgieron como respuesta gremial en el sector de la construcción e infraestructura. Son considerados esenciales para abordar las complejidades inherentes al desarrollo de proyectos, ya sean públicos o privados. Estos mecanismos facilitan la resolución ágil y contemporánea de controversias que surgen en proyectos de gran envergadura, con complejidades técnicas, márgenes ajustados y plazos prolongados de ejecución.

Entidades homogeneizadoras de modelos de contratación, como la Federación Internacional de Ingenieros Constructores (FIDIC por sus siglas en francés), la Institución de Ingenieros Civiles (ICE por sus siglas en inglés) con los Nuevos Contratos de Ingeniería (NEC por sus siglas en inglés) y la Cámara de Comercio Internacional (ICC por sus siglas en inglés), con su modelo de contrato llave en mano, incorporaron procedimientos de resolución de controversias alternativos al arbitraje y litigio, estos procedimientos prometen una solución en tiempo real, alineada con el proyecto y eficiente en términos de costos para resolver desavenencias durante la ejecución, priorizando la conclusión satisfactoria del proyecto.

El éxito en la aplicación de estos mecanismos captó la atención de financiadores de proyectos, especialmente de la banca multilateral, que adaptaron sus modelos contractuales para incluir estos métodos de resolución rápida de controversias. Estos modelos contractuales son de obligatoria implementación en los proyectos financiados por entidades multilaterales; a este fenómeno se conoce como la internacionalización de los contratos públicos².

Es importante considerar la prevalencia de estos modelos contractuales sobre las reglas de contratación de los ordenamientos jurídicos nacionales, particularmente en materia de contratación pública. En el caso de Colombia, el inciso segundo del artículo 20 de la Ley 1150

² Algunos ejemplos de la obligatoriedad de utilizar los modelos estándar o Documentos Estándar de Adquisiciones (DEA), definidos por la Banca Multilateral, se encuentran en los reglamentos y modelos del Banco Mundial (BM) y en los reglamentos del Banco Interamericano de Desarrollo (BID). El BM establece en sus regulaciones que "En las adquisiciones competitivas internacionales, el Prestatario utilizará los DEA". "Para los procesos que conlleven adquisiciones competitivas nacionales, el Prestatario podrá emplear sus propios documentos, siempre que resulten aceptables para el Banco" (Banco Mundial, 2023, p. 18).

De acuerdo con las políticas del BID, en relación con de los DEA, se establece que "su uso es obligatorio cuando el plan de adquisiciones exige un proceso de licitación pública internacional (LPI) para bienes, obras o servicios de consultoría". Esto, sin perjuicio de que algunos países, como es el caso de Colombia, Honduras, Jamaica y México, hayan acordado con los Bancos adaptaciones particulares a dichos modelos. Tanto las políticas generales, como el modelo de DEA se pueden consultar en la BID. (s.f.). Por su parte, los documentos particulares negociados por Colombia tanto con el BID, como con el BM se encuentran en Banco Mundial (s. f. b.)

Para obtener más información sobre la influencia de la Banca Multilateral en la contratación pública, consulte a Benavides (2010).

de 2007³ y el artículo 2.2.1.2.4.4.1. del Decreto 1082 de 2015⁴, establecen la posibilidad de adoptar la reglamentación de la banca multilateral y su prevalencia normativa en caso de adopción.

En Colombia, la implementación de estos mecanismos no tipificados en el ordenamiento jurídico ha generado tensiones, particularmente cuando involucran entidades estatales. En este contexto, la práctica jurídica nacional parece haber asimilado a los DB como un mecanismo legal que, aunque tipificado, tenía escaso uso, equiparándolo a la Amigable Composición (AC).

En ese orden de ideas, este artículo buscó explorar las similitudes y diferencias entre los DB y la AC; asimismo, reflexionar sobre su función económica y determinar si en proyectos de infraestructura en Colombia los DB tienen cabida jurídica como mecanismos autónomos e independientes a la AC. Para ello, en una primera sección, se abordó brevemente el contexto histórico de los DB y la AC, centrándose en casos relevantes. En la segunda sección, se enfrentaron ambos mecanismos con el objeto de identificar factores de convergencia y divergencia. Finalmente, se analizó la viabilidad y la conveniencia de implementar los DB en Colombia de manera independiente a la AC.

2 LOS DISPUTE BOARDS COMO MECANISMO ALTERNATIVO DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

El origen de los DB está bien documentado y es relativamente reciente. De acuerdo con el Dispute Resolution Board Foundation [DRBF] (2019)⁵, en la década de 1970, el Comité

³ El ahora derogado inciso cuarto del artículo 13 de la Ley 80 de 1993 ya establecía la posibilidad para las entidades estatales de someterse a los reglamentos de la Banca Multilateral en lo relacionado con procedimientos, formación, adjudicación, cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes. Este inciso fue objeto de análisis de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, que declaró la constitucionalidad de la norma en la sentencia C-249 de 2004. En dicha sentencia, la Corte manifestó el carácter excepcional para acogerse a las reglas y procedimientos de la banca multilateral, al declarar que "tal discrecionalidad solo puede asumirse y, por ende, ejercerse válidamente dentro de los precisos linderos de los contratos relativos a recursos percibidos de entes u organismos internacionales, lo cual usualmente ocurre a título de empréstito o de donación".

⁴ El inciso quinto de este artículo establece que "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, 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" (Presidencia de la República, Decreto 1082/15, Art. 2.2.1.2.4.4.1). Sobre el desarrollo normativo y la prevalencia de las normas de contratación de los Bancos Multilaterales en Colombia, ver el reciente concepto de Colombia Compra Eficiente bajo el radicado C-049 de 2021.

⁵ La Dispute Resolution Board Foundation [DRBF] (s.f.) es una entidad sin ánimo de lucro, fundada en 1996 por un grupo de profesionales involucrados en la resolución de disputas de construcción. Su objeto es promover el uso de los DB para la evitación y resolución de disputas; igualmente, sirve como un recurso

Nacional de Tecnología en Tuneladoras de Estados Unidos realizó un estudio sobre las prácticas internacionales con el objetivo de mejorar los métodos de contratación en Estados Unidos. Como resultado, este estudio⁶ concluyó que las disputas y litigios en proyectos de infraestructura tenían un efecto perjudicial en la eficiencia del proceso constructivo, siendo la principal causa del rápido aumento de costos y plazos de construcción (p.10).

A raíz de estas conclusiones, surgieron las ideas fundamentales de los DB como mecanismos de solución de controversias menos adversariales, donde las partes podrían resolver sus diferencias de manera eficiente en términos de costo y tiempo. En esa medida, el primer DB implementado en Estados Unidos fue en el tramo dos del túnel Eisenhower en Colorado, bajo la modalidad de *Dispute Review Board* (DRB). Esta emitía recomendaciones no inmediatamente vinculantes. Este panel resolvió al menos tres grandes controversias de manera contemporánea con la obra, fomentando relaciones menos adversariales entre el dueño y el constructor en la ejecución restante del proyecto.

Es destacable que, a pesar de que el panel solo tenía la capacidad de emitir recomendaciones no vinculantes, las partes las acogieron voluntariamente, lo que evitó recurrir a un órgano jurisdiccional. Esto sienta las bases de “la autonomía de la voluntad como un elemento esencial en la eficiencia jurídica de los Dispute Boards” (Nuviala, 2021, p. 86).

Los DB se extendieron por Estados Unidos para utilizarse en numerosos proyectos y siendo hoy comunes en la mayoría de los estados (De Ly y Gelina 2017, como se citó en Nuviala, 2021, p.94). La práctica en este país sugiere una amplia utilización de DB bajo el alcance del DRB, que emite recomendaciones no inmediatamente vinculantes, lo anterior se debe, en parte, a las dificultades procesales que implicaría implementar un órgano con capacidades adjudicativas en cada sistema procesal estatal.

A pesar de emitir recomendaciones no vinculantes, estas se siguen voluntariamente en casi todos los casos en Estados Unidos. Esto corresponde por dos razones principales. En primer lugar, se evita activar un mecanismo jurisdiccional con sus costos económicos, plazos extendidos e incertidumbre asociada. En segundo lugar, se aprecia y valora la recomendación del DB dentro del ámbito jurisdiccional, que suele componerse exclusivamente por abogados. Se podría señalar que esta valoración se fundamenta en el hecho de que las recomendaciones son emitidas por profesionales independientes con conocimientos especializados en las disciplinas relacionadas con el proyecto y de manera contemporánea, lo que refuerza la intermediación sobre los hechos y las circunstancias objeto de controversia.

La primera implementación internacional de DB ocurrió en Honduras, en la presa hidroeléctrica El Cajón gracias a la financiación del Banco Mundial. Este proyecto, con diversas culturas jurídicas involucradas (un constructor italiano, un ingeniero o interventor suizo y el dueño de la obra es una entidad de carácter estatal), adoptó un panel que emitía

educacional y de intercambio de información con los distintos agentes involucrados en los proyectos (dueños, ingenieros, constructores, miembros de los DB).

⁶ El reporte denominado “Better Contracting for Underground Construction” de National Technical Reports Library [NTRL] (1974).

recomendaciones no vinculantes, las cuales se acataron voluntariamente en las cinco ocasiones en que se requirió la intervención de este mecanismo.

Desde entonces, la difusión global de los DB aumentó exponencialmente; asimismo, su uso es tan generalizado que resulta difícil establecer con certeza la cantidad y los proyectos en los que se han implementado. Algunos proyectos notables que han adoptado este mecanismo incluyen el Complejo hidroeléctrico Ertan (República Popular China)⁷, la Presa de Katse (Lesoto), el Aeropuerto Internacional de Hong Kong (República Popular China), la ejecución del túnel del Canal de la Mancha (Francia e Inglaterra), los Juegos Olímpicos y Paralímpicos de Londres 2012 (Reino Unido) y la ampliación del Canal de Panamá (Panamá). Proyectos más contemporáneos incluyen el sistema de metro de Estambul (Turquía), el nuevo aeropuerto internacional de Pekín (República Popular China), el Proyecto LAPSSSET (Kenia, Etiopía y Sudán del Sur), y la Presa Neckartal (Namibia) (Chern, 2020, pp. 101-110).

2.1 EVOLUCIÓN

Los dos principales impulsores de la amplia adopción de los DB como mecanismo de resolución de controversias en proyectos de construcción e ingeniería pueden clasificarse en dos categorías principales: asociaciones profesionales y bancos multilaterales.

En la década de 1990, el Banco Mundial (BM)⁸ institucionalizó el uso de los DB en los contratos financiados por esta entidad multilateral a través de los *Standard Bidding Documents: Procurement of Works* (SBDW). En estos documentos, se estableció como obligatorio un DB de tres personas para contratos que superaran los USD 50 millones (Banco Mundial, s.f.d.).

En 1995, FIDIC⁹ promovió por primera vez el uso de un DB con facultades de adjudicación, conocido como *Dispute Adjudication Board* (DAB). Este cambio reestructuró completamente el sistema anterior basado en un papel predominante del Ingeniero, quien tenía un doble rol como representante del Empleador o dueño del proyecto y debía asumir una postura neutra en caso de controversia. Este cambio superó los reproches sobre el Ingeniero, dado que representaba predominantemente los intereses del Empleador, quien pagaba la

⁷ Como un dato curioso, pero sobresaliente para efectos de analizar la internacionalización de las prácticas de ingeniería en Colombia, un colombiano, Carlos S. Ospina, fungió como parte de uno de los primeros paneles internacionales de un DB en la construcción del proyecto hidroeléctrico Ertan, en la República Popular de China, cuando nunca se había usado un DB en dicho país (Nuviala, 2021). De igual forma, el primer país hispano hablante en unirse a FIDIC fue Colombia en 1967 (Almagro y Klee, 2017). Ambos hechos destacan la cultura de los profesionales de la ingeniería en Colombia, quienes buscan optimizar y adaptar sus procesos y metodologías a las mejores prácticas de ingeniería y administración de proyectos, dentro de la que se incluye la administración de controversias contractuales.

⁸ Sobre esta institución: “conformado por 189 países miembros, con personal de más de 170 países, y oficinas en más de 130 lugares, el Grupo Banco Mundial es una asociación mundial única: las cinco instituciones que lo integran trabajan para reducir la pobreza y generar prosperidad compartida en los países en desarrollo” (Banco Mundial, s.f., párr. 1).

⁹ La Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC por sus siglas en francés) es una institución no gubernamental que ha promovido la consolidación estandarizada de prácticas de ingeniería por medio de la redacción y divulgación de modelos contractuales, que incluyen dentro del sistema de resolución de controversias, los DB (International Federation of Consulting Engineers, s.f.).

totalidad de sus honorarios. Más tarde, en 1999¹⁰, FIDIC consolidó la utilización de DAB en toda la colección de contratos, conocida como la colección arcoíris.

En 2004, la ICC introdujo las primeras reglas de DB ¹¹, esto permitió a los usuarios elegir entre distintos tipos de DB según la fuerza vinculante de sus pronunciamientos: a) DRB con la emisión de recomendaciones no vinculantes de inmediato, pero que se vuelven vinculantes si las partes no objetan en un plazo determinado; b) DAB con la emisión de decisiones vinculantes de inmediato, aunque su fondo pueda discutirse en sede jurisdiccional; c) *Combined Dispute Boards* (CBD) que normalmente emiten recomendaciones, pero en determinados casos pueden emitir decisiones.

Un año más tarde, otras entidades de la banca multilateral (MDBs por sus siglas en inglés), incluyendo el Banco Interamericano de Desarrollo (BID)¹², adaptaron sus modelos contractuales para incluir los DB, específicamente los DAB, como parte del sistema de gestión de controversias. Esto se realizó mediante una adaptación de los contratos FIDIC a través del contrato modelo denominado "*FIDIC MDB Harmonized Conditions of Contract*,"¹³ comúnmente conocido como "Pink Book" o Libro Rosa.

En 2017, tanto FIDIC, como la ICE¹⁴, a través de una actualización a sus contratos NEC, conocida como NEC4, introdujeron una faceta preventiva para dotar al DB de capacidades de asistencia informal con el fin de evitar disputas; este nuevo modelo se denominó *Dispute Avoidance and Adjudication Board* (DAAB). Tales actualizaciones no solo modifican el sistema de resolución de controversias, sino que también se orientan hacia un enfoque de contratos colaborativos en contraposición a contratos conmutativos o prestacionales. Por lo tanto, este cambio de paradigma influye tanto en las obligaciones de colaboración recíproca de las partes, como en el enfoque colaborativo que deben asumir en la administración de las diferencias y controversias contractuales.

¹⁰ Una breve historia de la colección arcoíris de 1999 de FIDIC (Battrick y Duggan,2012).

¹¹ El reglamento de la ICC respecto de los DB del año 2004, hoy derogado (ICC, s.f.).

¹² Sobre esta entidad; cuenta con 26 países prestatarios en América Latina y brinda apoyo financiero y técnico a gobiernos nacionales (BID, s.f.b).

¹³ Estas condiciones armonizadas, junto con sus enmiendas, nacen de la necesidad de la banca multilateral de adoptar condiciones homogéneas que otorgarán un mayor grado de predictibilidad y estabilidad a los usuarios de los contratos. La práctica habitual hasta entonces otorgaba mayor discrecionalidad a cada banco que tomaba el modelo contractual FIDIC, el cual preestablecía las condiciones generales de contratación, pero aquellas eran adaptadas según la política individual del banco por medio de las condiciones particulares; sin embargo, esto generaba ineficiencias e inseguridades en los usuarios e incrementaba las posibilidades de disputa (International Federation of Consulting Engineers, s.f.b).

¹⁴ La Institución de Ingenieros Civiles (ICE por sus siglas en inglés) del Reino Unido es una organización no gubernamental que, entre otras, ha promovido la estandarización de los contratos de ingeniería por medio de la iniciativa denominada Nuevos Contratos de Ingeniería (NEC por sus siglas en inglés). Esta estandarización y su buen recibimiento en el Reino Unido han llevado a la expansión global de sus modelos contractuales que ahora incluyen estructuras tipo menú, con cláusulas estructurales y cláusulas opcionales, de modo que puedan adaptarse a diversas legislaciones sin importar su sistema jurídico (ICE, s.f.).

La enorme influencia de creadores de contenido jurídico no estatales, las organizaciones profesionales mencionadas, los agentes de la banca multilateral y las instituciones de resolución de controversias transnacionales han sido cruciales en la evolución y difusión del mecanismo de los DB. Igualmente, la homogenización y la estandarización de condiciones contractuales, que incluyen mecanismos como los DB dentro de un sistema de solución de controversias, comenzó a influir en las reglas de derecho nacionales de diversos países. Como resultado, ha comenzado una incipiente interpretación y aplicación, por medio de mecanismos jurisdiccionales, de estos modelos contractuales una vez han surgido controversias relativas a su implementación (Nuviola, 2021, pp. 163-167).

2.2 ALCANCE

Dado su carácter esencialmente contractual, los DB son susceptibles a delimitarse en sus capacidades y alcances según lo establecido en el acuerdo contractual que les da origen. A pesar de esta flexibilidad, la doctrina y los operadores internacionales, a través de sus contratos estandarizados, tienden a categorizar los diferentes tipos de DB en función del momento de su constitución y de la vinculatoriedad de las decisiones.

En cuanto al momento de constitución, los DB se dividen en dos categorías principales: aquellos de carácter permanente (*Standing DB*) y aquellos de objetivo específico (*Ad-Hoc DB*). Los *Standing DB* se constituyen generalmente al inicio del proyecto, lo que permite una comprensión inmediata y un seguimiento en tiempo real del desarrollo del proyecto, así como del surgimiento y evolución de las desavenencias que pueden derivar en controversias o disputas formales. Por otro lado, los *Ad-Hoc DB* suelen constituirse solo una vez que ha cristalizado una disputa, con el propósito de contribuir a su resolución. Como es evidente, los *Ad-Hoc DB* enfrentan la dificultad adicional (similar a la de los mecanismos jurisdiccionales o el arbitraje) de posicionarse en un tiempo y lugar específicos, sin un conocimiento profundo del proyecto, sus antecedentes y su evolución. Esto puede limitar razonablemente la apreciación y comprensión detallada del objeto en controversia, así como afectar el plazo necesario para su resolución.

En términos de la vinculatoriedad de sus decisiones, los DB pueden clasificarse en cuatro categorías principales:

Tabla 1. Tipos de Dispute Boards según el efecto de sus decisiones

Dispute Review Board (DRB)	Dispute Adjudication Board (DAB)	Combined Dispute Board (CDB)	Dispute Avoidance and Adjudication Board (DAAB)
----------------------------	----------------------------------	------------------------------	---

<p>Los DRB emiten recomendaciones no vinculantes de inmediato para las partes. Estas recomendaciones pueden aceptarse voluntariamente por las partes gracias a la autonomía de la voluntad; o bien, las partes pueden expresar su inconformidad en un plazo preestablecido.</p>	<p>Los DAB emiten decisiones inmediatamente vinculantes para las partes. Estas decisiones pueden objetarse y revisarse en su fondo mediante un proceso jurisdiccional posterior, sin que esto afecte su cumplimiento.</p>	<p>El CDB, por lo general, emite recomendaciones. No obstante, a solicitud de ambas partes, o de una de estas (incluso en caso de oposición por parte de la otra), el DB puede emitir decisiones vinculantes. Esta facultad se ejerce cuando el DB lo determina según los criterios de necesidad y urgencia para la preservación o continuidad del proyecto.</p>	<p>Los DAAB incluyen la asistencia informal con el objeto de abarcar la prevención y evitación de las disputas. Ante un requerimiento formal, y aun en contravía de los juicios emitidos en la asistencia informal, pueden emitir decisiones inmediatamente vinculantes, las cuales pueden objetarse y revisarse en su fondo, en un mecanismo jurisdiccional posterior, sin que esto afecte su cumplimiento.</p>
---	---	--	--

La evolución de los DB se inició con el establecimiento de estructuras basadas en recomendaciones no vinculantes, específicamente bajo la categoría de DRB, que, en su mayoría, se adoptan voluntariamente por las partes. Este enfoque, arraigado en la cultura jurídica de Estados Unidos, refleja los principios de eficiencia y celeridad del sistema de *common law*, donde se otorga gran legitimidad a los DB como mecanismos eficientes y especializados de resolución de controversias. No obstante, este esquema podría no ser completamente funcional en contextos legales como el colombiano, caracterizado por altos índices de litigiosidad y una sobreoferta de servicios jurídicos, lo cual fomenta la prolongación de disputas.¹⁵

¹⁵ Quizá uno de los pocos estudios que puedan encontrarse en Colombia frente al exceso de oferta de servicios jurídicos es el estudio titulado *La profesión jurídica en Colombia. Falta de reglas y exceso de mercado*, desarrollado por García y Ceballos (2019), cuya versión abreviada se publicó en el libro denominado *Abogados sin reglas. Los profesionales del derecho en Colombia: mucho mercado y poco Estado*. Algunas conclusiones llamativas de este estudio resaltan la desproporcionada participación de abogados en el mercado, en contraste con otras profesiones (por ejemplo, que el número de abogados graduados anualmente represente 3.5 veces el número de ingenieros). Esto podría incidir en la excesiva litigiosidad de las controversias. Al respecto: “el abuso de las acciones judiciales en Colombia (un país particularmente generoso en la oferta de este tipo de recursos) puede estar relacionado, entre otras cosas, con el superávit de abogados que buscan un oficio litigioso en asuntos que podrían resolverse” (García y Ceballos, 2019, pp. 198-199). Otro escrito que diagnostica algunos de los problemas de la sobreoferta de servicios jurídicos es el artículo denominado *Lawyernomics en Colombia. Efectos económicos*

Luego surgió la alternativa de conferir a los DB la capacidad de emitir decisiones inmediatamente vinculantes para ambas partes, como es el caso del DAB. Lo anterior, sin impedir que cualquiera de ellas exprese su inconformidad en un plazo establecido y, por consiguiente, busque la resolución definitiva en los mecanismos jurisdiccionales, sin interrupciones en el cumplimiento inmediato de lo decidido por el DB. Con esta estructura interina, se eliminan los incentivos de la parte perdedora para retrasar las consecuencias económicas mediante la activación de los mecanismos judiciales.

En caso de una decisión a favor del constructor, se asegura que los flujos económicos del proyecto no se detengan; paralelamente, se busca equilibrar la disparidad financiera y de negociación entre el constructor y el empleador o dueño. En cambio, si la decisión favorece al contratante, se mitigan los costos adicionales de acuerdo con los alcances originales del proyecto, lo que desalienta las reclamaciones sin fundamento por parte del contratista. De esta manera, el enfoque busca equilibrar la ecuación financiera y de negociación, independientemente de la parte que obtenga un veredicto favorable; asimismo, promueve una resolución justa y eficiente en todos los aspectos de la controversia.

Ahora bien, este efecto interino de las decisiones puede ser a su vez una gran debilidad del mecanismo. La controversia sobre los efectos del incumplimiento de una decisión del DAB generó debates intensos en el ámbito de los mecanismos de resolución de disputas. En esa medida, se planteaba la cuestión de si dicho incumplimiento debía someterse nuevamente al DAB para su declaración, esto es un enfoque conocido como la aproximación de segunda disputa. Este planteamiento, al generar un efecto circular y dilatorio, amenazaba la eficiencia y aumentaba los costos asociados con la resolución de la disputa.

Contrapuesta a esta postura, más alineada con los principios de garantía de pago que fundamentan los DB, se sostenía la ejecución de las decisiones del DAB a través del mecanismo jurisdiccional, generalmente mediante arbitraje. En este contexto, se proponía la posibilidad de otorgar fuerza ejecutable a aquellas decisiones vinculantes, pero no finales, emitidas por un DAB mediante un Laudo interino en el proceso arbitral.

En tal sentido, esta perspectiva buscaba evitar la recurrente revisión de la misma disputa, al promover la eficacia y agilidad en la ejecución de las decisiones del DAB. Al optar por la vía del arbitraje, se proporcionaba un marco legal para hacer cumplir de manera efectiva las resoluciones del DAB, lo que evita la redundancia de someter nuevamente la cuestión al propio DAB.¹⁶

derivados del alto número de abogados y los excesivos niveles de actividad jurídica por otras vías menos costosas, menos conflictivas y más eficaces, de Gaviria y Londoño (2022).

¹⁶ Este particular asunto ha sido objeto de gran discusión en la doctrina internacional, especialmente en relación con el fraseo de los contratos FIDIC en versiones anteriores al año 2017. Quizá uno de los casos más relevantes en sede jurisdiccional que ha estudiado estas tensiones sea la secuencia de casos conocidos como la saga Persero (Persero I, Persero II), fallados por las cortes de Singapur entre los años 2009 y 2015, entre los que existió un viraje en la posición de las altas cortes del país. En un primer momento (Persero I), la Corte consideró un enfoque de segunda disputa, bajo un criterio de interpretación exegético del texto contenido en el contrato FIDIC, el cual podría generar un efecto circular de reclamaciones ante el DB por cada una de las decisiones incumplidas, lo que finalmente diluye la vinculatoriedad inmediata de las decisiones.

Las discusiones en torno a este tema se han aclarado en las más recientes modificaciones realizadas por FIDIC a sus modelos contractuales en 2017 (los modelos de la ICC y la ICE no adolecían de esta patología). Estas modificaciones han buscado corregir imprecisiones terminológicas y establecer un marco más claro para la ejecución de las decisiones del DAB.¹⁷

Cabe destacar que, ante la posible falta de garantías bajo un sistema de adjudicación no jurisdiccional, se observa una tendencia en el mercado internacional a adoptar garantías sólidas, como avales bancarios, con el objeto de cubrir el riesgo de una eventual modificación de las decisiones del DAB¹⁸. En línea con la evolución de los mecanismos de resolución de disputas, los contratos más recientes de la FIDIC han introducido innovaciones significativas, entre las cuales destaca la posibilidad, a solicitud de una de las partes y a discreción del DB, de establecer mecanismos de garantía de reembolso (Nuviala, 2021, p. 390).

En tercer lugar, los CDB exclusivos de la ICC adoptan un enfoque híbrido al emitir principalmente recomendaciones no vinculantes de inmediato. No obstante, estos pueden otorgar decisiones vinculantes si ambas partes lo solicitan o, en caso de objeción de una parte, cuando la decisión favorece la ejecución del contrato, previene daños importantes o conserva elementos de prueba.¹⁹

Finalmente, los DAAB regulados en las actualizaciones de los contratos FIDIC y NEC desde 2017, así como en la división tripartita contemplada por el reglamento de la ICC en su versión 2015, incorporan facultades preventivas y de evitación de disputas como un pilar

Posteriormente (Persero II), la Corte corrigió esta aproximación por inconsistente con los principios y filosofía del mecanismo de DB, puesto que aquel pretende un régimen de seguridad en los pagos de modo tal que no se vea afectado el flujo de caja del proyecto; en consecuencia, sosteniendo un laudo interino de un tribunal arbitral que ordenaba el pago de una decisión del DB.

¹⁷ Con anterioridad a las recientes modificaciones de la versión 2017 de los contratos FIDIC, esta entidad en 2013 publicó el documento: *FIDIC Guidance Memorandum to Users of the 1999 Conditions of Contract dated 1st April 2013*, el buscaba corregir la redacción de la cláusula 14 y de la subcláusula 20.4 de la edición de 1999 del Libro Rojo. Este memorando resulta también aplicable al Libro Rosa que, recordemos, tiene acogida en la región de aquellos proyectos que se hallen financiados por el BID, o en los contratos financiados por el BM que se refieren en su estructura de solución de controversias, en su versión en español, a una adaptación de los modelos FIDIC de 1999.

¹⁸ En un laudo parcial de septiembre de 2020, el Tribunal Arbitral, vinculado con el contrato basado en estándares FIDIC para la expansión del canal de Panamá, revocó una decisión de un Dispute Adjudication Board (DAB). No obstante, el DAB previamente había otorgado una extensión del plazo y compensación económica al contratista. De tal modo que el Tribunal exigió la restitución de USD 365 millones tras un análisis detallado de la asignación de riesgos en el contrato, especialmente en relación con una alegada variación en los agregados de concreto. En ese sentido, este caso destaca la importancia de conservar mecanismos jurisdiccionales como órganos de cierre en grandes controversias.

¹⁹ Para mayores detalles respecto del funcionamiento de este mecanismo híbrido de DB remitirse a las reglas de la ICC de DB, que en su artículo 6° describen el CDB (International Chamber of Commerce [ICC], 2017).

fundamental de su filosofía. En efecto, dichas facultades buscan aumentar la eficiencia del mecanismo al prevenir el surgimiento de disputas formales tanto como sea posible.

Con un enfoque proactivo y propositivo, el DAAB tiene como objetivo anticipar posibles desacuerdos entre las partes, especialmente durante reuniones o visitas a la obra, centrándose en la prevención de disputas. Por consiguiente, al estar dotado de facultades preventivas y de evitación, el DAAB despliega una operatividad flexible al proporcionar asistencia informal para prevenir desacuerdos y tomar decisiones formales en caso de que las disputas se cristalicen. Estas características, resaltadas en las actualizaciones contractuales de 2017, refuerzan la colaboración contractual y promueven una resolución eficiente y preventiva de las controversias en proyectos de construcción e ingeniería.

En su función de asistencia informal, el DAAB goza de una amplia libertad de configuración, tanto en su iniciativa como en el acuerdo entre las partes. Esta libertad se refleja en diversas formas en las que puede asistir a las partes; por ejemplo, conversaciones informales, reuniones ex parte o la formulación conjunta de preguntas e hipótesis, conceptos o recomendaciones expresadas a través de respuestas verbales o notas escritas. Es importante destacar que, a pesar de esta etapa informal, el DAAB no queda vinculado a las opiniones formuladas durante este proceso cuando llega el momento de tomar una decisión formal sobre el fondo de la controversia.

Durante este proceso de asistencia informal, se forjan vínculos de confianza y legitimidad entre el DB y las partes. Lo anterior se alcanza al fomentar la apertura y franqueza en las comunicaciones que, para mayor seguridad de las partes, pueden designarse como confidenciales y privilegiadas. Es esencial señalar que esta regla no se aplica a las sumisiones formales de resolución de disputas ni a las comunicaciones ordinarias intercambiadas entre las partes.

Tanto el reglamento de la ICC, como los más recientes modelos contractuales de FIDIC, incorporan disposiciones relevantes en esta área. Así, mientras que el primero lo hace de manera general, el segundo aborda el tema de manera específica en diversos aspectos del contrato. Las modificaciones recientes de FIDIC introducen cláusulas propias de un enfoque colaborativo, como aquellas relacionadas con advertencias tempranas que involucran a todas las partes en el contrato. Asimismo, estas se enfocan en las reuniones de gestión del proyecto, al incentivar la participación dinámica de otros agentes, como subcontratistas, suministradores o autoridades. Además, se establece una subcláusula específica destinada a la evitación de disputas (Nuviala, 2021, pp. 305-316).

En resumen, la naturaleza preventiva de los DAAB les confiere un carácter híbrido, puesto que adopta características autocompositivas al desempeñar funciones de evitación y asistencia informal, así como características hetero-compositivas al fungir como adjudicadores en sumisiones formales para tomar decisiones

2.3 FILOSOFÍA DE LOS DISPUTE BOARD

La filosofía subyacente a los DB comparte una estructura y objetivo comunes, según la DRBF. Su finalidad primordial es fomentar la prevención de disputas y brindar eficiencia en costos y tiempo para la resolución de conflictos durante la duración de un proyecto (DRBF, 2019, p.1).

En esa medida, la gestión de controversias (*Dispute Management*), considerada desde una perspectiva empresarial y de administración de riesgos, destaca la pertinencia de implementar sistemas de gestión de riesgos adaptados a la complejidad del proyecto. Cabe señalar que esta complejidad se relaciona directamente con la naturaleza de las potenciales disputas, lo que resulta crucial para prevenir desviaciones que podrían afectar, en el peor de los casos, el cumplimiento del objetivo del proyecto. Por tal motivo, esta necesidad se vuelve más apremiante en proyectos de infraestructura, que, ya sea de índole pública o privada, suelen involucrar la satisfacción de intereses generales.

Las opciones de resolución jurisdiccional, ya sea a través de arbitraje o en tribunales locales, conllevan elevados costos transaccionales. Esto no solo implica costos económicos directos, como la contratación de expertos, abogados, honorarios de árbitros y gastos administrativos, sino también costos en términos de recursos humanos, especialmente a nivel directivo. Como resultado, este proceso desgasta el talento del proyecto y desvía recursos que podrían concentrarse en la finalización y entrega exitosa de los proyectos, en lugar de preparar y defender disputas (DRBF, 2019, pp. 16-19).

Por ello, realizar un análisis de costo-beneficio puede demostrar las ventajas del DB como un eficaz sistema de control de riesgos. Por otro lado, y a modo de comparación, los proyectos de infraestructura suelen destinar considerables recursos a la transferencia de riesgos a compañías aseguradoras, con costos asociados a diversos tipos de seguros. Sin embargo, estos seguros, aunque buscan minimizar pérdidas, no tienen la capacidad intrínseca de influir de manera directa en el éxito del proyecto.

En contraste, los costos asociados con el funcionamiento de un DB son, en la mayoría de los casos, residuales en relación con el costo total del proyecto. Según la DRBF, en proyectos pequeños, estos costos pueden oscilar entre el 0.05 % y el 0.1 % del total (DRF, 2019, pp.16-19). Como retorno de inversión, se observó una menor desviación en los costos totales y una aún menor desviación en el plazo de ejecución del proyecto. En proyectos más grandes, algunos autores sugieren que los costos del DB pueden representar alrededor del 0.7 % del costo de la disputa, en comparación con los costos de un arbitraje internacional, el cual tiene una media de 12.75 %. Como resultado, esto implica una optimización significativa de recursos, sin considerar los ahorros de tiempo y la garantía de continuidad del proyecto (Bunni, 2015 como se citó en Nuviala, 2021, p. 95).

Los DB, incluso en su fase de resolución de controversias, se destacan por ser mecanismos menos adversariales en comparación con otros enfoques hetero-compositivos. En este contexto, los miembros del DB desempeñan un papel proactivo al determinar y valorar los hechos relevantes y los medios de prueba. Este enfoque refleja una filosofía que, aunque no constituye un mecanismo jurisdiccional, podría equipararse con un sistema inquisitivo (Chern, 2020, p. 316).

De acuerdo con Chern (2020), se espera que los DB actúen de manera inquisitorial, al asumir un papel activo y protagónico en la obtención de información. En esa medida, se espera que investiguen a fondo los hechos en disputa, examinen de manera exhaustiva toda la evidencia y formulen preguntas pertinentes. De tal modo que esto contrasta con un enfoque más pasivo, similar al de mecanismos jurisdiccionales como el arbitraje, donde se espera que la información se proporcione principalmente por las partes involucradas (pp. 483-486).

En el proceso de resolución de controversias con DB, se espera que las partes adopten un enfoque colaborativo y, por ende, se distancien de las prácticas jurisdiccionales. Esto

implica una mayor disposición para colaborar con el DB, proporcionar información relevante para la disputa, exponer los hechos de manera abierta y concisa con un lenguaje neutral y sin dramatismos; de igual modo, evitar reservar argumentos o pruebas que puedan influir en la resolución y participar de manera proactiva en la administración del DB. Finalmente, se destaca la importancia de limitar la presentación de hechos y documentos irrelevantes o repetitivos, lo que fomenta una actitud menos adversarial y más colaborativa en la gestión de las controversias (Jackson, 2022, pp. 117-125).

Por tal motivo, es crucial reflexionar sobre el rol de los abogados en el mecanismo de DB²⁰, dado que se espera que actúen como consejeros en lugar de representantes de las partes²¹. Según Chern (2020), existe un consenso entre los practicantes de que la función de los abogados debe ser limitado en el DB, puesto que su presencia puede complicar y polarizar las disputas, lo que obstaculiza un proceso ágil y una resolución amigable. De hecho, algunos DB pueden excluir la presencia de abogados debido al factor de intimidación que pueden generar, aunque esta decisión debe evaluarse por el panel en cada caso específico, donde se consideren las circunstancias particulares de la disputa (pp. 324-325).

Finalmente, los beneficios van más allá de la resolución de disputas, abarca aspectos suaves (*soft*) como la promoción de comunicación abierta y colaborativa, y actuando como una especie de auditoría independiente que contribuye al mejor desempeño de las partes. De igual modo, las reuniones regulares y las visitas programadas fomentan un ambiente de trabajo eficiente y, por lo tanto, ayudan a prevenir tensiones. Este enfoque posibilita que los recursos se centren en cumplir los objetivos del proyecto en lugar de gestionar disputas, respetando la distribución de riesgos acordada contractualmente.

En cuanto al procedimiento y valoración probatoria, aunque el DB no sigue estándares jurisdiccionales (como el debido proceso o la sana crítica), garantiza una equidad procesal (*procedural fairness*), al otorgar a cada parte una oportunidad justa y razonable de ser oída, de presentar su caso y responder a la postura de la otra parte.

Adicionalmente, este estándar se complementa con una intermediación excepcional, respaldada por registros y documentos contemporáneos del proyecto, la posición técnica y contractual actualizada de los principales agentes y un conocimiento detallado, prácticamente tangible, de la obra. Esta combinación confiere una legitimidad especial al mecanismo,

²⁰ De conformidad con el artículo 21 del reglamento de la ICC, en relación con la “Organización y conducción de las audiencias”, se estipula en el numeral séptimo que “las Partes comparecerán en persona o a través de representantes debidamente acreditados a cargo de la ejecución del Contrato. Asimismo, podrán estar asistidas por consejeros”. Nótese que son las partes, o en su defecto los encargados “debidamente acreditados” como responsables de la ejecución del Contrato, quienes asumen la vocería en los DB. Lo anterior tiene completo sentido, puesto que, como se ha explicado, este no es un procedimiento jurisdiccional, de modo que los miembros del DB buscan una mayor intermediación con los hechos y pruebas objeto de la controversia.

²¹ Las reglas “AAA-ICDR Dispute Avoidance and Resolution Board Specifications, Operating Procedures, and Hearing Rules and Procedures” de la American Arbitration Association. (2022) determinan en su artículo 3.12 “Participation of Counsel and Independent Experts”: “[U]nless the Board determines that it would assist resolution of the Dispute, counsel may not: (a) examine directly or cross-examine any witness, (b) object to questions or factual statements made or related during the meeting, or (c) make motions or offer arguments”.

sustentada a su vez en la motivación y el razonamiento detallado de sus decisiones. Estas no solo se basan en los hallazgos directos del proyecto y las posturas de las partes, sino que también se nutren del criterio técnico y las experiencias acumuladas por los integrantes del DB, quienes suelen contar con un considerable número de años y proyectos en su historial (DRBF, 2019, p. 21).

En cuanto a la vinculación inmediata de las decisiones de un DB con facultades de adjudicación, estas se vuelven inmediatamente obligatorias, sin perjuicio de una revisión sustantiva en el ámbito jurisdiccional, si al menos una de las partes las considera inaceptables y, por lo tanto, manifiesta su desacuerdo dentro de los plazos establecidos. Este carácter se deriva del principio “*pay now, argue later*” o ‘paga ahora y reclama después’, en línea con sistemas jurídicos de *common law*. Este principio busca una asignación eficiente de recursos, de manera provisional, para no afectar el flujo de caja del proyecto y garantizar su conclusión (Almagro y Lee, 2017, p. 126).

Aunque en el sistema jurídico colombiano no existen instituciones asimilables que puedan contener este principio, a excepción quizá de algunos antecedentes en materia tributaria o sancionatoria que consagraban el principio “*solve et repete*”²² (paga y alega), es crucial considerar la función económica del mecanismo de los DB y las salvaguardas recomendadas por la comunidad jurídica internacional.

Dada la naturaleza provisional de las decisiones inmediatamente vinculantes de un DB cuando el asunto está sujeto a revisión en sede jurisdiccional, autores como Chern (2020), por ejemplo, respaldan la conveniencia de establecer sistemas de cobertura eficaces ante el riesgo de modificación o restablecimiento. Esto incluye garantías bancarias, en caso de que la decisión del DB sea desvirtuada o modificada en un tribunal (p. 492). Estas medidas contribuyen a abordar posibles errores en las decisiones del DB y aseguran la recuperación de fondos para la parte que realizó un pago obligado a pesar de haber expresado su desacuerdo dentro de los plazos establecidos.

Estas medidas de protección contra la modificación o restablecimiento de las decisiones del DB contrarrestan el incentivo de la parte perdedora para retrasar el pago o el cumplimiento mediante la activación de procesos jurisdiccionales. Además, respaldan la continuidad del proyecto al proteger el flujo de efectivo y el cumplimiento de obligaciones esenciales.

²² En las Sentencias C-599 de 1992 y T-576 de 1992, la Corte Constitucional analiza el principio en mención. En el primero de los casos, se declara la inconstitucionalidad del artículo 26 del Decreto 1746 de 1991 en relación con el “Régimen Sancionatorio y el Procedimiento Administrativo Cambiario”, que establecía, como condicionante habilitante para acceder a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, acompañar la demanda con “el recibo de pago de la multa correspondiente”, por considerar que este enunciado truncaba el acceso a la administración de justicia.

Por su parte, en la sentencia de tutela, se analizó la constitucionalidad del parágrafo del artículo 11 del Decreto 1270 por medio del cual se regula el “Régimen de Sanciones Aplicables a los Organismos de tránsito” que establecía lo siguiente: “Los recursos contra una resolución que imponga sanción de multa solo serán concedidos, previo depósito de su valor o garantizando en forma idónea el cumplimiento de la obligación”, al considerar la Corte de que este principio se ha convertido en un obstáculo para el ejercicio del derecho de defensa en el caso concreto.

Asimismo, estas medidas contribuyen a reducir la disparidad económica y el poder de negociación entre el desarrollador del proyecto y el propietario. Lo anterior es especialmente relevante cuando el desarrollador busca compensaciones económicas del propietario. En caso de que este último sea una entidad estatal, dicha cobertura también ayudaría a contrarrestar los fuertes incentivos que padecen los funcionarios públicos con el fin de evitar costos extraordinarios asociados con el proyecto bajo la amenaza de controles fiscales. Además, se asegura la preservación de los recursos públicos en caso de una eventual modificación posterior.

2.4 LOS DISPUTE BOARDS EN COLOMBIA

En el contexto colombiano, hay que destacar que hoy no existe una regulación legal de orden nacional para los DB²³, puesto que ninguna ley o norma en el ordenamiento jurídico hace mención específica a estos. Sin embargo, una lejana similitud podría encontrarse en el artículo 73 de la Ley 80 de 1993²⁴ que aún está en vigor y establece la colaboración con asociaciones de profesionales y cámaras de comercio.

A pesar de la ausencia de una regulación específica, Colombia no ha sido completamente ajena a la utilización de DB como Métodos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC). Desde los inicios de la década anterior, se han realizado intentos en el país para implementar DB en contratos de infraestructura, siendo la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) la entidad que ha liderado y continúa promoviendo esta iniciativa.

²³ Salvo una directiva de la Secretaría Jurídica Distrital de la ciudad Bogotá (022 de 2018), que menciona expresamente la utilización de “panel de expertos”, no se ha identificado en el trabajo de investigación ninguna otra referencia normativa que regule la materia objeto de estudio. Por consiguiente, se destaca de esta referencia normativa el hecho de habilitar explícitamente el rol de los PE en la prevención de disputas. En ese sentido, en el numeral “I. Criterios y orientaciones generales”, en el numeral tercero se define como “juntas de expertos o examinadores. En los contratos de obra, infraestructura y demás asociados a estos, de mediana y larga duración, y en contratos de complejidad técnica; según las características del caso, se podrá pactar el establecimiento de juntas de examinadores de diferencias o de expertos, para que acompañen a las partes durante el contrato para prevenir disputas”.

Más adelante, esta misma directriz ahora en el numeral “III. Arbitraje Internacional, amigable composición y juntas de expertos” en su numeral octavo, esboza el carácter transitorio o interino que tendrán las decisiones inmediatamente vinculantes de aquellos PE, así: “El contrato contendrá cláusulas escalonadas que establezcan que la disputa se someterá primero a un procedimiento de conciliación directa, luego a la revisión de un panel de expertos vinculante para las partes, antes de acudir al arbitraje. La conciliación se adelantará con ejecutivos de primer nivel y poder de decisión sobre la disputa, además de la presencia de un tercero imparcial o intermediario. Debe ponerse especial atención para pactar un plazo de inicio y fin de las etapas previas al procedimiento arbitral”.

²⁴ Este artículo consagra: Art. 73 De la colaboración de las asociaciones de profesionales y de las cámaras de comercio, podrá pactarse acudir a los centros de conciliación y arbitramento institucional de las asociaciones profesionales, gremiales y de las cámaras de comercio para que diriman las controversias surgidas del contrato.

Aunque no se pretende ofrecer un inventario exhaustivo, hay que destacar que en Colombia se han llevado a cabo importantes investigaciones sobre el uso de DB²⁵. Las primeras instancias de utilización de DB, denominados Paneles de Expertos (PE) según el reglamento de la CCI “relativo a los Dispute Boards”, se remontan a contratos de la Ruta del Sol en 2010. A continuación, se transcriben los literales relevantes de estos contratos con fines ilustrativos:

a) Por la presente sección, las Partes se comprometen a constituir un Panel de Expertos conforme al reglamento de la Cámara de Comercio Internacional relativo de los *Dispute Boards* (el “Reglamento) el cual es considerado como parte integrante del presente Contrato [...].

[]

c) El Panel de Expertos resolverá las desavenencias derivadas del presente Contrato que expresamente se señalan deben ser resueltas por dicho Panel de Expertos. Para cualquiera de estas desavenencias, el Panel de Expertos dictará una decisión de acuerdo con el Reglamento. Si una de las Partes no acata una decisión de acuerdo con el Reglamento, la otra Parte puede someter este incumplimiento a arbitraje en los términos de las Secciones [] siguientes. Si una Parte notifica por escrito a la otra y al Panel de Expertos su desacuerdo con una decisión, según lo previsto en el Reglamento, la desavenencia será resuelta definitivamente mediante arbitramento.

²⁵ Ariza, S. (2022). *La amigable composición en los contratos de cuarta generación de infraestructura vial : un análisis de casos para determinar su eficacia*. [Tesis de Grado, Pontificia Universidad Javeriana] Repositorio Universidad Javeriana (<http://hdl.handle.net/10554/59422>)

Burgos, M.P.; Lemus, J.D. (2019). *La implementación de los dispute boards dentro de los contratos de infraestructura vial* [Tesis de Grado, Universidad Externado]. Repositorio Universidad Externado. (<https://doi.org/10.57998/bdigital.handle.001.2602>)

Cruz Medina, V. (2018). *La amigable composición en los contratos de concesión 4G en Colombia: Un mecanismo de justicia alternativa que garantiza la seguridad jurídica*. [Tesis de Grado, Universidad de los Andes] Repositorio Universidad de los Andes. (<http://hdl.handle.net/1992/40058>)

Carmona, L. (2014). *Paneles de expertos*. [Tesis de Grado, Pontificia Universidad Javeriana] Repositorio Universidad Javeriana (<http://hdl.handle.net/10554/15815>)

[]

e) Las decisiones del Panel de Expertos solamente podrán recaer sobre aspectos técnicos. Los efectos de las decisiones del Panel de Expertos que llegaren a implicar modificaciones al presente Contrato o que impliquen la asunción por parte del INCO de sumas de dinero, deberán, para que tengan efectos, ser adoptadas en los términos y condiciones señalados en el presente Contrato y en la Ley Aplicable para la modificación del Contrato y/o para el reconocimiento por parte del INCO de sumas de dinero adicionales. (Contratos de Concesión, 001/10, p. 107; 002/12, p. 110; 007/10, p. 116)²⁶

Cabe señalar algunas particularidades que, desde entonces, han representado desviaciones de los estándares internacionales en los contratos colombianos que incorporan PE o, más recientemente, AC:

- a. **Capacidad:** los PE solo tenían la capacidad de resolver controversias expresamente señaladas en el contrato, limitándose a aspectos técnicos. En contraste, los DB tienen un alcance más amplio para dirimir, en principio, todo tipo de controversias asociadas al proyecto.
- b. **Vinculatoriedad de las decisiones:** en contraposición a los DB en versiones recientes de los modelos FIDIC, existía ambigüedad sobre la vinculatoriedad de las decisiones de los PE, dado que se estipulaba que la controversia sería resuelta definitivamente mediante arbitraje si alguna de las partes notificaba su desacuerdo. Esto restaba eficacia a las decisiones del PE al supeditar su vinculatoriedad a la falta de notificación de desacuerdo.
- c. **Efectos de las decisiones:** las decisiones del PE que representaran una modificación del contrato o generaran mayores costos para la entidad contratante debían adaptarse mediante adiciones bilaterales. Esto establecía una condición suspensiva que, al menos en parte, resultaba meramente potestativa para la entidad contratante. Se asume en el contexto de la presente investigación que aquella disposición, al igual que otras que en sentido similar se evidencian en los contratos de generaciones posteriores respecto de la AC, pretendió respetar el régimen jurídico de los eventos excepcionales que pueden dar lugar a modificar el contrato estatal.

²⁶ Los Contratos de concesión celebrados por el Instituto Nacional de Concesiones (INCO), hoy Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), identificados con los números 001 de 2010, 002 de 2010 y 007 de 2010, en relación con las cláusulas de solución de controversias identificadas con los numerales 18.01, 16.01 y 18.01 respectivamente.

- d. **Costos:** se estipulaba que los costos ordinarios serían asumidos por el Concesionario, mientras que los costos extraordinarios o adicionales (como expertos de apoyo) serían asumidos por la parte vencida, y si no la hubiera, por mitades. Esta práctica se aleja de los estándares internacionales, dado que podría generar un conflicto de interés para los miembros del PE, al ser retribuidos únicamente por una de las partes, lo que podría influir en su favoritismo. Este aspecto ha sido objeto de críticas similares a las dirigidas a la figura del Ingeniero en los contratos internacionales FIDIC.

En relación con estas primeras disposiciones, los órganos de control fiscal expresaron fuertes críticas. La Contraloría General de la República (2014), al analizar los contratos de Ruta del Sol, interpretó los costos asociados con el mecanismo como un presunto detrimento o “un presunto daño fiscal, al cargar al proyecto costos o gastos que no están permitidos o regulados por la legislación colombiana” (p. 127). Paralelamente, esta consideró que los pagos de los honorarios del PE no son acordes a lo que establece el contrato y, por lo tanto, los clasificó como “una deuda adquirida por el concesionario” (p. 11), especialmente cuando el PE “no es un mecanismo de solución directa de las controversias Contractuales” (p. 136).

A continuación, en una interpretación rígida frente a los mecanismos alternativos de solución de controversias, se señaló lo siguiente:

Como se observa la figura señalada en el contrato no ha sido concebida en la legislación colombiana como un mecanismo alternativo de solución de conflicto, razón por la que, no podría ser utilizado para dicho fin y en ese orden ostentar efectos frente al interés público de administración de justicia y la prevalencia y protección del patrimonio público (Contraloría General de la República, 2014, p. 127; 136; 146)

Por lo tanto, se emitió un hallazgo al interpretar que contraviene presuntamente el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 y genera un hallazgo con posible incidencia disciplinaria y fiscal.

En este convulso panorama legal, se presentan consultas tanto a la Contraloría, como a Colombia Compra Eficiente para obtener su opinión sobre la legalidad de establecer los DB como un Mecanismo Alternativo de Solución de Controversias (MASC) en el marco del ordenamiento jurídico colombiano. Ambas entidades coinciden en la no viabilidad de considerar los DB como un MASC, aunque con matices ligeramente diferentes.

La Contraloría sostuvo que la estipulación de MASC está prohibida si no está expresamente consagrados en la ley adoptando así un enfoque restrictivo basado en una interpretación taxativa. En cambio, Colombia Compra Eficiente²⁷ opinó de manera favorable sobre la posibilidad de que las partes de un contrato estatal acuerden un DB para administrar los derechos y obligaciones resultantes de un contrato, respaldado en el principio de autonomía de la voluntad como un elemento rector del estatuto de contratación pública. “Sin embargo,

²⁷ El concepto de Colombia Compra Eficiente bajo el radicado 2015130008255.

advierte que los DB no constituyen un mecanismo alternativo de solución de controversias, ni sus decisiones sustituyen o tienen los efectos de las decisiones jurisdiccionales, incluidas las decisiones arbitrales” (Burgos y Lemus, 2019, pp. 46-49).

En consecuencia, con estos antecedentes que generan inseguridad jurídica, las estipulaciones de PE referidas al reglamento de los DB de la ICC migraron finalmente al mecanismo tipificado de la AC.

En uno de los contratos de la misma generación, con una regulación similar a la examinada, se encuentra el contrato de concesión 008 de 2010, suscrito con Vías de las Américas. Este caso es notable, dado que fue uno de los pocos antecedentes analizados en sede jurisdiccional a través de un laudo arbitral emitido en octubre de 2016. Este laudo resolvió, entre otras cuestiones, las controversias sobre la validez de una decisión del PE.

De acuerdo con la interpretación de la concesionaria que presentó la disputa ante el PE, la tipología de DB establecida en el contrato se asemeja a los DRB, los cuales emiten recomendaciones no inmediatamente vinculantes. Esto, a pesar de que la cláusula 15.01 del contrato, en su literal c), establece que el PE dictará una decisión.

En cualquier caso, en la situación analizada por el Tribunal en relación con el DRB y cuya recomendación no es inmediatamente vinculante, esta terminó siendo vinculante porque se expresó el desacuerdo con la recomendación fuera del plazo establecido en el reglamento de la ICC.

Ahora bien, la controversia subyacente sometida a consideración, tanto del PE, como del Tribunal, implicaba determinar si dentro del alcance de las obligaciones del concesionario, a título de “intervención de rehabilitación”, encontraba cabida la ampliación de una calzada vial preexistente. En consecuencia, se valoró si esta determinación era un juicio técnico, un juicio jurídico o ambos. Al respecto, el Tribunal consideró finalmente lo siguiente:

Es palmario entonces que las conclusiones a las que llegaron los miembros del Panel de Expertos, conllevaron conceptos técnicos, pero también interpretaciones de orden jurídico. Estas últimas no les correspondían, de conformidad con la prohibición establecida en el propio contrato cuando provee la aplicación del Reglamento relativo a las Dispute Boards de la CCI. (Vías de las Américas S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura, 2016, p. 90)

Como consecuencia del razonamiento anterior, la recomendación emitida por el PE se anuló por haber excedido la habilitación contractual dada por las partes para decidir sobre asuntos técnicos. Esta decisión ilustra las inmensas dificultades que surgen al intentar realizar una división entre un asunto puramente técnico de un contrato y aquellos que requieren

complementarse con interpretaciones de índole jurídica.²⁸

Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal realizó un análisis sobre la naturaleza del juicio que el PE emitió a título de recomendación bajo una estructura de DRB. A partir de lo anterior, se observó lo siguiente:

Invade el campo de la aplicación de las normas del contrato en cuanto ellas plasman los conceptos puramente normativos acerca de la naturaleza de los distintos tipos de intervención contemplados en este y, previo el proceso de interpretación de sus mandatos, desemboca en una operación de adjudicación que, como todos los juristas reconocen, es de estricta y excluyente atribución de la jurisdicción. (Vías de las Américas S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura, 2016, p. 91)

Para complementar lo anterior, se añade lo siguiente:

De otro lado, al avanzar a la realización de la operación de resolver una controversia jurídica, el Panel transgredió el mandato del artículo 116 de la Constitución Política, que reserva la decisiones de esa índole i) a la jurisdicción integrada por los órganos que componen la Rama Judicial; ii) excepcionalmente por atribución expresa de la ley en materias precisas a determinadas autoridades administrativas; iii) si que también a los particulares en determinadas circunstancias entre ellas la de haber sido “habilitados por

²⁸ Esta artificiosa línea resulta insostenible, en tanto existe una relación de complementación recíproca entre las disciplinas. De hecho, el propio Tribunal arbitral advertía las dificultades que podrían presentarse en trazar esta línea: “No siempre es obvia la distinción entre lo que es técnico y lo que es jurídico cuando esas perspectivas de abordamiento de un fenómeno se refieren al desarrollo de un contrato o en general de un acto jurídico. La línea divisoria entre los dos enfoques cognoscitivos suele ser difusa por la razón misma de que la realidad y el derecho se imbrican recíprocamente aunque su objeto formal relativo a cualquier fenómeno tenga en abstracto el mayor grado de identidad y acotamiento. De allí lo que atrás se dijo acerca del inevitable involucramiento de los hechos o registros de realidad en el Derecho como tal, de donde surgió en este caso concreto la necesidad de ilustrar el proceso intelectual del Tribunal y de las partes con el reconocimiento que de los elementos materiales hizo un experto ingeniero.” Al respecto, se añadió que “en general, puede decirse que la diferencia entre los dos enfoques radica en que el elemento técnico versa directamente sobre los hechos o el mundo real y el jurídico sobre las consecuencias jurídicas de los mismos apreciadas a la luz de una norma. La técnica opera sobre el mundo físico, el del ser en términos kelsenianos, y el Derecho, a su vez, sobre el mundo ideal de lo normativo. El Derecho indica “lo que hay que hacer”, mientras que la perspectiva técnica señala el “cómo hacer”.

las partes para proferir fallos en derecho o en equidad”, en condición de árbitros. (Vías de las Américas S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura, 2016, p. 92)

Según lo expuesto, el Tribunal declaró la nulidad absoluta de la recomendación emitida por el PE, al considerar que existe un objeto ilícito, dado que al pronunciarse sobre temas jurídicos se transgrede el derecho público de la Nación.

Es importante señalar que, de acuerdo con esta línea de pensamiento, hay dos razones que llevan a invalidar la recomendación del PE: a) existe una extralimitación de las facultades otorgadas al PE; es decir, hay una violación del alcance contractual; b) se emitió una recomendación sobre una controversia jurídica que representa una violación del ámbito constitucional de la administración de justicia, puesto que, según el Tribunal, contraviene el artículo 116 de la Constitución Política de Colombia.

Este ejemplo ilustra el debate jurídico en torno a la tensión presente en los DB como mecanismos de solución de controversias. Al tener el respaldo en la autonomía de la voluntad, los DB establecen un órgano con capacidades adjudicativas, generalmente transitorias y sujetas a revisión judicial, pero sin un cuerpo normativo típico que los regule. En efecto, esto contrasta con la AC, la cual tiene capacidades adjudicativas de última instancia en un mecanismo no jurisdiccional y cuenta con un cuerpo normativo típico que la regula. Como consecuencia, esta situación genera tensiones con la capacidad exclusiva del Estado para administrar justicia en sede jurisdiccional.

Por su parte, la Contraloría General de la República, en un informe de auditoría de cumplimiento de finales de 2017, y con conocimiento del sentido del Laudo emitido, ratificó su interpretación al exponer lo siguiente:

[1]a figura Panel de Expertos no es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, como ya se dijo, razón por la que, no podría ser utilizado para dicho fin y en ese orden ostentar efectos frente al interés público de administración de justicia y prevalencia y protección del patrimonio público. (Contraloría General de la República, 2017, p. 41)

Todos estos pronunciamientos, junto con las amenazas latentes de hallazgos disciplinarios y fiscales contra los funcionarios públicos que administraban estas estructuras contractuales con el pacto de PE, llevaron a la casi desaparición de los DB en Colombia. En su mayoría, estos cambiaron la naturaleza jurídica del PE hacia la AC mediante actos modificatorios.

La práctica jurídica de los participantes involucrados en los contratos de infraestructura más recientes también se inclinó hacia la AC, dado que se incorporaron algunas de las prácticas propias de los DB a nivel internacional. Lo anterior, por su parte, incluye aspectos como la permanencia del panel, la familiarización en tiempo real con la obra y sus particularidades, así como las visitas regulares al sitio de construcción. Sin embargo, esta expansión de capacidades a través del contrato generó tensiones con los órganos de control.

En ese orden de ideas, se mencionó que es casi una desaparición porque, si bien en Colombia la mayoría de los contratos de infraestructura han modificado la naturaleza jurídica de los PE hacia las AC, aún existen contratos, especialmente aquellos financiados por la Banca Multilateral como el BID o el BM, que continúan utilizando sistemas de solución de controversias basados en la filosofía de los DB. Estos pueden adoptar diversas denominaciones, como Comisión de Resolución de Controversias (CRC) o Mediación²⁹. Cabe recordar que este repositorio contractual puede consultarse en la página web del SECOP I³⁰.

Entre estos contratos que estipulan DB a título de CRC con capacidades adjudicativas, se encuentran, en el ámbito regional del Departamento de Antioquia, por ejemplo, el Contrato 061 de 2016 en relación con las obras del Metroplús; el proceso PR-2011-001 en relación con las obras de la PTAR Bello y el proceso PR-2010-031 asociados con las obras del Interceptor Norte y requeridas dentro del programa de saneamiento del río Medellín.

En algunas obras de menor entidad y cuantía, se establece dentro del sistema de administración de controversias la figura de El Mediador. Este Mediador generalmente tiene un plazo de 28 días para comunicar la decisión por escrito. Se señala que cualquiera de las partes puede someter la decisión a arbitraje dentro de los 28 días siguientes a su recibo. En caso de que las partes guarden silencio, se establece que la decisión del Mediador será definitiva y obligatoria.³¹

3 LA AMIGABLE COMPOSICIÓN COMO MECANISMO ALTERNATIVO DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

3.1 EVOLUCIÓN

La AC tiene su base en el ordenamiento jurídico desde la década de 1970³². A partir de entonces, se estableció que su declaración “tiene valor contractual” entre las partes, “pero no producirá efectos de laudo arbitral”, sin que existiese mucho más desarrollo al respecto.

²⁹ Esta denominación de Mediación no debe entenderse como el mecanismo de mediación bajo estándares internacionales, puesto que la desafortunada denominación en los clausulados contractuales de la banca multilateral, en el idioma español, otorga a “el Mediador” capacidades adjudicativas de emitir decisiones inmediatamente vinculantes, sin perjuicio que ante una no conformidad de las partes emitida dentro del plazo pactado pueda el fondo de la decisión revisarse en sede jurisdiccional. Dicha práctica que se aleja de la mediación propiamente dicha, en la cual no se otorgan capacidades adjudicativas.

³⁰ Aunque se advierte ligeramente desactualizado, el repositorio de contratos financiados por la banca multilateral (Colombia Compra Eficiente, s.f.).

³¹ Estos otros contratos de menor envergadura en el Departamento de Antioquia generalmente se asocian con el “Programa de Vías para la integración y la Equidad”.

Contrato 4600000487.

Contrato 4600000488.

Contrato 4600001377.

³² Aunque puedan existir antecedentes anteriores en la legislación (como la Ley 28 de 1931, Ley 105 de 1931, Ley 2 de 1938), lo cierto es que la Amigable Composición (AC) se consolida como un mecanismo

A pesar de su antigüedad, su aplicación ha sido limitada, lo que contribuye a una falta de desarrollo técnico, como señala Gaviria (2002), quien destacó la escasa atención y semiparálisis del mecanismo (pág. 27). En cuanto a los antecedentes históricos de la AC, estos se remontan al derecho romano y la compilación de las XII Tablas, fundamentándose en la equidad³³ o el leal saber y entender, expresado en la locución latina “*ex equo et bono*” (Gil, 2020, p.1-3).

No obstante, la regulación del mecanismo en Colombia se aparta de aquel estándar que vinculaba la AC al arbitraje en equidad y lo restringe al ámbito contractual, aunque con un marcado tinte de equidad.

3.2 ALCANCE

Véase un cuadro comparativo de la evolución normativa de la AC con el fin de reafirmar aquel carácter contractual (sustancial) del mecanismo.

Tabla 2. Evolución histórica de la regulación de la Amigable Composición

Decreto 2279 de 1989	Ley 446 de 1998	Decreto 1818 de 1998	Ley 1563 de 2012
Art 51. Por la otorga a los componedores facultad de precisar, [ii] <u>con fuerza vinculante para las partes, [iii] el estado y la forma de cumplimiento de una [iv] relación jurídica sustancial susceptible de transacción.</u>	Art. 130. Definición. La amigable composición <u>es un mecanismo de solución de conflictos</u> , por medio del <u>cual dos o más particulares</u> delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de [i] precisar, [ii] con fuerza vinculante	Art. 223. 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 [i] precisar, [ii] con fuerza vinculante	Art. 59. Definición. La amigable composición es un mecanismo de solución de conflictos, por medio del cual, dos o más <u>particulares, un más entidades públicas, o varias entidades públicas, o quien desempeñe funciones</u>

alternativo con la expedición del Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400) en 1970. En su artículo 677, este código consagra a los Amigables Componedores como una especie de arbitraje, puesto que forman parte de la Sección Quinta, Título XXXIII, relacionada con el Arbitramento. De manera similar, el Código de Comercio (Decreto 410) de 1971 estipula la AC en su artículo 2025, dentro del Título III en relación con el Arbitramento.

³³ Por su parte, Cárdenas (2003), en su artículo *El Arbitraje en Equidad*, planteó que muchas jurisdicciones asimilan directamente la amigable composición con el arbitraje en equidad; por ejemplo, esto sucedía en la legislación italiana que contemplaba en contraposición al árbitro en derecho, el árbitro amigable componedor, y que luego migró al árbitro en equidad. Igualmente, esta asociación se mantiene hoy en día en el reglamento de arbitraje de la CNUDMI, la cual establece en su artículo 35 que el Tribunal decidirá como amigable componedor (*ex aequo et bono*) solo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo. Igual sucede con el reglamento de arbitraje de la ICC en su artículo 21 (pp. 349-352).

<p>para ellas, [iii] el estado, <u>las partes</u> y la forma de cumplimiento de [iv] <u>un negocio jurídico particular</u>. El amigable componedor podrá ser singular o plural.</p>	<p>para ellas, [iii] el estado, las partes y la forma de cumplimiento de [iv] un negocio jurídico particular. El amigable componedor podrá ser singular o plural.</p>	<p><u>administrativas</u>, delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de [i] <u>definir</u>, [ii] con fuerza vinculante para <u>las partes</u>, [iii] <u>una controversia contractual de libre disposición</u></p>
---	---	--

Art. 131. Efectos. La decisión del amigable componedor producirá los efectos legales relativos a la transacción.

Art. 224. Efectos. La decisión del amigable componedor producirá los efectos legales relativos a la transacción.

Art. 60. Efectos. El amigable componedor obrará como mandatario de las partes y, en su decisión, podrá precisar el alcance o forma de cumplimiento de las obligaciones derivadas de un negocio jurídico, determinar la existencia o no de un incumplimiento contractual y decidir sobre conflictos de responsabilidad suscitados entre las partes, entre otras determinaciones.

La decisión del amigable componedor producirá los efectos legales propios de la transacción.

Salvo convención en contrario, la decisión del amigable componedor estará

fundamentada en la equidad, sin perjuicio de que el amigable componedor haga uso de reglas de derecho, si así lo estima conveniente.

En menos de dos décadas, la AC en Colombia amplió el espectro de las materias que pueden ser objeto análisis. Iniciando con la capacidad de precisar³⁴ el estado, las partes y la forma de cumplimiento de un contrato, hasta definir³⁵ una controversia contractual de libre disposición. Adicionalmente, esta atribución introdujo la capacidad de determinar el alcance, la forma de cumplimiento, decidir sobre incumplimientos y resolver conflictos de responsabilidad.

En términos de sus efectos, se podría concluir que las atribuciones de la AC son más asimilables a un sistema de adjudicación que a uno de recomendación, al compararlo con los DB. Por lo tanto, la AC se inclina más hacia la heterocomposición que hacia la autocomposición.

Al respecto, existen intensos debates sobre si la AC se considera un mecanismo autocompositivo o hetero-compositivo. Sin embargo, una manera sencilla de distinguir la naturaleza del mecanismo consiste en determinar si son las partes mismas las que acuerdan la solución del conflicto, ya sea con o sin intervención de terceros, o si son esos terceros quienes imponen la solución del conflicto (Gil, 2020, p. 49).

Por regla general, los mecanismos alternativos son autocompositivos, sin perjuicio que en determinados eventos también puedan ser hetero-compositivos, tal como lo resalta la Corte Constitucional de Colombia (2005) en la sentencia T-017 cuando indica lo siguiente:

Encuentra la Corte que dada la esencialidad de algunos de los servicios que presta el Estado, y ante la imposibilidad de suspender su cumplimiento y ejecución; las diferencias entre las partes susceptibles de transacción, se pueden someter a fórmulas de autocomposición, lo que no sólo propende por la prestación continua, regular y

³⁴ Entendida esta según la RAE como i) fijar o determinar de modo preciso; ii) obligar, forzar determinadamente y sin excusa a ejecutar algo.

³⁵ Entendida esta según la RAE como i) fijar con claridad, exactitud y precisión el significado de una palabra o la naturaleza de una persona o cosa; ii) decidir, determinar, resolver algo dudoso.

eficiente de los servicios públicos, sino también por la efectividad de los derechos y obligaciones de las partes. (p. 14)

En el entendimiento mayoritario sobre la autocomposición, la participación de un tercero mediador o facilitador puede o no incluir facultades de representación; sin embargo, este aspecto no es determinante. En este contexto, la Corte Constitucional de Colombia (2000), a través de la Sentencia SU-091, afirmó que el mecanismo de la AC es autocompositivo de la siguiente manera:

Como ya se ha expresado, para la Corte, la actividad de los amigables componedores surge del acuerdo de voluntades de las partes en un contrato donde se obligan recíprocamente y que autónomamente pueden determinar mecanismos de autocomposición de las controversias que se susciten con ocasión del contrato. (p. 18)

Igualmente, en un pronunciamiento reciente, la Corte Constitucional de Colombia (2023), por medio de la Sentencia T-093, reafirmó el entendimiento de que la AC tiene un carácter autocompositivo.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley 1563 de 2012, puede considerarse que la amigable composición es un mecanismo de autocomposición para la solución de conflictos. Lo anterior por cuanto las partes, al celebrar la estipulación de composición, delegan la solución de su conflicto con fuerza vinculante a un tercero denominado amigable componedor, pero éste a su vez obra como mandatario de aquellas, es decir, como sí ellas mismas procedieran a la resolución de su disputa. El que tenga una naturaleza autocompositiva acentúa la importancia del principio de voluntariedad para determinar su existencia y validez porque, a pesar de que medie libertad de formas y de contenido para su estipulación, el contrato de amigable composición debe explicitar de manera inequívoca la voluntad de las partes para que las diferencias contractuales sean resueltas por ese tercero que las representa, de tal forma que exista pleno acuerdo en el mecanismo alternativo a emplear. (pp. 36-37)

Otra perspectiva, respaldada por este artículo, argumenta que lo fundamental en los

mecanismos hetero-compositivos es que un tercero, de manera libre y autónoma, sea quien defina la solución del conflicto. En este sentido, Gil (2020) sostiene que la AC es un mecanismo hetero-compositivo según el enunciado normativo del artículo 59 de la Ley 1563, dado que las partes "delegan en un tercero" la solución del conflicto con fuerza vinculante (p. 51).

Otros autores, como Osorio (2010), como se citó en Rey (2016), argumentaron que la calidad de representante de las partes por parte del amigable componedor no implica automáticamente que el mecanismo sea autocompositivo. Aspectos como la irrevocabilidad de la representación y la capacidad para definir con fuerza vinculante el estado, las partes y la forma de cumplimiento de un negocio jurídico o una controversia contractual no son características típicas de un mecanismo de autocomposición. En este contexto, cuando la decisión es impuesta y no se busca un acercamiento amigable para que las partes resuelvan su controversia, se configura un ejemplo de heterocomposición (p. 21).

Desde esta perspectiva, el fundamento jurídico que presenta la AC como un mecanismo autocompositivo parece forzado. Se apoya en la estructura de mandato, interpretando que entre las partes en disputa y los miembros del AC existe un mandato representativo, según lo dispone la ley de manera expresa. En consecuencia, se entiende que son las partes mismas las que llegan a un acuerdo por medio de sus mandantes.

Esta postura parece desconocer que, finalmente, la decisión es impuesta por el criterio de unos terceros que actúan de manera autónoma e independiente, incluso en contra de los intereses de sus mandantes. Aunque se interprete que existe un mandato representativo entre las partes en disputa y los miembros del AC, la realidad es que estos terceros, al tomar decisiones autónomas, pueden llegar a imponer soluciones que no necesariamente reflejan los deseos de las partes involucradas. Por lo tanto, el supuesto acuerdo entre las partes puede ser más bien una imposición unilateral de los terceros, lo que cuestiona la verdadera autocomposición del proceso.

En cualquier caso, ya sea que se considere a la AC como autocompositiva o heterocompositiva, sus efectos implican la exclusión del conflicto en disputa de la jurisdicción estatal. De acuerdo con lo anterior, la Corte Constitucional de Colombia (2010) ratificó este principio en la Sentencia C-014/10:

Lo mismo ocurre con la amigable composición. Como el arbitramento, sustrae el conflicto legalmente puesto a su conocimiento, de la jurisdicción estatal; y su decisión, al igual que el laudo arbitral, produce "los efectos legales relativos a la transacción" (L 446/98, art. 131), esto es, "el efecto de cosa juzgada" (CC, art. 2483) que le brinda a la amigable composición fuerza definitoria. Por eso, la misma, en las condiciones establecidas en el artículo demandado, tampoco puede entenderse como una limitación del derecho de acceso a la justicia. (p. 26)

A partir de lo anterior, se destaca que las tensiones en torno a la naturaleza, los elementos, los efectos y la esfera de aplicación de la AC están lejos de alcanzar un consenso.

Por tal motivo, se podría afirmar que esta figura contractual se encuentra actualmente en una etapa de evolución tardía, justificada solo por su relativo desuso hasta épocas recientes.

Ejemplos de estas tensiones se evidencian en la evolución doctrinal y jurisprudencial sobre los efectos del acuerdo de composición. Para algunos, refleja una transacción en sí misma, mientras que para otros es simplemente un acto jurídico distinto cuyos efectos se asimilan a los de la transacción. Asimismo, hay quienes consideran que se trata de un acto modificatorio del contrato que le dio origen; en cambio, otros sostienen que requiere la convalidación de los mandantes siempre que implique una modificación del contrato principal (Méndez, 2014, pp. 1-2).

Por otro lado, en la Sentencia T-093, el magistrado de la Corte Constitucional de Colombia (2023) Alejandro Linares Cantillo emitió un salvamento de voto que refleja las tensiones existentes en el entendimiento normativo del mecanismo. En esa medida, este acusó a la sala de haber malinterpretado los elementos más básicos de la figura.

En efecto, la amigable composición es un mecanismo alternativo de solución de conflictos eminentemente contractual que tiene como objeto principal componer una relación de coordinación entre las partes en la que, en principio, no se dependen situaciones de indefensión y mucho menos de subordinación. El entendimiento de la mayoría de la Sala sobre la naturaleza jurídica de esta institución, encaminado a forzar la procedibilidad del presente amparo, alteró indebidamente la naturaleza autocompositiva de la amigable composición y el papel del amigable componedor, quien actúa exclusivamente como mandatario de las partes.

En este sentido, discrepo del cuestionable análisis de procedibilidad de la acción de tutela que se realizó en la sentencia T-093 de 2003 que, al declarar la existencia de una relación de indefensión de la sociedad accionante respecto de los accionados terminó por (i) atribuir a la amigable composición una inadecuada connotación procesal, adversarial y litigiosa, (ii) asemejar erradamente la función del amigable componedor a la de una autoridad judicial y (iii) desconocer los efectos transaccionales y obligacionales derivados de la amigable composición y su importancia a la luz de los postulados de la libertad contractual y la autonomía de la voluntad.

Esa profunda alteración conceptual también se evidenció respecto del convenio final de composición al señalar que contra este no proceden “recursos ordinarios o extraordinarios”. Es que la amigable composición, además de no ser de índole judicial, no es un apéndice de ese proceso, ni mucho menos un paso previo para iniciarlo de manera que, ni siquiera en abstracto, se espera una intervención judicial de ese tipo. Esta afirmación demuestra, una vez más, el desconocimiento de la Sala de Revisión en punto a la naturaleza contractual, principal y autónoma del pacto de composición, con reiteradas incidencias a lo largo de toda la sentencia (ver, análisis de legitimación por pasiva y subsidiariedad) y por ende, en la decisión. (pp.78-79)

En suma, al explorar la filosofía de la AC en Colombia, es esencial abordar las tensiones y debates vigentes sobre esta figura contractual. Los desacuerdos se centran en aspectos fundamentales, esto es, su naturaleza, elementos, efectos y alcance, lo que refleja una falta de consenso en su interpretación y aplicación. Por consiguiente, estas discrepancias, evidentes en el ámbito doctrinal y jurisprudencial, subrayan la necesidad de examinar de manera más detallada la filosofía subyacente en la AC.

3.3 FILOSOFÍA DE LA AMIGABLE COMPOSICIÓN

Como se señaló, la AC, en sus orígenes internacionales, está estrechamente vinculada con los arbitrajes en equidad. De hecho, en la actualidad, muchos sistemas jurídicos europeos la mantienen como una forma de arbitraje basado en la equidad (Rey, 2016, pp. 10-12). No obstante, Colombia optó por una aproximación diferente, al establecer una figura endémica que no forma parte de los mecanismos jurisdiccionales, pero que, a pesar de ello, tiene efectos de última instancia. Además, se instauró como regla general, salvo pacto en contrario, que las decisiones estén fundamentadas en equidad.

En ese sentido, se observó que, en su evolución histórica según la ley 446 de 1998, la AC inicialmente solo tenía la capacidad de precisar el estado, las partes y la forma de cumplimiento de un negocio jurídico específico. Al respecto, Rey (2016) expuso que esto refleja que las funciones de la AC “debían contribuir y favorecer el desarrollo de una relación contractual, antes que definir cuestiones relacionadas con su incumplimiento y las responsabilidades derivadas de ello” (p. 15). En efecto, se infiere la filosofía equitativa de preservar el objeto del contrato.

A partir de la Ley 1563, el legislador amplió las facultades de la AC para resolver disputas contractuales. Pese a ello, la connotación contractual del mecanismo no ha escapado a la idea de judicializarlo. Durante el trámite del Proyecto de Ley 018 de 2011 y 176 de 2011, el Ministerio Público promovió la incorporación de un procedimiento para regular el funcionamiento de esta figura. Sin embargo, en el último debate, el Congreso de la República

rechazó la perspectiva al argumentar que esto limitaba la aplicación del principio de autonomía de la voluntad. De igual modo, se argumentó que esta figura es contractual y no jurisdiccional.

En esa medida, bajo la filosofía de la AC, que arraigó de manera fuerte en los principios internacionales de equidad y que, aún, según la Ley 1563 de 2012, establece la equidad como regla predeterminada, podría sustentarse el marco de mandatos representativos. Estos mandatos se fundamentan en las condiciones particulares del representante en su criterio equitativo y justo, en su razonabilidad, probidad, ecuanimidad y honradez, en su buen juicio natural y en el estándar, quizás hoy un tanto antiguo, de "buen hombre" (*vir bonus*); características que han ganado la confianza de las partes para resolver sus disputas.

De acuerdo con lo anterior, este artículo sugiere que son las virtudes y aptitudes del representante las que legitiman a la AC para que, en nombre de quienes representa, tome decisiones equitativas incluso cuando transige pretensiones opuestas de las partes. No obstante, cabe destacar que la asignación del mandato se deriva actualmente de la normatividad vigente.

Hay que señalar que este sistema de adjudicación, bajo reglas de la equidad, tradicionalmente se vincula a la falta de recurso de revisión sobre las decisiones. Como indica Cárdenas (2003), en el derecho intermedio (siglo XIII), una de las principales diferencias entre el "*arbitrator*", encargado de decidir en equidad, y el "*arbitrer*", responsable de decidir en derecho siguiendo reglas procesales, radicaba precisamente en la "apelabilidad" de las decisiones de este último, y no del primero (p. 3).

En ese sentido, la firmeza de la decisión de la AC, al no permitir la apelación o revisión de su fondo, se estableció como norma al indicar que "producirá los efectos legales propios de la transacción". El artículo 2469 del Código Civil Colombiano definió la transacción como un contrato mediante el cual las partes resuelven extrajudicialmente un litigio pendiente o previenen un litigio eventual. Asimismo, los artículos 2483 y siguientes del Código Civil detallan los efectos de este contrato, al destacar lo siguiente: a) la transacción tiene el efecto de cosa juzgada en última instancia; sin embargo, se puede solicitar la declaración de nulidad o rescisión de acuerdo con los artículos previos. b) La transacción solo tiene efectos entre los contratantes (artículo 2484 C.C.). c) Si se ha estipulado una pena por incumplimiento de la transacción, esta se aplicará, sin perjuicio de llevar a cabo la transacción en todas sus partes (artículo 2486 C.C.).

Este punto plantea una reflexión sobre la naturaleza de la disposición normativa y la capacidad que las partes pueden tener para regularla o acordar lo contrario. Al analizar la regulación actual, se evidenció que el legislador brinda a las partes una considerable autonomía para configurar diversos aspectos de la AC, como su alcance, forma y procedimiento. En este sentido, la normativa se limita a establecer los lineamientos básicos del mecanismo, lo que permite a las partes adaptarlo a las particularidades de su situación contractual.

Aunque la regulación actual parece sugerir una firmeza en las decisiones de la AC, que se equipara a cosa juzgada, hay que considerar si esta característica es esencial para el funcionamiento del mecanismo o si, por el contrario, podría ser objeto de pacto en contrario. Por tal motivo, la firmeza de las decisiones, entendida como cosa juzgada, podría ser inherente a la naturaleza misma de las decisiones en equidad, las cuales buscan resolver conflictos de manera justa y equitativa, y no mediante rigurosas normas legales.

En consecuencia, este planteamiento cobra relevancia al considerar el contexto histórico en el cual se gestó la figura de la AC en el ámbito internacional. Bajo un marco

histórico, las decisiones en equidad no contaban con la posibilidad de apelarse ni revisarse, como señala Cárdenas (2003) al referirse al derecho intermedio del siglo XIII. En ese periodo, la distinción entre el “*arbitrator*”, que decidía en equidad, y el “*arbitrer*”, que decidía según reglas procesales y tenía la posibilidad de apelación, marcaba una diferencia fundamental. Por lo tanto, la imposibilidad de revisar las decisiones en equidad se asociaba con la naturaleza misma de este enfoque, centrado en la equidad y la resolución justa de conflictos (p. 4).

En esa medida, al considerar este trasfondo histórico, la normativa actual sobre la AC en Colombia cuando establece la firmeza de las decisiones como regla, podría interpretarse como una continuidad de esa tradición de decisiones en equidad, que a su vez es regla supletiva de la modalidad de decisión de la AC. Sin embargo, la flexibilidad otorgada a las partes en la configuración del mecanismo sugiere que la firmeza de las decisiones no es un principio inmutable. En consecuencia, un eventual pacto entre las partes que modifique esta firmeza podría entenderse como una adaptación contemporánea que respeta la esencia del mecanismo y, por ende, permite la evolución del mecanismo en respuesta a las necesidades actuales.

Este argumento se sostiene bajo la premisa de considerar la decisión de la AC como un acto jurídico que confiere los efectos legales propios de la transacción, pero no una transacción en sí misma. Es decir, se presenta este salvamento debido a que parte de la doctrina y jurisprudencia (analizando periodos anteriores a la vigencia de la Ley 1563) parece concebir la AC como una estructura que involucra múltiples contratos, donde el último de ellos se materializa en la decisión de la AC, que sería propiamente una transacción.

Esta facultad reguladora de las partes sobre la obligatoriedad de las decisiones de la AC se evidencia en la normativa establecida por la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) en los contratos más recientes, como el modelo 5G y algunos contratos de 4G. En estos contratos, se estipula el requisito de unanimidad para que la decisión tenga carácter vinculante y obligatorio para las partes. En caso contrario, se contempla la posibilidad de someter la controversia a los mecanismos jurisdiccionales (Cláusula 15.1, literal f, numeral v).³⁶

Esta disposición puede interpretarse como una expresión de la autonomía de la voluntad en la regulación específica de este aspecto.

Concluido el análisis sobre la filosofía, la regulación y los aspectos jurídicos fundamentales de la AC, se adentra ahora en la aplicación específica de este mecanismo en el ámbito de la infraestructura. En ese sentido, se explora cómo la AC se implementó en contratos de construcción y proyectos de gran envergadura; para ello, se evaluaron sus particularidades, desafíos y contribuciones en este contexto específico.

³⁶ Esta cláusula establece que “las decisiones del Panel de Amigables Compondores deberán adoptarse por unanimidad. A falta de unanimidad las Partes convienen que la decisión no será vinculante, ni de obligatorio cumplimiento y cualquiera de ellas podrá plantear la disputa ante un tribunal de arbitramento como se dispone en las Secciones 15.2 y 15.3 siguientes” (Agencia Nacional de Infraestructura [ANI], s.f., p.). Por su parte, los modelos 4G, en su configuración inicial no estipulaban el requisito de unanimidad, pero algunos de los contratos de esta generación, como el proyecto Bucaramanga Barrancabermeja Yondó, firmado en agosto de 2015, ya estipulaban el requisito de unanimidad de las decisiones del AC.

3.4 LA AMIGABLE COMPOSICIÓN EN EL SECTOR DE LA INFRAESTRUCTURA EN COLOMBIA

En el ámbito de la contratación estatal, la AC ha sido objeto de intensos debates, particularmente en relación con la capacidad jurídica del Estado para recurrir a este mecanismo. Durante mucho tiempo, se cuestionó la viabilidad de que las entidades públicas hicieran uso de la AC, dado que la Ley 446 de 1998 la definía como un Mecanismo Alternativo de Solución de Conflictos al que podían acudir dos o más particulares, aparentemente excluyendo a las entidades estatales. Este debate se intensificó tras un polémico concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en agosto de 2009³⁷, relacionado con un contrato de concesión del aeropuerto El Dorado en Bogotá.³⁸

En dicho concepto, se concluyó que no era posible que una entidad estatal se sometiera a un mecanismo reglado para particulares, dado que se argumentó que las competencias en el derecho público deben ser expresas, especialmente cuando se trata de la defensa del interés y el patrimonio público. Esta posición se rectificó en octubre de 2009 por la Sección Tercera del Consejo de Estado³⁹ en sede jurisdiccional, que rescató los razonamientos de la sentencia de tutela T-017 de 2005. En esa medida, la Sección Tercera reafirmó el carácter especial de la Ley 80 de 1993, cuyo artículo 68 permitía expresamente a las entidades estatales recurrir “a la conciliación, amigable composición y transacción”, lo que estableció principios de celeridad en la gestión de diferencias contractuales surgidas de la actividad contractual estatal.

Las consecuencias de las interpretaciones legales previas generaron una notable inseguridad jurídica y desincentivaron el uso de la AC en la contratación pública en Colombia. Un ejemplo palpable fue el Contrato de concesión del Aeropuerto Internacional El Dorado, que se vio obligado a eliminar el mecanismo de AC en 2010, a pesar de los buenos resultados obtenidos con el PE pactado como AC.⁴⁰

³⁷ Este concepto de radicación No. 1.952 11001-03-06-000-2009-00033-00

³⁸ Esto trajo consigo grandes desafíos en el Contrato, puesto que el concepto de Consejo de Estado alimentó los temores de las entidades de control, quienes a su vez advertían la potencial ilegalidad del pacto de AC y las consecuencias administrativas, disciplinarias y fiscales de esto. Todo ello derivó en que las partes se viesen forzadas a suprimir la AC del contrato. Contrato de Concesión 6000169 para la administración, operación, explotación comercial, mantenimiento y modernización y expansión del aeropuerto internacional el dorado de la ciudad de Bogotá D.C.

³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 21 de octubre de 2009. Radicación 25000-23-26-000-2008-00141-01. Consejera Ponente: Dra. Myriam Guerrero de Escobar. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de Jurisprudencial y Doctrina de Legis de marzo de 2010, páginas 419 a 423.

⁴⁰ Un ejemplo adicional y de relevancia puede ser el caso del Metro de Medellín frente al Consorcio CHA, donde se discutían diversos temas, incluida la internacionalidad de un arbitraje y la legitimidad de las entidades públicas para recurrir a la Amigable Composición AC pactada en 1992. En resumen, el Metro de Medellín interpuso una acción de tutela contra la Cámara de Comercio de Medellín y el Consorcio Constructor HA con el fin de proteger sus derechos al debido proceso y al acceso a la justicia. En ese sentido, se argumentaba que el inicio de un proceso de AC podría conducir a un acuerdo impuesto a una entidad pública en contra de su voluntad, siendo, por ende, anulable.

Como resultado, estas controversias llevaron a la cacofónica redacción del artículo 59 de la Ley 1563 de 2012, que define la AC como un Mecanismo Alternativo de Solución de Conflictos en el que pueden intervenir “dos o más particulares, un particular y una o más entidades públicas, o varias entidades públicas, o quien desempeñe funciones administrativas”. El objetivo de esto consistió en disipar las dudas infundadas sobre la utilización de la AC por parte de las entidades estatales.

En paralelo, los alcances de la AC también han sido objeto de controversias, especialmente en torno a la capacidad de los amigables componedores para resolver temas, como la asignación de obligaciones, adjudicación de derechos, determinación de perjuicios o interpretación jurídica y técnica de los documentos contractuales. Similar a los DB, los primeros PE pactados bajo la AC tenían una capacidad restrictiva, lo que limitó su alcance a los asuntos expresamente señalados y relacionados con aspectos técnicos, financieros o contables.

Ahora bien, como contrapeso al Laudo previamente analizado entre ANI y Vías de las Américas en 2016, donde se argumentó que el DB se excedió al realizar interpretaciones legales y adjudicaciones propias de los mecanismos jurisdiccionales, hay que destacar el razonamiento del tribunal arbitral en el caso OPAIN vs. UAEAC de 2010. En este caso, el tribunal, en relación con la capacidad adjudicativa de la AC, afirmó lo siguiente:

Finalmente, no encuentra el Tribunal ninguna razón de orden público por la cual el amigable componedor no pudiera interpretar el contrato, sobre todo teniendo en cuenta que su decisión no tiene carácter jurisdiccional sino apenas contractual, es decir tiene el mismo carácter que tendría la interpretación que pueden hacer las partes del contrato.

En este contexto considera el Tribunal que es perfectamente válido que las partes hayan estipulado que el amigable componedor debe sujetarse a las normas del Código Civil sobre interpretación de los contratos, y que igualmente hayan contemplado que “el amigable componedor podrá acompañarse de profesionales en derecho que lo asistan en la interpretación del Contrato”, pues tales disposición no

En el trasfondo del caso, hubo diversos acuerdos entre el Metro y el Consorcio para la solución de controversias, incluyendo una amigable composición en la que las partes, después de extensas negociaciones, acordaron el procedimiento correspondiente. Posteriormente, el Metro impugnó dicho acuerdo, al alegar la falta de capacidad de las entidades públicas para recurrir a la amigable composición. Este argumento se respaldó inicialmente por el Tribunal Administrativo de Antioquia, pero posteriormente revocado por el Consejo de Estado. Este caso ilustra las complejidades y debates en torno a la capacidad de las entidades públicas para participar en la AC y los desafíos legales que pueden surgir en este contexto.

infringen disposición ni principio de orden público. (Tribunal de Arbitramento Sociedad Concesionaria Operadora Aeroportuaria Internacional S.A.-OPAIN S.A. contra Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil-UAEAC-, 2010, p. 66)

Un ejemplo adicional de las tensiones persistentes se evidencia en un reciente fallo de la Sección Tercera del Consejo de Estado, emitido el 11 de octubre de 2021⁴¹. En este pronunciamiento, se ratificó la anulación de la decisión de un amigable componedor que había excedido su mandato al “cuantificar perjuicios” en el marco del Decreto 1818 de 1998. En esa medida, la corporación argumentó que esta acción no estaba contemplada bajo el marco normativo anterior a la Ley 1563 de 2012. La disputa contractual involucraba al Departamento de Antioquia como mandante y a la Sociedad Antioqueña de Ingenieros (SAI) como mandatario o amigable componedor. Su función era resolver controversias “de carácter exclusivamente técnico” con la Unión Temporal Vegachí-Yalí. Como resultado, este fallo puso fin a la paralización que se mantenía desde 2006 sobre un reconocimiento del amigable componedor a favor del consorcio constructor por un monto superior a los COP 3000 millones.

Este caso emblemático encapsula una serie de tensiones que rodean la aplicación de la AC en la resolución de disputas. En primer lugar, se subrayó el intenso debate acerca de la capacidad del Estado para recurrir a este mecanismo, puesto que se suscitaron controversias que condujeron a correcciones en la jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Antioquia de 2015, quien, en sentencia de primera instancia, declaró que, previo a la Ley 1563 de 2012, las entidades estatales no tenían competencia de acudir a la AC en tanto este mecanismo estaba limitado a particulares. Esto está en concordancia con la polémica decisión de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en agosto de 2009.

En segundo lugar, se evidenciaron las limitaciones en las facultades de los amigables componedores, quienes, previo a la Ley 1563 de 2012, solo tenían la capacidad de precisar la forma de cumplimiento de un negocio jurídico particular, sin poder determinar incumplimientos ni cuantificar perjuicios.

La tercera tensión se relacionó con la elección entre tomar decisiones basadas en derecho o en equidad. En este caso, la AC optó por una decisión en equidad, a pesar de tratarse de una obra pública y de haberse encomendado para resolver controversias de carácter técnico. (este asunto no se analizó en el Consejo de Estado).

En cuarto lugar, se destacó la problemática de los efectos que implican las decisiones de los amigables componedores, especialmente cuando hay lugar a una extralimitación del mandato. Por lo tanto, la AC solo tuvo competencia para resolver diferencias de carácter exclusivamente técnico.

Finalmente, se subraya la agilidad relativa de la AC en comparación con los mecanismos jurisdiccionales. En esa medida, la decisión de la AC se emitió en julio de 2006, mientras que la resolución de la anulación por parte de los órganos judiciales se logró en 2021,

⁴¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia [05001-23-31-000-2006-03454-01 \(55104\)](#) (M.P. Alberto Montaña Plata; Octubre 11 de 2021)

evidenciando los plazos prolongados de los mecanismos jurisdiccionales en comparación con la celeridad de la AC. En conjunto, este caso proporcionó una visión detallada de las complejidades y desafíos asociados con la utilización de la AC en el contexto de controversias contractuales, particularmente en el ámbito público.

Esta incertidumbre jurídica y la relativa novedad de la AC, establecida en la regulación de 2012, se reflejan en su utilización aún incipiente. Un indicio de esta realidad se observa en el volumen de casos administrados por el Centro de Arbitraje y Conciliación (CAC) de la Cámara de Comercio de Bogotá (CCB) en el ámbito de la infraestructura. Este volumen presenta un declive durante periodos de incertidumbre jurídica, como se evidencia en los años 2016 (18 casos, 6 en infraestructura), 2017 (30 casos, 8 en infraestructura), 2018 (19 casos, 2 en infraestructura), 2019 (21 casos / 3 en infraestructura), 2020 (25 casos, 6 en infraestructura), 2021 (35 casos, 5 en infraestructura), 2022 (30 casos, 7 en infraestructura), 2023 (13 casos, 4 en infraestructura). Estos datos ilustran la cautela y la fluctuación en la adopción de la AC, destacando su uso selectivo y sensible a los contextos legales y coyunturales (Cámara de Comercio de Bogotá, 2023, p.1).

4 COMPARACIÓN DEL *DISPUTE BOARD* CON LA AMIGABLE COMPOSICIÓN

4.1 *ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION CONTINUUM*

Los mecanismos alternativos de resolución de controversias, desde una perspectiva económica, podrían categorizarse en función de dos variables principales: a) el control que las partes retienen sobre la resolución del conflicto, b) los recursos (medidos en dinero y tiempo) invertidos en dicha resolución.

Al respecto, existe una correlación entre la retención del control y los recursos invertidos. A mayor control, menores son los recursos asociados, el procedimiento es menos formal y el resultado más consensual. En la negociación directa, las partes retienen completamente el control y el resultado deriva exclusivamente de su consentimiento, sin intervención de terceros. Como resultado, esto conlleva a menores recursos invertidos.

A medida que el mecanismo se sofisticaba, las partes ceden parcial o totalmente el control, permitiendo la intervención de terceros legitimados por su experticia y buen juicio. Esto incluye la formulación de alternativas de arreglo, emisión de recomendaciones no vinculantes o vinculantes transitoriamente y, finalmente, la delegación de la resolución en terceros. Se podría decir que esta delegación suele implicar mayores costos y un plazo más extenso en la resolución de la controversia.

Teniendo como referencia el reconocido esquema del *Continuum* de los mecanismos alternativos de resolución de disputas, que es esencialmente una representación gráfica de la continuidad de los MASC, por lo que refleja la relación entre el control, la intervención de terceros, el tiempo y el costo, se propone la inclusión de la AC según la interpretación en el marco jurídico colombiano. De tal modo que esta se inclinaría más hacia el extremo de pérdida de control por parte de las partes en comparación con los efectos de un DB, donde las partes, debido a la naturaleza transitoria de la decisión, aún mantienen cierto grado de control en la resolución de la disputa.

Tabla 3. *Continuum* de los mecanismos alternativos de solución de controversias, incluyendo la Amigable Composición según la regulación actual en Colombia

4.2 CONFRONTACIÓN DE LA AMIGABLE COMPOSICIÓN Y LOS DISPUTE BOARD

A continuación, compararé ambos mecanismos de solución de controversias con el objetivo de determinar si son completamente comparables o si presentan diferencias.

Tabla 4. Comparación Amigable Composición vs. *Dispute Board*.

CONCEPTO	AMIGABLE COMPOSICIÓN	<i>DISPUTE BOARD</i>
PERSONAL REQUERIDO	Usualmente de 1 a 3 miembros.	Usualmente de 1 a 3 miembros.
COMO ES NOMINADO	Por las partes o por un órgano nominador designado por las partes.	Por las partes o por un órgano nominador designado por las partes.
CUANDO IMPLEMENTADO	ES Variable, en función de las preferencias de cada agente. ANI promueve el carácter permanente. IDU se inclina por una postura <i>Ad-Hoc</i> .	Usualmente al inicio del proyecto.
VELOCIDAD DE LA RESOLUCIÓN	Variable, puede ser medianamente prolongada. El promedio en proyectos de infraestructura es de 9 meses.	En tiempo real.
NATURALEZA DEL PROCESO	Reactivo únicamente en caso de disputas.	Preventivo, proactivo e interactivo con todas las potenciales desavenencias y reactivo frente a las disputas.
TEMPORALIDAD EN LA QUE SE RESUELVEN LAS CONTROVERSIAS	Usualmente, durante el proyecto.	Previenen la materialización de disputas por las facultades de evitación (asistencia informal). Durante el proyecto en los demás casos.
RECURSOS INVERTIDOS	Medios a bajos, con compromiso irregular en función si la AC es <i>Ad-Hoc</i> , regular si es de carácter	Medios a bajos, con un compromiso regular en los casos de DAAB.

	permanente.	
EFFECTO EN LAS PARTES	Mantiene las relaciones, aunque el método puede ser adversarial y generar deterioro de estas.	Mantiene las relaciones al ser un método más colaborativo
PROCESO	Reglado por las partes y/o por remisión a un reglamento.	Reglado por las partes y/o por remisión a un reglamento.
EVITACIÓN DE DISPUTAS	<p>Parece no tener cabida en la definición del AC y ha encontrado oposición de los organismos de control</p> <p>La práctica habitual ha sido para asuntos expresamente determinados en el contrato. (ANI 3G, 4G, 5G)</p> <p>Algunos contratos recientes lo estipulan para todo tipo de diferencias o controversias.</p> <p>(Metro de Bogotá, Metro Ligero de la 80 en Medellín).</p>	<p>Es el único mecanismo que tiene la prevención de disputas como parte de su objeto misional.</p> <p>Todo tipo de asuntos por regla general.</p> <p>Las partes pueden excluir asuntos puntuales.</p>
COMPETENCIA		
MEDIDAS CAUTELARES	No se encuentra habilitado para tomar medidas cautelares.	Algunos reglamentos prevén incluso la adopción de medidas precautelativas siempre que tengan efecto solo entre las partes
PROCEDIMIENTO	<p>Según el reglamento.</p> <p>La práctica puede, en virtud del sesgo de disponibilidad, recurrir a prácticas jurisdiccionales o procedimentales ya conocidos, como el debido proceso o el Código General del Proceso. Desnaturalizando así un mecanismo no jurisdiccional.</p>	<p>Según el reglamento, pero con gran autonomía del DB en la conducción del procedimiento, pudiendo, por ejemplo: limitar la intervención de abogados, limitar la presentación de documentos o alegatos irrelevantes o repetitivos, el número de intervenciones de las partes, las rondas de escritos, entre otros</p>

		asuntos
REGLAS DE VALORACIÓN Y ESTÁNDAR DE PRUEBA	La práctica, nuevamente por sesgo de disponibilidad, puede llevar a usar estándares de prueba y valoración más afincados en procesos jurisdiccionales.	No aplica ninguna regla de valoración ni estándar de prueba. Salvo la equidad procesal (<i>procedural fairness</i>) Prevalece el criterio del DB
VINCULATORIEDAD DE LAS DECISIONES	Carácter de cosa juzgada en última instancia.	Decisiones vinculantes, sin perjuicio de revisión del fondo en sede jurisdiccional. Recuérdese aquí la posibilidad de establecer garantías suficientes en caso de revocación.
QUÓRUM	La práctica actual de la ANI muestra una preferencia por la Unanimidad. En caso de existir disenso el mecanismo se hace no vinculante (Condición suspensiva)	Usualmente por mayoría simple. Con posibilidad de disenso sin afectar la vinculatoriedad.
IMPUGNACIÓN	No cabe. Solo susceptible de reproches por vicios de nulidad o recisión y quizá resolución.	Puede impugnarse en sede jurisdiccional, siempre que se manifieste el desacuerdo dentro del plazo establecido.

Esta tabla se desarrolló mancomunadamente con la asesora del presente artículo académico y se complementó con elementos tomados de tabla desarrollada por la DRBF en su manual (Dispute Resolution Board Foundation, 2019, p. 27).

5 REFLEXIONES

Se observó que el empleo de la AC como un MASC en Colombia ha sido limitado, especialmente en el ámbito de la infraestructura, hasta tiempos recientes, aproximadamente una década. Por lo tanto, se podría afirmar que esta aparente inactividad se atribuye principalmente a debates legales que, en retrospectiva, pueden considerarse caprichosos.

En lo que concierne a los DB, la práctica nacional ha experimentado trabajar con este instrumento, pero los resultados no han sido tan favorables. Bajo la premisa de una presunta violación del principio de legalidad en la función administrativa, se ha enfrentado una fuerte resistencia por parte de las entidades de control, dado que estas consideran que la utilización de un MASC no especificado en la legislación nacional constituye un desafío a la capacidad jurisdiccional restrictiva del Estado. Además, se plantearon (en la actualidad aún se plantean) posibles implicaciones fiscales debido a la forma de remuneración del mecanismo.

Después de la entrada en vigor del Estatuto Arbitral en 2012, que aclaró o ratificó la capacidad de las entidades estatales para utilizar la AC como mecanismo de resolución de controversias contractuales, solo hasta entonces se implementó la AC como parte de una estructura de gestión y administración de disputas⁴⁵.

Grandes agentes contractuales estatales en infraestructura, como la ANI y el IDU, han promovido la AC como mecanismo de resolución de conflictos en sus procesos de contratación; estos han adaptado prácticas y alcances propios del DB. Se podría señalar que lo anterior contribuye al desarrollo de una cultura aún incipiente en el país en torno a esta filosofía de MASC.

El auge de este mecanismo, que a la fecha ha generado alrededor de unas 70 decisiones en materia de infraestructura⁴⁶ y que generalmente es administrado por el CAC de la CCB⁴⁷,

⁴⁵ Valga recordar en este punto la ya anotada utilización del mecanismo de AC en proyectos anteriores al estatuto arbitral, como lo fue la ampliación y remodelación del aeropuerto El Dorado en la ciudad de Bogotá.

⁴⁶ Las decisiones de los AC en materia de infraestructura, pese a que razonablemente debe categorizarse como información pública, no se encuentra consolidada en repositorios institucionales de carácter público ni de los agentes que intervienen en ella, tampoco en el Centro de conciliación Arbitraje y Amigable composición (CAC) de la Cámara de Comercio de Bogotá (CCB). Las estimaciones son tomadas de intervenciones públicas realizadas por algunos de los agentes involucrados, como la ANI y el IDU, en recientes foros académicos. Ver entre otros los siguientes: i) Foro: “Innovación para solucionar disputas sin litigios” (Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, 2023); ii) en la “Conferencia: Principales aspectos del amigable componedor en la contratación estatal” (Pombo Caballero Abogados, 2023); iii) en el “XX Seminario Internacional de Gestión Jurídica y Derecho Público” (Secretaría Jurídica Distrital, 2023); iv) en el “II Foro | Resolución de controversias contractuales en infraestructura - Panel 3” (Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, s.f.); v) en el “II Foro | Resolución de controversias contractuales en infraestructura - Panel 4” (Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, s.f.).

Asimismo, se destaca la labor gremial que ha hecho la Cámara Colombiana de la Infraestructura (CCI), como compilador y divulgador de algunas de las decisiones de AC, en el libro *Infraestructura y Derecho - Decisiones arbitrales* de Quiñones (2021).

⁴⁷ Debe resaltarse que, dentro del proceso de investigación que dio origen a este artículo, se contactó con el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín (CCM) para Antioquia, con el objetivo de constatar la utilización de la AC en materia de infraestructura en la región. Lastimosamente los resultados no han sido muy alentadores, dado que únicamente existen dos AC en materia de infraestructura que actualmente son administradas por la CCM, sin que ninguna de ellas se haya emitido una decisión a la fecha de terminación de este artículo: i) Metro Ligero de la 80: Contrato: 004396C-23; ii) Doble Calzada a Oriente; Doble Calzada a Oriente: Contrato de Asociación Publico Privada (APP) 20-01-2019

ha captado la atención de otros actores nacionales que han incluido o tienen la intención de incluir la AC en sus cláusulas contractuales como un mecanismo de solución de disputas.

Tanto el Metro de Bogotá, como el Metro Ligero de la 80 en Medellín, incorporan la AC en su clausulado. En ambos casos, a pesar de la variación del fraseo, la AC se establece como el mecanismo principal para todo tipo de controversias. Sin embargo, esto relega los mecanismos jurisdiccionales como el arbitraje únicamente para resolver cuestiones de nulidad, rescisión y reemplazar decisiones afectadas por la anulación o rescisión.

Algunos proyectos en fases iniciales, como la PTAR Canoas en Bogotá, proponen en su hoja de términos⁴⁸ la AC como el mecanismo exclusivo para resolver todo tipo de controversias contractuales, lo que excluye nuevamente los mecanismos jurisdiccionales, cuya única habilitación remanente será para decidir sobre la nulidad o rescisión de las decisiones de la AC.

Por otro lado, cabe señalar la limitación existente que hoy se encuentra en materia de infraestructura de transporte, donde la AC no puede pronunciarse sobre la legalidad de actos administrativos emitidos en virtud de facultades excepcionales y ajenas al derecho común, según el artículo 14, literal c de la Ley 1682 de 2013.

A pesar de las similitudes funcionales aparentes entre la AC y los DB, es crucial destacar algunos puntos de fricción que obligan a cuestionar la homologación de estos mecanismos. Este escenario plantea la necesidad de reflexionar sobre la conveniencia de mantener esta homologación forzada o considerar los posibles beneficios de utilizar el DB como un MASC independiente con su propia identidad. A continuación, se resumen los principales puntos de tensión de la siguiente manera:

5.1 LA FUNCIÓN ECONÓMICA DE LOS DB ES PROCURAR LA CONSERVACIÓN DE LA OBRA POR MEDIO DE SOLUCIONES ÁGILES Y EFICIENTES EN TÉRMINOS DE COSTO

Los DB no están llamados, *per se*, a ser un mecanismo de cierre definitivo de controversias, ni mucho menos a competir con la función jurisdiccional. Por el contrario, suelen hacer parte de un sistema de gestión y administración de controversias, cuyo principal propósito se centró en la satisfacción del objeto contractual que les da origen por medio de soluciones ágiles a las desavenencias o disputas que puedan surgir en la ejecución del contrato, las cuales se fundan en altos conocimientos técnicos (Nuviala, 2021, p. 403).

Como se observó, la legitimidad y la eficacia de las decisiones que emite el DB se encuentran arraigadas en la autonomía de la voluntad de las partes, particularmente en la autonomía de la libertad conflictual. En este sentido, al priorizar la agilidad sobre el procedimiento, las partes se someten a decisiones inmediatamente vinculantes tomadas por un

⁴⁸ La hoja de términos, en su artículo 21.1, estipula claramente la AC para todo tipo de controversias. Hoja de términos para el proceso de invitación pública cuyo objeto es contratar, bajo la modalidad de concesión de derecho privado, todas las actividades necesarias para la elaboración de los estudios y diseños, la financiación y la ejecución de las unidades de ejecución, así como la gestión social y ambiental, la puesta en marcha, la estabilización, la reversión parcial, la operación, el mantenimiento y la reversión de la planta de tratamiento de aguas residuales de canoas. (Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P, 2022).

grupo de expertos con conocimientos especializados, siempre dentro del marco contractual que regula riesgos, cargas y obligaciones.

En caso de que las partes no estén satisfechas con la decisión y sin perjuicio de su cumplimiento inmediato, pueden someter la revisión del fondo de la decisión a la jurisdicción, siempre que se brinden garantías suficientes por parte del acreedor para una eventual modificación. En consecuencia, este proceso judicial puede ofrecer mayores garantías procesales y un examen más detenido del objeto de la controversia, aunque con la probable consecuencia de aumentar el tiempo y el costo asociado con la resolución de la disputa.

En ese sentido, el análisis de la conveniencia y razonabilidad para activar el mecanismo jurisdiccional, con el fin de revisar el fondo de una decisión del DB, recae en las partes una vez que han conocido el sentido de la decisión. En este momento, las partes pueden evaluar las fortalezas y debilidades en aspectos fácticos, técnicos, económicos y legales relacionados con la controversia en cuestión. Asimismo, tendrán la capacidad de considerar los posibles costos asociados con la intervención del mecanismo jurisdiccional.

Por tal motivo, hay que destacar que este análisis debe realizarse sin considerar el incentivo que la parte vencida podría tener para dilatar el pago o el cumplimiento determinado por la decisión del DB. Esto se debe a que la revisión jurisdiccional no otorga un efecto suspensivo sobre el cumplimiento de la decisión, lo que impide que la parte vencida retrase la ejecución de la resolución del conflicto mediante la búsqueda de una revisión judicial. Como resultado, la separación de estos factores garantiza que la decisión de recurrir a la jurisdicción se base en una evaluación objetiva de los méritos del caso y no en estrategias dilatorias.

El argumento a favor de la opción de la revisión judicial no implica automáticamente que las decisiones del DB sean deficientes o carezcan de profundidad. De hecho, se trata de un componente esencial para garantizar la equidad, la legalidad y la protección de los derechos fundamentales de las partes involucradas. De igual modo, la posibilidad de revisión judicial proporciona un mecanismo de control externo que contribuye a la legitimidad y aceptación general del proceso, dado que asegura que las decisiones se ajusten a los principios y normas legales establecidos.

Por ende, el papel del DB no está destinado a reemplazar los mecanismos jurisdiccionales. Por el contrario, se debe considerar que los DB pueden ser un componente valioso dentro de un proceso jurisdiccional. Al respecto, se podría decir que su contribución radica en proporcionar información actualizada e inmediata sobre los hechos y posiciones de las partes en relación con la controversia. En consecuencia, esta contemporaneidad e intermediación permiten al Tribunal (ya sea arbitral u ordinario) abrir, analizar y decidir con mayor certeza sobre los méritos fácticos, técnicos y jurídicos de la decisión del DB. Es importante entender que el DB y los mecanismos jurisdiccionales pueden coexistir de manera complementaria con el fin de obtener una resolución integral y justa de las disputas.

5.2 LA EVITACIÓN DE DISPUTAS QUEDA POR FUERA DEL ALCANCE DE LA AMIGABLE COMPOSICIÓN

La definición proporcionada por la Ley 1563 para la AC parece delimitar claramente el objeto y alcance del mecanismo, al establecer que este se deberá ceñir a “definir, con fuerza vinculante para las partes, una controversia contractual de libre disposición”.

Por tal motivo, se destacó que el verbo rector “definir”, entendido como “decidir,

determinar, resolver algo dudoso” según la Real Academia Española (RAE), parece excluir las facultades de evitación o prevención de disputas, las cuales corresponden a características de las modalidades contemporáneas de los DB. De tal manera que este aspecto se ha enfatizado por la Contraloría de manera contundente al oponerse a las AC de carácter permanente.

De igual forma, el enunciado normativo parece predeterminar la existencia de una controversia como un requisito que habilita la existencia de AC. Por lo tanto, la evitación de dichas controversias podría pensarse como contraria al requisito mismo de habilitación del mecanismo. Si se considera que la existencia de una controversia es un prelude necesario para la aplicación de la AC, entonces cualquier esfuerzo por evitar o prevenir disputas podría interpretarse como contraproducente para la función misma del mecanismo. Esto plantea dudas sobre la coherencia del enfoque normativo y sus implicaciones prácticas en la gestión de conflictos, ya que podría desincentivar la prevención de disputas y promover su prolongación.

Hasta el momento, la prevención, como parte de un sistema integral de evitación y administración de controversias, no se ha explorado bajo la regulación actual de la AC y enfrenta una resistencia significativa por parte de los órganos de control.

En contraste, los DAAB, según las últimas versiones de los contratos FIDIC⁴⁹ y NEC, y en conformidad con el reglamento de la ICC, han establecido como pilar fundamental de su sistema de administración de disputas una faceta preventiva, en la que tanto las partes, como el DB desempeñan un papel activo, incluyendo la asistencia informal de este último.

Bajo la hipótesis de incompatibilidad entre la AC y las funciones de evitación de disputas, las partes, respaldadas en el principio de la autonomía de la voluntad, podrían considerar la inclusión de la prevención como un mecanismo independiente. Este enfoque podría ser similar a los *Conflict Avoidance Panel (CAP)*⁵⁰ o *Dispute Avoidance Panel (DAP)*⁵¹ implementados en el Reino Unido, como instrumentos previos a la Adjudicación, por las peculiaridades de su legislación (Jackson, 2022, p.117-120). Sin embargo, esta opción podría aumentar los costos del sistema de administración de controversias debido a la duplicidad de

⁴⁹ Recientemente FIDIC (2023) publicó una nota práctica denominada “*FIDIC Dispute Avoidance and Adjudication Forum. Practical Note 1. Dispute Avoidance -focusing on dispute boards*” con el objetivo de incentivar y educar sobre la evitación de disputas con los DB. En esta nota se sintetizan las mejores prácticas y se ejemplifican tácticas de evitación y asuntos que pueden ser objetos de la fase consultiva informal en la evitación. A continuación, se destacan los siguientes: a) preguntas relacionadas con la interpretación del contrato, b) analizar una instrucción del Ingeniero y determinar si podría constituir una variación; c) evaluar el tiempo y el costo de una variación; d) evaluar responsabilidades de diseño; entre otros.

⁵⁰ El CAP es un procedimiento aprobado por el Gobierno del Reino Unido que puede incluirse en los contratos para ayudar a las partes implicadas en proyectos de construcción o ingeniería a resolver los desacuerdos fuera de los tribunales y previo a la Adjudicación. Esto motiva a las partes a resolver los problemas en el momento de producirse, para cortarlos de raíz antes de que se conviertan en conflictos prolongados y perjudiciales. El CAP puede incluirse por escrito en los contratos o utilizarse Ad-hoc por acuerdo entre las partes.

⁵¹ El DAP: cambiar las palabras “conflicto” por “disputa” y “proceso” por “panel” no son las únicas diferencias entre el CAP y el DAP. A diferencia del CAP, donde los miembros de este se nombran normalmente una vez que ha surgido un conflicto o diferencia entre las partes, los DAP trabajan con las partes en proyectos en curso para hacer observaciones sobre posibles áreas en las que podrían surgir conflictos. De tal modo que estos últimos se encuentran más inclinados hacia los DB.

honorarios para ambos paneles, al tiempo que perpetúa el problema de la intermediación y la adquisición de conocimiento del proyecto por parte de los DB *Ad-Hoc*, que solo entran en funcionamiento una vez que la controversia se ha cristalizado.

En ese orden de ideas, la implementación de facultades preventivas en los mecanismos de resolución de controversias implica un cambio de paradigma en su enfoque. Cabe destacar que incluso los órganos de control, como la Procuraduría y la Contraloría General de la República, han llevado a cabo campañas significativas para fortalecer la función preventiva, con resultados notables.

Un ejemplo de esto es la estrategia denominada Compromiso Colombia para la culminación de obras inconclusas, elefantes blancos y proyectos con problemáticas de ejecución⁵² que hasta junio de 2023 ha identificado más de 1700 proyectos por un valor de COP 15.22 billones. Dentro de esta cifra, casi 700 proyectos se consideran críticos.

A través de su participación dinámica en la función preventiva, estos órganos de control facilitaron la culminación de 150 proyectos, con una inversión cercana a los COP 700 mil millones, lo cual abordó incluso aquellos afectados por la crisis del Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa (FFIE) (Contraloría General de la República, 2022, p. 201).

De acuerdo con lo anterior, se evidenció que las herramientas de mitigación institucionales implementadas por los órganos de control aportan de manera positiva a la finalización de proyectos de infraestructura. En este contexto, surge la pregunta de si ¿al fundamentarse en una interpretación exegética y poco flexible de la AC, debería excluirse la función de mitigación del riesgo contractual, como ha sido el caso hasta el momento, o si, por el contrario, es necesario incorporarla?

5.3 VINCULATORIEDAD Y SEVERIDAD EN LAS DECISIONES DE LA AMIGABLE COMPOSICIÓN PUEDE RESTARLE AGILIDAD AL MECANISMO

El estado normativo actual de la AC en Colombia, particularmente en la regulación contractual centrada en la infraestructura vial, posibilita concluir que existen competencias claramente definidas entre los asuntos que forman parte del alcance de la AC y aquellos que están dentro de la competencia jurisdiccional.

En principio, los tribunales (arbitrales u ordinarios) tienen limitaciones para analizar el fondo de la decisión tomada en una AC. En ese sentido, la función de estos se centra en revisar posibles irregularidades procedimentales, extralimitaciones en las facultades otorgadas a la AC por las partes, la presencia de vicios que constituyan causales de anulación del acuerdo, o considerar si un incumplimiento del acuerdo de composición podría llevar a su resolución mediante la condición resolutoria.

Esta severidad de la AC, que no permite reexaminar el objeto de la controversia, puede representar un doble filo. En esa medida, se otorgó gran efectividad en la resolución de las controversias contractuales, puesto que estas son resueltas con carácter de cosa juzgada,

⁵² Las cifras más recientes en el desarrollo de esta estrategia pueden consultarse en el Relanzamiento de la Estrategia de Elefantes Blancos el pasado julio de 2023 (Contraloría Colombia, 2023).

ejecutable inmediatamente; de modo que solventa de una manera definitiva las desavenencias y controversias que se presentan entre la entidad contratante y el desarrollador.

De acuerdo con lo anterior, tanto las entidades públicas que abanderan este mecanismo, como lo son el INVIAS y el IDU, así como los contratistas que participan en la ejecución de proyectos de infraestructura con estas entidades, parecen estar satisfechos con la celeridad y efectividad del mecanismo. Esta percepción se deduce no solo de las opiniones de algunos de los operadores de este mecanismo⁵³, sino también, y en mayor medida, en las escasas oportunidades donde el acuerdo de composición es atacado en sede jurisdiccional.

Sin embargo, desde la otra perspectiva, esta rigidez podría afectar la agilidad del mecanismo de solución de controversias por al menos tres razones principales:

- I. Dado que la AC tiene efectos de cosa juzgada en última instancia, existe la probabilidad de que tienda a "judicializarse". Esto significa que las etapas del proceso podrían volverse más reguladas y rígidas para obtener una mayor robustez o seguridad jurídica, dado que no habrá oportunidad para cuestionar posteriormente el fondo de la decisión.
- II. La severidad mencionada puede conducir a que las partes adopten actitudes más adversariales y menos colaborativas, con una menor disposición a hacer reconocimientos o concesiones. Esto afectará la conducta jurídica y procesal de los representantes de las partes, lo que limita la espontaneidad y naturalidad de las apreciaciones, tanto técnicas, como fácticas, de las personas directamente involucradas en la controversia. En consecuencia, se podría cohibir la proactividad del AC en la investigación y el esclarecimiento del objeto de la controversia, inclinándolo su comportamiento hacia un sistema adversarial con un papel más pasivo y dependiente de las alegaciones y pruebas de las partes.
- III. Desde una perspectiva procesal y probatoria, al endurecerse los procedimientos debido a la naturaleza adversarial, y al jugarse todo en este mecanismo, es probable que se vea influenciado por prácticas propias de los mecanismos jurisdiccionales. Por ejemplo, podría haber tensiones en temas como dictámenes periciales de parte o testimonios de expertos, la declaración de partes, la práctica de testimonios, interrogatorios, contrainterrogatorios, objeciones y declaraciones, la presentación de recursos o solicitudes de reconsideración, la solicitud de medidas cautelares y la conducción de audiencias por parte de los apoderados en lugar de las partes. En efecto, estos asuntos generan tensiones, debido a que, al no tener un carácter jurisdiccional, las reglas procesales y probatorias deben pactarse de antemano, o se corre el riesgo de recurrir a reglas preestablecidas aplicables en sede jurisdiccional, como el Código General del Proceso.

Con este panorama y según las estadísticas proporcionadas por el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición (CAC) de la Cámara de Comercio de Bogotá (CCB), entidad que gestiona la gran mayoría de los casos de AC en el ámbito de la

⁵³ En el desarrollo de esta investigación, tuve oportunidad de recibir la retroalimentación de diversos operadores dentro del mecanismo de la Amigable Composición, que han actuado o como asesores dentro de procesos de AC, o en condición de desarrolladores de proyectos de infraestructura, o bien en el rol de Amigables Compondores. A todos ellos por su tiempo y generosidad, gracias.

infraestructura, se observó que un proceso de AC tiene una duración promedio de 8 meses, mientras que en el caso específico de la infraestructura el promedio se extiende a 9 meses (Cámara de Comercio de Bogotá, 2021, p. 88).

Ambos plazos superan con creces los 84 días⁵⁴ (poco menos de tres meses) usado como estándar por los modelos FIDIC para los DB, término que a su vez concuerda con el máximo de paralización de la obra como habilitante de la terminación opcional del contrato. El plazo de los contratos FIDIC es similar al contemplado en el reglamento de la ICC⁵⁵ que estipula un plazo ordinario de 90 días para la toma de conclusiones, plazo que se puede ver ampliado en caso de que las partes hayan estipulado la revisión de la conclusión por parte de la ICC previa su emisión.

Pese a que estos 9 meses de la AC puedan resultar alentadores en contraste con los plazos promedio de un arbitraje en materia de infraestructura que se extienden hasta los 26 meses (Cámara de Comercio de Bogotá [CCB], 2021, p. 63), y mucho más aún si se consideran los plazos promedio en la jurisdicción de lo contencioso-administrativo en materia de infraestructura⁵⁶, lo cierto es que aun los plazos de resolución, bajo el esquema de AC, se encuentran alejados (en un factor por tres) de la media teórica contractual sugerida internacionalmente para el mecanismo de DB.

⁵⁴ Cláusula 21.4.3 del libro plata de FIDIC (2017) en su más reciente versión. establece que “*The DAAB’s decision. The DAAB shall complete and give its decision within: (a) 84 days after receiving the reference; or (b) such period as may be proposed by the DAAB and agreed by both Parties*” (p. 100).

⁵⁵ El Reglamento de la CCI relativo a los Dispute Boards. Artículo 22, establece que el “Plazo para emitir una conclusión, estipula que 1) El DB emitirá su Conclusión con prontitud y, en cualquier caso, dentro de los 90 días siguientes a la Fecha de Inicio definida en el Artículo 19(2). No obstante, el DB puede prorrogar el plazo con el acuerdo de las Partes. En ausencia de tal acuerdo, el DB puede, previa consulta a las Partes, prolongar el plazo por el menor periodo de tiempo que considere necesario, con la condición, sin embargo, de que la duración total de dichas prolongaciones no sea superior a 20 días. Cuando decidan sobre la extensión del plazo, el DB y las Partes deberán tomar en consideración la naturaleza y la complejidad de la desavenencia, así como otras circunstancias pertinentes. 2 Si las Partes acuerdan someter las Decisiones a la CCI para su examen, el plazo para dictar una Decisión se prolonga por el tiempo requerido por el Centro para realizar el examen. El Centro debe finalizar su examen en el plazo de 30 días siguientes a la recepción de la Decisión o al pago de la tasa de registro prevista en el Artículo 3 del Apéndice, teniendo en cuenta la fecha de lo último ocurrido. No obstante, si es necesario un plazo adicional para este examen, el Centro notificará por escrito al DB y a las Partes, antes de que expiren los 30 días, precisando la nueva fecha en la que el Centro habrá finalizado su examen”.

⁵⁶ La jurisdicción contenciosa padece, quizá de una manera más aguda, los problemas estructurales de la administración de justicia en Colombia por la gran congestión judicial. Pese al aparente declive en la demanda de administración de justicia generado por la pandemia en el año 2020, los tres escalafones de la rama contenciosa (Jueces, Tribunales y Concejo de Estado), aun presentan una preocupante tasa de retención de procesos, no siendo capaces de fallar el número de procesos que ingresan anualmente a los despachos, siendo la mayor congestión en los Tribunales (147 %), en segundo lugar en los Jueces (138 %) y, finalmente, en el Concejo de Estado (129 %), en función del número de procesos que ingresan y salen de cada una de estas instancias. Para más información respecto de la congestión judicial en materia administrativa, consultar el artículo denominado “La congestión y la mora en la jurisdicción de lo contencioso administrativo: descripción y análisis del fenómeno y una evaluación de las medidas implementadas para combatirlo”, desarrollado por Sebastián Barreto, dentro del marco de la reciente publicación “Horizontes del contencioso administrativo” de Ospina (2022).

5.4 LA RETICENCIA EN IMPLEMENTAR MECANISMOS ÁGILES DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS PUEDE OCASIONAR UNA FALTA DE COMPETITIVIDAD INTERNACIONAL Y DESINCENTIVAR LA INVERSIÓN

La falta de desarrollo de una cultura jurídica relacionada con la implementación de los DB puede restar competitividad a Colombia como un destino de inversión. Los financiadores de grandes proyectos de infraestructura, tanto de la banca privada, como de la banca multilateral, requieren de soluciones ágiles y eficientes en relación con las controversias que surjan en los proyectos, de modo que los flujos de caja asociados al contrato no se vean afectados. De este modo, se busca garantizar la pronta habilitación de la estructura que permita, por un lado, la recuperación de la inversión y, por el otro, la satisfacción de los intereses generales.

Otras jurisdicciones de tradición civilista en la región, por ejemplo, el caso de Brasil, Perú⁵⁷, Chile⁵⁸ y Panamá, en virtud de hechos catalizadores como los Juegos Olímpicos de Río en 2016, y los Juegos Panamericanos en Lima en 2019 y de Santiago en 2023, y la ampliación del canal de Panamá, han adaptado su legislación para permitir la implementación de DB en la estructura de contratación del Estado, aunque con diversos matices y prácticas heterogéneas (Clare, 2021, pp. 303-306).

Por su parte, en el ámbito internacional, tal y como consta en las más recientes sesiones de trabajo del Grupo de Trabajo II, en relación con la Solución de Controversias de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL por sus siglas en inglés), denotan una tendencia internacional por la preferencia de mecanismos bajo “procedimiento decisorio rápido”⁵⁹ que puedan contribuir a la solución de controversias, en sectores críticos como el desarrollo de infraestructura o tecnología y, por tanto, que pueda complementar el mecanismo de Arbitraje Acelerado⁶⁰.

⁵⁷ Por medio de Ley 30225, Perú regula en el derecho positivo los DB en materia de contratación estatal a través de la denominada Junta de Resolución de Disputas (JRD). De esta regulación se destaca que la JRD no tiene capacidad para conocer de toda suerte de controversias, cuya competencia reservada está a cargo de la sede jurisdiccional: i) la nulidad del contrato, ii) la decisión de la entidad o de la Contraloría de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales; iii) el enriquecimiento sin causa; iv) pago de indemnizaciones. La regulación de este mecanismo, en el artículo 45 de la referida ley.

⁵⁸ Chile, por su parte, ha incorporado en el derecho positivo mediante la Ley 20410, aunque de manera parcial, la filosofía de los DB. En esa medida, este país denomina Panel Técnico a este mecanismo. Aunque se distancia de la práctica internacional, en tanto este tiene la capacidad de definir exclusivamente “discrepancias de carácter técnico o económico”, resaltando que no constituye un mecanismo jurisdiccional. De tal modo que se acoge el modelo de DRB en el que dicho panel solo emite recomendaciones no vinculantes.

⁵⁹ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL) (2024) Grupo de Trabajo II, en relación con la Solución de Controversias. Solución de controversias relacionadas con la tecnología y el procedimiento decisorio rápido: cláusulas modelo y texto de orientación.

⁶⁰ El arbitraje acelerado es un procedimiento simplificado y sencillo que se desarrolla en un periodo de tiempo abreviado y que permite a las partes poner fin definitivamente a una controversia, lo que ahorra costos y tiempo. El Reglamento de Arbitraje Acelerado de la CNUDMI contiene un conjunto de normas que las partes pueden acordar para la sustanciación del arbitraje acelerado. En ese sentido, el Reglamento de Arbitraje Acelerado

De cualquier forma, la implementación de este tipo de mecanismos de solución ágil de controversias puede contribuir significativamente a mejorar los estándares de cumplimiento de un contrato en Colombia. Cabe recordar en este punto que, de las 10 categorías que mide el BM en su edición de *Doing Business*⁶¹ que pretende auscultar la facilidad para hacer negocios, Colombia obtiene su peor calificación en la categoría “Cumplimiento de Contratos”, al ocupar la posición 177, con un promedio de 1288 días para resolver la controversia, así como con costos de 45,8 % sobre el valor de esta.

6 TENDENCIAS NACIONALES E INTERNACIONALES EN MATERIA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

6.1 PREVENCIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO

En vista de las facultades recientemente otorgadas a los Comités de Conciliación de las entidades estatales para realizar el diseño de las políticas que orienten la defensa de los intereses jurídicos de la entidad, así como en fijar las directrices para aplicar los mecanismos de arreglo directo, de conformidad con la Ley 2220 de 2022⁶²; al igual que en cumplimiento de la Circular Externa 9 de 2015 de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE) en relación a los lineamientos sobre prevención del daño antijurídico en materia de contratación estatal y estrategias generales de defensa jurídica, se puede concluir que es perfectamente viable que la entidad estatal estipule los DB en su versión DAAB, como mecanismo idóneo para prevenir las desviaciones del contrato y garantizar la culminación de las obras.

6.2 MEDIACIÓN

Colombia ha aprobado recientemente la Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales resultantes de la Mediación, conocida como la Convención de Singapur, mediante la Ley 2309 de 2023 promulgada el 2 de agosto de 2023. Se halló que la doctrina nacional destacó la relevancia de la adhesión a esta convención, dado que proporciona una mayor estabilidad jurídica en las relaciones internacionales y, asimismo, confiere una firmeza y vinculación más robustas a los acuerdos de transacción internacional en el ámbito comercial. En ese sentido, se encontró que la convención limita de manera taxativa las causales de negación de los efectos jurídicos solo en dos casos: a) cuando la materia del objeto no sea transigible según la ley nacional; b) cuando el acuerdo contravenga el orden público internacional (Medina, 2023, p. 1).

logra un equilibrio entre la eficiencia del proceso arbitral y los derechos de las partes a gozar de garantías procesales y recibir un trato equitativo (Naciones Unidas, 2021).

⁶¹ Actualmente, Colombia se encuentra en el *ranking* número 67. Pero en cuanto al cumplimiento de contratos se ubica en el puesto 177.

⁶² El artículo 120 de la Ley 2220 de 2022 estableció como funciones del Comité de Conciliación, entre otras, las siguientes: “1. Formular y ejecutar políticas de prevención del daño antijurídico.; 2. Diseñar las políticas generales que orientarán la defensa de los intereses de la entidad; 4. Fijar directrices institucionales para la aplicación de los mecanismos de arreglo directo, tales como la transacción y la conciliación, sin perjuicio de su estudio y decisión en cada caso concreto. De igual manera, el artículo 122 establece que “la prevención del daño antijurídico será considerada como un indicador de gestión y con fundamento en él se asignarán las responsabilidades en el interior de cada entidad”.

No obstante, la Mediación solo se acogió en la práctica jurídica nacional hasta hace relativamente poco. A la fecha de esta publicación⁶³, solo el CAC de la CCB incluyó dentro de su repertorio de mecanismos de solución de controversias la Mediación⁶⁴. Es importante señalar que esta inclusión no requirió la aprobación del Ministerio de Justicia, puesto que el mecanismo no está regulado por la ley⁶⁵. Cabe subrayar que Colombia aún no ha adoptado el modelo de ley propuesto por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) para la Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación.

Por otra parte, existen escasas menciones en la legislación en relación con la Mediación. Por una parte, el Decreto 2137 de 2015, que adiciona el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho (Decreto 1069 de 2015) con el objeto de incorporar la Mediación de conflictos entre entidades públicas del orden nacional a cargo de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDEJ). Por otra parte, la Secretaría Jurídica Distrital de Bogotá reguló la mediación entre las entidades y organismos distritales con el objeto de resolver controversias jurídicas, entre otras, con las siguientes normas Decreto Distrital 430 de 2018, Decreto Distrital 089 de 2021 y la Resolución 212 de 2023⁶⁶.

⁶³ Sin perjuicio de que algunos otros centros de solución de controversias se encuentren ajustando su regulación, como ha manifestado la Cámara de Comercio de Medellín (CCM) estarlo haciendo, a septiembre de 2023, solo la CCB ha anticipado la regulación del reglamento en torno a la mediación.

⁶⁴ Sobre el mecanismo de mediación, de conformidad con el reglamento de mediación nacional e internacional del CAC de la CCB, este es un mecanismo de resolución de disputas “en el cual las partes solicitan a un tercero o terceros (“mediador”), para que les preste asistencia en su intento para llegar a un arreglo amistoso”. En el reglamento se establecen los criterios rectores del mecanismo como. i) la imparcialidad del mediador y el deber de revelación; ii) la limitación del mediador para imponer un acuerdo vinculante y definitivo a las partes; iii) la ausencia de un contrato de mandato con el mediador y en consecuencia la inaplicabilidad de los deberes fiduciarios; iv) la inadmisibilidad como prueba en un mecanismo jurisdiccional, de las opiniones de las partes y de los hechos reconocidos o potencialmente reconocibles en el marco de la mediación; v) la confidencialidad del procedimiento; vi) la materialización del acuerdo de las partes por medio de un acuerdo de transacción. No obstante, este reglamento se distancia en algunos puntos de la Ley Modelo de la CNUDMI de 2018, por ejemplo, en el problemático criterio de internacionalidad basado en el domicilio y no en el de establecimiento, que ha suscitado problemas interpretativos para el desarrollo de actividades permanentes en Colombia, a pesar de que toda sociedad extranjera requiere la constitución de una sucursal en el país (Centro de Arbitraje y Conciliación [CCB], s.f.).

⁶⁵ Este hecho se constató directamente con la Cámara de Comercio de Bogotá con el objeto de conocer el procedimiento de adopción del mecanismo de mediación y consultar sobre su utilización en materia de infraestructura o contratación estatal. Sobre este último punto, estos manifestaron aun no haber administrado ninguna mediación con participación de una entidad pública

⁶⁶ El contenido de esta resolución, que aclara que para el cierre de 2022 existen obligaciones contingentes entre entidades del Distrito debido a procesos judiciales por más de COP 265 mil millones, por lo que la motivación de la resolución manifiesta que “se requiere implementar medidas tendientes a disminuir el número de estas controversias, a través del desarrollo efectivo de acuerdos que permitan a las entidades solucionar sus controversias de manera satisfactoria antes de acudir a la jurisdicción o terminar anticipadamente procesos que se encuentren en curso mediante conciliación judicial”.

A pesar de la inexistencia de una normativa específica que permita de manera explícita la aplicación de la mediación en contratación estatal, este método emergió como un instrumento reciente para resolver controversias, especialmente en el ámbito de la infraestructura vial y aeroportuaria. En respuesta a situaciones derivadas de las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional durante la pandemia de COVID-19 y, por iniciativa de la ANI, la Cámara Colombiana de la Infraestructura (CCI)⁶⁷ actuó como mediadora entre la ANI y diversos concesionarios. En esa medida, se halló que el propósito consistió en facilitar la delimitación de acuerdos que pudieran mitigar los efectos económicos y jurídicos resultantes de dichas medidas. Estos acuerdos se concretaron posteriormente en actos modificatorios de los contratos de concesión.

Cabe destacar que este método atípico contó con la participación, en un contexto preventivo, de diversos organismos de control, como la Contraloría y la Procuraduría. De igual modo, la Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República ejerció la veeduría correspondiente (Carillo y Gómez, 2023, pp. 216-219).

Frente a una situación de emergencia y una coyuntura sin precedentes en la historia reciente de la humanidad, se evidenció la primacía de la autonomía de la voluntad. Según Carrillo y Gómez (2023), esta autonomía se fundamentó “en la negociación por principios y no por reglas”, lo que permitió llevar a cabo con éxito proyectos significativos de infraestructura en el país (p.2 19).

6.3 COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO MERCANTIL INTERNACIONAL

En el marco de la autonomía de la voluntad y al considerar el panorama internacional, es relevante destacar que la CNUDMI publicó recientemente un informe que contiene las cláusulas modelo para la solución de controversias en un procedimiento decisorio rápido⁶⁸. Estas cláusulas comprenden: a) cláusula modelo sobre el arbitraje sumamente acelerado; b) cláusula modelo sobre procedimiento de determinación por un perito; c) cláusula modelo sobre los peritos que acompañan al tribunal; d) cláusula modelo sobre confidencialidad del procedimiento.

Por otro lado, el procedimiento de determinación por un perito se define como un mecanismo simplificado para solucionar controversias en un plazo breve mediante la

⁶⁷ La Cámara Colombiana de la Infraestructura (CCI) es una asociación gremial de carácter privado que tiene como misión “el desarrollo socioeconómico a través de una infraestructura moderna y eficiente, defiende la institucionalidad, los principios éticos y la transparencia, busca el equilibrio en las relaciones contractuales, propende por el fortalecimiento de las empresas que intervienen en la cadena de valor y su recurso humano, e influye notoriamente en el diseño, construcción e implementación de las políticas públicas relacionadas con el sector” (Cámara Colombiana de la Infraestructura, s.f.).

⁶⁸ Este informe, Grupo de Trabajo II (Solución de Controversias) de la CNUDMI con relación al 78º período de sesiones de Viena, celebradas entre 18 a 22 de septiembre de 2023.

De igual forma la evolución de las discusiones jurídicas en torno a estas cláusulas modelo, puede leerse en el informe del Informe del Grupo de Trabajo II (Solución de Controversias) sobre la labor realizada en su 77º período de sesiones (Nueva York, 6 a 10 de febrero de 2023).

intervención de un tercero (el perito). De tal modo que este sigue los mismos principios de los DB bajo los modelos contractuales FIDIC y el reglamento de la ICC del siguiente modo:

Vinculatoriedad: establece que la “determinación del perito será vinculante para las partes, que le darán cumplimiento” bajo la filosofía de inmediatamente vinculante. De tal manera que la determinación rápida que hiciera el perito constituye una decisión vinculante en virtud del acuerdo celebrado entre las partes, y estas están obligadas a cumplirla inmediatamente.

Ejecutabilidad: El incumplimiento de una determinación del perito será resuelto mediante un arbitraje acelerado donde se dictará un laudo que otorgará efectos a esa decisión, en un plazo breve, por ejemplo, de 10 días.

Transitoriedad: la parte vencida estará obligada a cumplir la determinación que hiciera el perito incluso cuando no estuviera de acuerdo con ella; sin embargo, este podrá, en última instancia, recurrir al arbitraje para resolver todas las cuestiones “incluidos los fundamentos en que se base la determinación del perito, tanto respecto de los hechos, como del derecho” (CNUDMI, 2023, pp.7-10).

6.4 LA DOCTRINA INTERNACIONAL ABOGA POR LA CONVENCION SOBRE DISPUTE BOARDS Y LAS DETERMINACIONES DE EXPERTOS

En el ámbito internacional, se observó un notable incremento en las cuantías de las disputas en el sector de la construcción, así como una reorganización de las principales causas que las generan. Asimismo, se destacaron como factores clave para la mitigación y resolución temprana de las disputas: a) la disposición de las partes para comprometerse; b) programaciones y revisiones precisas y oportunas realizadas por el personal del proyecto o terceros; c) transparencia del contratista al proporcionar datos de costos en respaldo de reclamaciones por daños y perjuicios. Estos factores se basan en un sistema de administración de riesgos fundamentado en tres pilares esenciales: la evitación, la mitigación y la resolución temprana.⁶⁹

En este contexto, algunas voces en la doctrina internacional abogan por la necesidad de establecer una convención para el reconocimiento internacional de las decisiones de los DB y de las Determinaciones de Expertos (ED por sus siglas en inglés) (Saidov, 2022, pp. 29-30). En ese sentido, el objetivo sería conferirles fuerza y ejecutabilidad de manera similar a lo que ha ocurrido durante años con los laudos arbitrales bajo la Convención de Nueva York. Más recientemente, se ha seguido un enfoque semejante con los acuerdos de transacción resultantes de procesos de mediación comercial internacional gracias a la Convención de Singapur. Por lo tanto, es probable que esta iniciativa continúe desarrollándose en el corto plazo.

⁶⁹ En el reporte anual, en relación con las disputas en la construcción en el mercado de Estados Unidos, puede verse como el promedio de la valoración de las disputas se encuentra en USD 42.8 millones, mientras que para el año inmediatamente anterior era de USD 30,1 millones; de modo que el sector con mayor cantidad de disputas es el de transporte (carreteras, puentes, transporte masivo, aeropuertos y puertos) (Arcadis, 2021).

7 CONCLUSIÓN

A modo de conclusión, el análisis detallado sobre la implementación de los DB en Colombia reveló una trayectoria marcada por tensiones legales y desafíos en la adaptación de este mecanismo en el marco jurídico nacional. A pesar de los esfuerzos iniciales de incorporar los DB, principalmente bajo la denominación de PE, en contratos de infraestructura, se evidenció una falta de alineación con los estándares internacionales y un enfrentamiento con los órganos de control fiscal.

La ausencia de una regulación legal específica generó incertidumbre y motivó consultas a entidades como la Contraloría y Colombia Compra Eficiente. En ese sentido, la interpretación restrictiva de la Contraloría y la percepción de los DB como incompatibles con mecanismos alternativos de solución de controversias contribuyeron a su casi desaparición en el ámbito nacional.

Adicionalmente, la migración de la naturaleza jurídica del PE hacia la AC, como una adaptación a las circunstancias y presiones de control fiscal, reflejó la complejidad y la resistencia en la integración de los DB en el panorama contractual colombiano. Aunque persisten en algunos contratos financiados por la Banca Multilateral, su implementación se vio limitada en el ámbito local.

Esta evolución pone de manifiesto la necesidad de un marco legal claro y adaptado a la realidad colombiana para los DB, así como una mayor claridad en la interpretación de su relación con los órganos de control fiscal. Por ende, la utilización de mecanismos alternativos de solución de controversias, como las AC, evidenció la búsqueda de fórmulas que concilien la autonomía de la voluntad contractual con las exigencias legales del entorno colombiano.

Por su parte, la AC viene experimentando un desarrollo significativo en el contexto de la infraestructura. A pesar de su adopción y aplicación en numerosos proyectos, se evidenciaron tensiones y desafíos en su implementación.

En un primer momento, se observó una resistencia por parte de algunos actores, especialmente órganos de control, ante la utilización de la AC. Asimismo, la falta de regulación clara y específica en algunos aspectos generó dudas sobre su compatibilidad con ciertos principios legales y fiscales, lo que contribuye a la reticencia de ciertas entidades y entidades de control.

Además, la relación entre la AC y otros mecanismos, como los DB, ha generado preguntas sobre su homologación y la conveniencia de mantener esta forzada equivalencia. Por lo tanto, Aunque comparten similitudes funcionales, las tensiones entre ambos han llevado a cuestionar si los DB debiera considerarse como un mecanismo independiente, con identidad propia.

En el ámbito temporal, se ha evidenciado que la implementación efectiva de la AC en el sector de la infraestructura ha sido un proceso gradual. En esa medida, su adopción en contratos aumentó, pero su pleno funcionamiento y aceptación aún enfrenta desafíos, especialmente en lo que concierne a la agilidad del mecanismo y a la fase de evitación de disputas.

Teniendo en cuenta las tensiones observadas, es crucial considerar la interacción entre la AC y las instancias jurisdiccionales. Aunque la AC demuestra eficacia para la resolución de

disputas, la falta de claridad en cuanto a su relación con las decisiones judiciales, al ser soluciones impuestas a las partes por fuera del ámbito jurisdiccional, y la falta de posibilidad de revisión en sede jurisdiccional, como si lo tienen los DB, plantea interrogantes sobre el mecanismo para resolver disputas complejas, cuantiosas y en las que están involucrados los recursos públicos de la nación.

A pesar de las tensiones y desafíos, la AC ha logrado establecerse como un mecanismo importante en la gestión de disputas en proyectos de infraestructura. Su evolución continuará siendo objeto de atención y ajustes, dado que se busca armonizar sus principios con las demandas cambiantes del sector y, en esa medida, garantizar su eficacia en la resolución de controversias.

En cualquier caso, los actores involucrados en el mecanismo ya sean las entidades gubernamentales encargadas de gestionar los contratos de infraestructura o los concesionarios y desarrolladores del proyecto, parecen buscar y encajar algunas de las características distintivas de DB en la AC. Estas incluyen la permanencia del panel durante todo el ciclo de vida del proyecto, ya se materialicen o no disputas formales, la fase de prevención de disputas y de asistencia informal, así como el beneficio de contar con la auditoría de un tercero independiente y bien informado sobre las particularidades de la obra. Además, como se ilustró en los contratos del Metro de Bogotá y el Tren Ligero de la 80 de Medellín, se busca un alcance amplio y casi ilimitado para abordar todos los asuntos que presentan potenciales disputas del contrato, como la determinación y valoración de obras extras o adicionales, así como la cuantificación de indemnizaciones de mayor duración. Estas características, en cierta medida, pueden entrar en conflicto con la interpretación que los órganos de control proporcionaron a las escasas normas que regulan la AC.

Finalmente, la relevancia internacional de los DB se destacó como un mecanismo eficaz para la resolución de controversias en proyectos de construcción a nivel mundial. En esa medida, la tendencia regulatoria internacional apunta hacia la adopción y estandarización de estos mecanismos, reconociendo sus beneficios en la gestión de disputas de manera eficiente y oportuna. La participación dinámica de diversos países en este enfoque subraya la importancia de alinearse con prácticas internacionales para mantener una competitividad en la ejecución de proyectos de infraestructura a gran escala.

En conformidad con lo anterior, Colombia, al no adaptar sus modelos de solución de controversias para incorporar plenamente los DB, podría enfrentar desafíos en términos de competitividad. La falta de alineación con las tendencias internacionales podría afectar la percepción de inversores y contratistas internacionales, quienes podrían preferir entornos con mecanismos de resolución de disputas más ampliamente reconocidos, estandarizados y homologados. En este contexto, la actualización de las regulaciones y la promoción activa de los DB podrían no solo mejorar la eficiencia en la gestión de conflictos, sino también fortalecer la posición de Colombia en el ámbito global de la construcción e infraestructura, lo que atrae inversiones y fomenta la participación de actores internacionales en proyectos nacionales.

En suma, adaptarse a las prácticas internacionales en solución de controversias se presenta como una estrategia crucial para mantener la competitividad y la atracción de inversiones en el sector de la construcción en Colombia.

Por último, y no menos importante, aunque hayan voces autorizadas, como las de Carrillo y Gómez (2023), quienes respaldan la posibilidad jurídica de que las entidades estatales en Colombia pacten el uso de DB, basándose en la autonomía de la voluntad y los principios

de buena administración, economía de la contratación estatal, celeridad, eficacia y economía de la función administrativa (pp. 227-241), la incertidumbre generada por los organismos de control y la creciente intervención judicial de las altas cortes, que cuestiona el carácter contractual de mecanismos no jurisdiccionales como la AC, no brindan garantías suficientes.

Por lo tanto, la falta de un fundamento normativo sólido compromete la homogeneidad y predictibilidad en la implementación del sistema de gestión de riesgos del contrato, lo cual puede desalentar la confianza de inversores y desarrolladores en estos mecanismos esenciales para la ejecución exitosa de proyectos.

8 BIBLIOGRAFÍA

- Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado [ANDJDE]. (2015). Circular Externa 9 (marzo 11 de 2015). *Lineamientos sobre prevención del daño antijurídico en materia de contratación estatal y estrategias generales de defensa jurídica*. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Circular/30034616>
- Agencia Nacional de Infraestructura [ANI]. (s.f.). *Contrato de concesión bajo el esquema de APP 4G*. <https://www.ani.gov.co/contratacion/contratos-4g>
- Agencia Nacional de Infraestructura [ANI]. (s.f.). *Contrato de concesión bajo el esquema de APP 5G*. https://www.ani.gov.co/sites/default/files/contrato_de_concesion_5g.pdf
- Aguas Nacionales. (2010). *Proceso PR-2010-031* <https://shorturl.at/gqEM5>
- Aguas Nacionales. (2012). *Contrato No. CO-2012-006*. <https://n9.cl/9neu2>
- Alcaldía Mayor de Bogotá. Directiva 022/18. Criterios para el nombramiento de árbitros y la inclusión de cláusula compromisoria en los contratos del distrito capital. 31 de octubre de 2018. <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=81324>
- Alcaldía Mayor de Bogotá. Resolución 212/23 [Por la cual se reglamenta la mediación de controversias jurídicas que se presenten entre organismos y/o entidades distritales], 31 de marzo de 2023. <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=139583#:~:text=Consieste%20en%20el%20incremento%20progresivo,por%20la%20jurisdicci%C3%B3n%20contencioso%2Dadministrativa>
- Almagro, I., & Klee, L. (2017). *Los contratos internacionales de construcción*. Wolters Kluwer.
- American Arbitration Association. (2022). *AAA-ICDR Dispute Avoidance and Resolution Board Specifications, Operating Procedures, and Hearing Rules and Procedures*. https://www.adr.org/sites/default/files/Construction_DARB_Specifications_Rules_Procedures.pdf
- American Bar Association. (s.f.). *Mini-Trial*. <https://n9.cl/hl2y2>
- Arcadis. (2023). *Construction Disputes Report Responding to challenges and adapting for project success*. <https://n9.cl/6m1hom>
- Ariza, S. (2022). *La amigable composición en los contratos de cuarta generación de infraestructura vial: un análisis de casos para determinar su eficacia* [Tesis de Grado, Pontificia Universidad Javeriana]. <http://hdl.handle.net/10554/59422>
- Asuntos Legales. (2023, octubre 20). *Beneficios de la Convención de Singapur*. <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/hector-mauricio-medina-531081/beneficios-de-la-convencion-de-singapur-3732074>
- Banco Interamericano de Desarrollo. (s.f.a). *Documentos Estándar de Adquisiciones*. <https://projectprocurement.iadb.org/es/documentos>
- Banco Interamericano de Desarrollo. (s.f.b). *Somos el BID*. <https://www.iadb.org/es/quienes-somos/acerca-del-bid>
- Banco Mundial. (2013). *Documentos Estándar de Licitación Pública Nacional (LPN) para Colombia : Adquisición de Bienes (Español)*. <https://n9.cl/ji1n0>

- Banco Mundial. (2013). *Documentos Estándar de Licitación Pública Nacional (LPN) Para Colombia : Adquisición de Servicios de No Consultoría (Español)*. <https://n9.cl/ji1n0>
- Banco Mundial. (2020). *DOING BUSINESS Midiendo regulaciones para hacer negocios Colombia*. <https://archive.doingbusiness.org/es/data/exploreconomies/colombia>
- Banco Mundial. (2020). *Standard Bidding Documents : Procurement of Works (English)*. <https://documents.worldbank.org/en/publication/documents-reports/documentdetail/323361581052752931/standard-bidding-documents-procurement-of-works>
- Banco Mundial. (2023). *Regulaciones de Adquisiciones para Prestatarios en Proyectos de Inversión*. <https://n9.cl/lgzaq1>
- Banco Mundial. (s.f.). *Marco de adquisiciones para proyectos IPF: para proyectos posteriores al 1 de julio de 2016*. www.worldbank.org/procurement/standarddocuments
- Banco Mundial. (s.f.c). *Quiénes somos*. <https://www.bancomundial.org/es/who-we-are>
- Barreto Cifuentes, S. (2022). *La congestión y la mora en la jurisdicción de lo contencioso administrativo : descripción y análisis del fenómeno y una evaluación de las medidas implementadas para combatirlo*. Universidad Externado de Colombia. <https://doi.org/10.57998/bdigital.handle.001.13105>
- Battrick, P., & Duggan, P. (2012). *The rainbow suite, The 1999 FIDIC suite*. <https://www.fidic.org/sites/default/files/FIDIC-rainbow-suite-2012.pdf>
- Benavides, J. L. (2010). *La internacionalización de los contratos públicos*. Universidad Externado de Colombia. <https://doi.org/10.57998/bdigital.handle.001.2741>
- Burgos, M. P., & Lemus, J. D. (2019). *La implementación de los dispute Boards dentro de los contratos de infraestructura vial* [Tesis de Grado, Universidad Externado]. (<https://doi.org/10.57998/bdigital.handle.001.2602>)
- Cámara Colombiana de la Infraestructura. (s.f.). *quienes somos*. <https://infraestructura.org.co/la-camara>
- Cámara de Comercio de Bogotá [CCB]. (2021). *El CAC en cifras: índice estadístico*. <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/server/api/core/bitstreams/d7562595-0118-4d46-b71c-49fd6b12c6b1/content>
- Cámara de Comercio de Bogotá [CCB]. (2021). *El CAC en cifras: índice estadístico 2021*. https://issuu.com/ccb_cac/docs/cartilla_i_estadistico_cac_pca_120421?fr=sMWUyZTMzODU2Nzc
- Cámara de Comercio de Bogotá [CCB]. (2023, junio 30). *Solicitudes de amigable composición*. <https://n9.cl/409c5>
- Cámara de Comercio de Bogotá [CCB]. (s.f.). *Mediación nacional e internacional. Reglamento de Mediación nacional e internacional*. <https://www.centroarbitrajeconciliacion.com/Servicios/Mediacion-nacional-e-internacional>
- Cárdenas, J. P. (2003). *El arbitraje en equidad*. *Vniversitas*, (105), 347- 374. <https://www.redalyc.org/pdf/825/82510514.pdf>
- Carmona, L. (2014). *Paneles de expertos*. [Tesis de Grado, Pontificia Universidad Javeriana] Repositorio Universidad Javeriana <http://hdl.handle.net/10554/15815>

- Carrillo, F., & Gómez. I. D. (2023). *Los Mecanismos de Solución de Conflictos en Colombia +MASC. Fundación I-LEE*. <https://n9.cl/797dn>
- Chern, C. (2020). *Chern On Dispute Boards Practice and Procedure*. Routledge
- Clare, M. A. (2021). Los *dispute boards* en Latinoamérica: más que una alternativa, una necesidad. *Revista Panameña de Derecho Internacional Privado*, 295-324. <https://www.drb.org/assets/docs/WebsiteDocs/Los%20Dispute%20Bords%20en%20Latinoamerica%20-%20Art%C3%ADculo%20-%20Miguel%20Angel%20Clare.pdf>
- Colombia Compra Eficiente. (2013). *Programa de Vías para la integración y la Equidad Contrato 2013-OO-20-8004*. <https://n9.cl/q9luq>
- Colombia Compra Eficiente. (2013). *Programa de Vías para la integración y la Equidad Contrato 4600000487*. <https://shorturl.at/dptW0>
- Colombia Compra Eficiente. (2013). *Programa de Vías para la integración y la Equidad Contrato 4600000488*. <https://shorturl.at/nCQ56>
- Colombia Compra Eficiente. (2014). *Programa de Vías para la integración y la Equidad Contrato 4600001377*. <https://shorturl.at/fmyH6>
- Colombia Compra Eficiente. (2015). *Construcción del proyecto Metroplús y obras complementarias en el municipio de envigado*. <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProcesoBM.do?numConstancia=15-6-22721>
- Colombia Compra Eficiente. (2019). *Detalle del Proceso Número: APP-20-01-2019*. <https://n9.cl/3xdw5>
- Colombia Compra Eficiente. (2021). *Concepto C-049 de 2021*. <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/ficha/C-049%20de%202021>
- Colombia Compra Eficiente. (s.f.). *Procesos de Banca Multilateral*. <https://www.contratos.gov.co/consultas/listadoProcesosBM.do>
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (2023). *Informe del Grupo de Trabajo II (Solución de Controversias) sobre la labor realizada en su 78º periodo de sesiones (Viena, 18 a 22 de septiembre de 2023) (Reporte No. A/CN.9/1159)*. https://uncitral.un.org/es/working_groups/2/arbitration
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (2018). *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación con la Guía para su incorporación al derecho interno y utilización (2018)*. <https://n9.cl/8sx67>
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (2021). *Reglamento de Arbitraje Acelerado de la CNUDMI (2021)*. <https://n9.cl/w2r1i>
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (2024). *Grupo de Trabajo II: Solución de Controversias*. https://uncitral.un.org/es/working_groups/2/arbitration
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 21 de octubre de 2009. Radicación 25000–23–26–000–2008–00141–01. C.P. Dra. Myriam Guerrero de Escobar. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de Jurisprudencial y Doctrina de Legis de marzo de 2010, páginas 419 a 423.

- Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto Radicación No. 1.952 11001-03-06-000-2009-00033-00. Referencia: El contrato de concesión de servicio público. Modificaciones. La Amigable Composición. Contrato de concesión del aeropuerto El Dorado. (M.P. Enrique José Arboleda Perdomo, 13 de agosto de 2009) <https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/1952.pdf>
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 05001-23-31-000-2006-03454-01 (55104), (M.P. Alberto Montaña Plata, octubre 11 de 2021). <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:3001/api/DescargarProvidenciaPublica/1100103/05001233100020060345401/45D26485811BB2C2320CCCE09C142941D67C2FF6FB73170B104B81953155311A/2>
- Contraloría Colombia. (2023). #EnVivo Relanzamiento Estrategia de Elefantes Blancos. <https://www.youtube.com/watch?v=3vsq-malNPs&t=37s>
- Contraloría General de la República. (2014). *Concepto CGR-OJ-2014IE0173683*. <https://vlex.com.co/vid/concepto-n-cgr-oj-797811569>
- Contraloría General de la República. (2014). *Informe de Auditoría Agencia Nacional de Infraestructura -ANI- Vigencia 2014. CGR-CDIFTCEDR- N°044*. <https://n9.cl/oruez>
- Contraloría General de la República. (2017). *Informe de Auditoría de Cumplimiento Agencia Nacional de Infraestructura -ANI Concesiones Transversal de las Américas y Ruta del Sol Sector 3- II Semestre de 2017. CGR-CDSIFTCEDR No. 055*. <https://n9.cl/jwhnc>
- Contraloría General de la República. (2023). *Informe de gestión al Congreso y al Presidente de la República. Una Contraloría con independencia para el cambio 2022-2023*. <https://n9.cl/mxjj4>
- Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-014/10 (M.P. Mauricio González Cuervo; 20 de enero de 2010). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-014-10.htm>
- Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-249/04 (M.P. Jaime Araújo Rentería; 16 de marzo de 2004). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-249-04.htm>
- Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-576/92 (M.P. Fabio Morón Díaz, 28 de octubre de 1992.) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-576-92.htm>
- Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-599/92 (M.P. Fabio Morón Díaz, 10 de diciembre de 1992). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/C-599-92.htm>
- Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia SU-091/00 (M.P. Álvaro Tafur Galvis; 2 de febrero de 2000). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/su091-00.htm>
- Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-017/05 (M.P. Rodrigo Escobar Gil; 20 de enero de 2005). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/t-017-05.htm>
- Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-093/00 (M.P. Diana Fajardo Rivera; 30 de marzo de 2010). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2023/T-093-23.htm#_ftn120

- Cruz Medina, V. (2018). La amigable composición en los contratos de concesión 4G en Colombia: Un mecanismo de justicia alternativa que garantiza la seguridad jurídica. [Tesis de Grado, Universidad de los Andes] Repositorio Universidad de los Andes. <http://hdl.handle.net/1992/40058>
- CRW Joint Operation vs. PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK (II), ICC Case No. 18272/CYK (2014) https://jsumundi.com/en/document/decision/en-crw-joint-operation-v-pt-perusahaan-gas-negara-persero-tbk-judgment-of-singapore-high-court-2014-sghc-146-wednesday-16th-july-2014#decision_26495 .
- CRW Joint Operation vs. PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK (II), ICC Case No. 18272/CYK (2015) https://jsumundi.com/en/document/decision/en-crw-joint-operation-v-pt-perusahaan-gas-negara-persero-tbk-judgment-of-the-high-court-of-singapore-wednesday-27th-may-2015#decision_14474
- Dispute Resolution Board Foundation [DRBF]. (2019). *Dispute Board Manual. A Guide to Best Practices and Procedures*. <https://www.drb.org/dispute-board-manual>
- Dispute Resolution Board Foundation [DRBF]. (s.f.). *Welcome!* <https://www.drb.org/>
- Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. (2023). *Hoja de términos para el proceso de invitación pública cuyo objeto es contratar, bajo la modalidad de concesión de derecho privado, todas las actividades necesarias para la elaboración de los estudios y diseños, la financiación y la ejecución de las unidades de ejecución, así como la gestión social y ambiental, la puesta en marcha, la estabilización, la reversión parcial, la operación, el mantenimiento y la reversión de la planta de tratamiento de aguas residuales de canoas*. <https://n9.cl/u3w84>
- Empresa de Transporte Masivo del Valla de Aburra Ltda. Metro de Medellín Ltda. (2022). *Contrato 4396C*. <https://shorturl.at/elzG8>
- Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. (2023). *Foro: Innovación para solucionar disputas sin litigios*. <https://www.youtube.com/watch?v=VK35cYV1CGI&t=15418s>
- Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. (2023). *II Foro | Resolución de controversias contractuales en infraestructura - Panel 3*. <https://www.youtube.com/watch?v=XWJxRdj7cB0>
- Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. (2023). *II Foro | Resolución de controversias contractuales en infraestructura - Panel 4*. <https://www.youtube.com/watch?v=pocvOgNiKZM&t=9s>
- Federación Internacional de Ingenieros Consultores. (2013). *FIDIC Guidance Memorandum to Users of the 1999 Conditions of Contract dated 1st April 2013*. <https://n9.cl/ilz6m>
- Federación Internacional de Ingenieros Consultores. (2013). *The rainbow suite*. <https://www.fidic.org/sites/default/files/FIDIC-rainbow-suite-2012.pdf>
- Federación Internacional de Ingenieros Consultores. (2017). *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*. FIDIC.
- Federación Internacional de Ingenieros Consultores. (2023). *FIDIC Dispute Avoidance and Adjudication Forum. Practical Note 1. Dispute Avoidance -focusing on dispute boards*. https://issuu.com/fidic/docs/2023_practice_note_on_dispute_avoidance_e-brochure?fr=xKAE9_zU1NQ

- Federación Internacional de Ingenieros Consultores. (s.f.c). *about us* .<https://fidic.org/about-us>
- Federación Internacional de Ingenieros Consultores. (s.f.c). *FIDIC MDB Harmonised Construction Contract*. https://fidic.org/MDB_Harmonised_Construction_Contract
- García, M., & Ceballos, M.A. (2019). *La Profesión Jurídica en Colombia. Falta de reglas y exceso de mercado* Dejusticia. <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2019/08/La-Profesio%CC%81n-Juri%CC%81dica-En-Colombia.pdf>
- Gaviria, E. (2002). La Amigable Composición. *Revista Foro del Jurista*, 4(8), 27-46.
- Gaviria, J.A., & Londoño, N.R. 2022. Lawyernomics en Colombia. Efectos económicos derivados del alto número de abogados y los excesivos niveles de actividad jurídica. *Revista derecho del Estado*, 52, 207–245. <https://doi.org/10.18601/01229893.n52.07>.
- GUPC vs. ACP (II) (Concrete Arbitration) (1)Grupo Unidos por el Canal, S.A., (2) Sacyr, S.A., (3) Webuild, S.p.A. (formerly Salini-Impregilo S.p.A.), (4) Jan De Nul, N.V. v. Autoridad del Canal de Panamá (II), ICC Case No. 20910/ASM/JPA (C-20911/ASM) https://jsumundi.com/en/document/decision/en-autoridad-del-canal-de-panama-v-1-grupo-unidos-por-el-canal-s-a-2-sacyr-s-a-3-salini-impregilo-s-p-a-and-4-jan-de-nul-n-v-ii-partial-award-on-merits-saturday-26th-september-2020#decision_12636
- Institution of Civil Engineers. [ICE] (s.f.). *about us*. <https://www.ice.org.uk/about-us>
- Institution of Civil Engineers. [ICE] (s.f.). *New Engineering Contract (NEC)*. <https://www.ice.org.uk/what-is-civil-engineering/what-do-civil-engineers-do/new-engineering-contract-nec> <https://www.neccontract.com/>
- Instituto Nacional de Concesiones [INCO]. *Contrato de concesión de obra pública N.º 002 del 14 de enero de 2010*. Ministerio de Transporte. <https://www.ani.gov.co/sites/default/files/hiring/1608/405/CONTRATO%20DE%20CONCESION%20No%20002%20DEL%202010%20-%20SECTOR%201.pdf>
- Instituto Nacional de Concesiones [INCO]. *Contrato de Concesión de obra pública N.º 001 del 14 de enero de 2010*. Ministerio de Transporte. <https://www.ani.gov.co/sites/default/files/hiring/1756/405/CONTRATO%20DE%20CONCESION%20No%20001%20DEL%202010%20-%20SECTOR%202.pdf>
- Instituto Nacional de Concesiones [INCO]. *Contrato de Concesión de obra pública N.º 007 de 2010*. Ministerio de Transporte. https://www.ani.gov.co/sites/default/files/contrato_de_concesion_007-2010_con_apendices.pdf
- International Chamber of Commerce [ICC]. (2004). *Dispute Board Rules*. https://www.icc-syria.com/img/uploads1/rules_38.pdf
- International Chamber of Commerce [ICC]. (2017). *2015 Dispute Board Rules (Spanish version)*. <https://n9.cl/bq3tr>
- International Chamber of Commerce [ICC]. (s.f.). *Home*. <https://n9.cl/0tiesb>
- Jackson, S. (2022) Collaborative dispute resolution. En Nazzini. R. (eds.), *Construction Arbitration and Alternative Dispute Resolution. Theory and Practice Around the World* (pp.109-125). Routledge.

- Ley 1563 de 2012. Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. 12 de julio de 2012. DO. N48.489. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1563_2012.html
- Ley 1682 de 2013. Por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias. 22 de noviembre de 2013. DO. N48.987. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1682_2013.html
- Ley 20410 de 2009 (Chile). Modifica la ley de concesiones de obras públicas y otras normas que indica. 14 de diciembre de 2009. <http://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1010304>
- Ley 2220 de 2022. Por medio de la cual se expide el estatuto de conciliación y se dictan otras disposiciones. 30 de junio de 2022 y Rige a partir del 30 de diciembre de 2022. DO. N52.081. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_2220_2022.html#T%C3%8DTULO%20I
- Ley 2309 de 2023. Por medio de la cual se aprueba la “*Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales resultantes de la mediación*”, suscrita en Nueva York, el 20 de diciembre de 2018. 2 de agosto de 2023. DO. N52.475. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_2309_2023.html
- Ley 30225 de 2015. (Perú). Ley de Contrataciones del Estado. 1 de enero de 2015. Gaceta Jurídica. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/44BEA7868EA7E14905257E2F005EF81E/\\$FILE/Ley_30225.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/44BEA7868EA7E14905257E2F005EF81E/$FILE/Ley_30225.pdf)
- Ley 446 de 1998. 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. 7 de julio de 1998. DO. N43.335. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0446_1998.html
- Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. 28 de octubre de 1993. DO. N41.094. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html
- Ley 84 de 1873. Código Civil de los Estados Unidos De Colombia. 31 de mayo de 1873. DO. N2.867. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html#1
- Medina, H.M. (2023). *Beneficios de la Convención de Singapur*. <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/hector-mauricio-medina-531081/beneficios-de-la-convencion-de-singapur-3732074>
- Méndez, G. (2014). *La Amigable composición. Su evolución normativa y su fortalecimiento institucional en el nuevo estatuto arbitral* [Cámara de Comercio de Bogotá]. <https://n9.cl/26o0i>
- Montero, F.J. (2023). *Early Neutral Evaluation* [Universidad de Chile]. <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/195834>

- National Technical Reports Library [NTRL]. (1974). *Better Contracting for Underground Construction*.
<https://ntrl.ntis.gov/NTRL/dashboard/searchResults/titleDetail/PB236973.xhtml>
- Nuviala, I. (2021). *Los Dispute Boards como mecanismo jurídico de resolución de conflictos en los contratos internacionales de ingeniería y construcción. Un análisis desde la perspectiva del derecho transnacional* [Tesis Doctoral, Universidad de Zaragoza, Repositorio Universidad de Zaragoza]. <https://zaguan.unizar.es/record/106186>
- Olmos Vélez, P. (2020). *La Convención de Singapur y otros instrumentos internacionales sobre conciliación internacional y su aplicación en Colombia*. Universidad Externado de Colombia. <https://doi.org/10.57998/bdigital.handle.001.3688>
- Ospina, A.F. (2022). *Horizonte del contencioso administrativo*. Universidad Externado de Colombia.
- Pombo Caballero Abogados. (2023). *Conferencia: Principales aspectos del amigable componedor en la contratación estatal*.
<https://www.youtube.com/watch?v=SDzhFInbooc&t=12s>
- Presidencia de la República de Colombia. Decreto 1400/70. Por los cuales se expide el Código de Procedimiento Civil. 6 de agosto de 1970. DO. N33.150.
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_procedimiento_civil.html
 [Art.677.http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_procedimiento_civil_pr022.html#677]
- Presidencia de la República de Colombia. Decreto 1818/98. Por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos. 7 de septiembre de 1998. DO. N43.380.
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_1818_1998.html
- Presidencia de la República de Colombia. Decreto 2279/89. Por el cual se implementan sistemas de solución de conflictos entre particulares y se dictan otras disposiciones. 7 de octubre de 1989. DO. N39.012.
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77501>. [Art. 51.
https://www.camara.gov.co/sites/public_html/leyes_hasta_1991/decreto/1989/decreto_2279_1989.html#51]
- Presidencia de la República de Colombia. Decreto 410 de 27/71. Por el cual se expide el Código de Comercio. 27 de marzo de 1971. DO. N33.339.
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html [Art. 2025.
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio_pr062.html#2025]
- Presidencia de la República de la Colombia. Decreto 1082 de 2015. Esta versión incorpora las modificaciones introducidas al decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional a partir de la fecha de su expedición]. 25 de mayo de 2015.
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653>)
- Presidencia de la República de la Colombia. Decreto 2137/15. Por el cual se modifica la denominación del Capítulo 2 del Título 3 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, se crea una sección en el

- mismo y se adiciona otra. 4 de noviembre de 2015. DO. N49686. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=64681>
- Quiñones, J.C. (2021). *Infraestructura y Derecho - Decisiones arbitrales y de amigables componedores en el programa 4G 1a ed.* Legis Editores S. A.
- Rey, P. (2016). El arbitraje doméstico colombiano a la sombra de la amigable composición como mecanismo que privilegia la autonomía de la voluntad. *Vniversitas*, 65(133), 227–270. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj133.adcs>
- Saidov, D. (2022). An International Convention on Expert Determination and Dispute Boards? *International and Comparative Law Quarterly*, 71(3), 697-726. <https://doi.org/10.1017/S0020589322000185>
- Secretaría Jurídica Distrital. (2023). *XX Seminario Internacional de Gestión Jurídica y Derecho Público*. https://www.youtube.com/watch?v=wjEgEr-mI_c&t=12484s
- Sociedad Concesionaria Operadora Aeroportuaria Internacional S.A.[OPAIN S.A.] vs. Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil [UAEAC] (2010) <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/server/api/core/bitstreams/788bd11e-e890-4b9c-bdd0-595291d06b48/content>
- Vías de las Américas S.A.S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura (2016), <https://n9.cl/qzvr8b>