



Al contestar por favor cite estos datos:

No. de Radicado: 20161030028741-OAJ

Fecha de Radicado: 30-03-2016

Bogotá D.C.,

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

En atención a su solicitud de concepto relacionada con el alcance de la Directiva Presidencial No. 03 del 23 de diciembre de 2015 y en particular sobre la aplicación de la misma a LA PREVISORA COMPAÑÍA DE SEGUROS dada su naturaleza jurídica y el régimen de contratación al cual esa entidad se encuentra sometida, me permito plantear las siguientes consideraciones:

Previo a la expedición de la Directiva No. 03 del 23 de diciembre de 2015, la Presidencia de la República emitió la Directiva No. 04 del 11 de noviembre de 2014 en la cual se expresó lo siguiente:

*"1. La suscripción de pactos arbitrales, es decir, el acuerdo de compromisos y cláusulas compromisorias en contratos estatales debe corresponder a una decisión de gerencia pública **explícita**, previa evaluación de la conveniencia de derogar en cada caso concreto la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativa, según la naturaleza de las partes, el objeto del contrato y la cuantía del proceso, entre otras consideraciones".*

En consecuencia, cada vez que una entidad u organismo de la Rama Ejecutiva del orden nacional, decida suscribir un compromiso y/o cláusula compromisoria, previo concepto de los jefes de oficina jurídica, directores jurídicos o quienes hagan sus veces, los directores de la entidad u organismos deberán documentar

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia

Carrera 7 # 75- 66

Comutador (571) 255 8955

www.defensajuridica.gov.co

Página 1 de 7



dentro de los antecedentes contractuales las razones que justifican la procedencia del pacto arbitral. En caso de duda podrán consultar al Director de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. (...)

3. En todo caso, ninguna entidad u organismo de la Rama Ejecutiva del orden nacional podrá nombrar como árbitro a un abogado que sea contraparte en otro proceso de una entidad pública del orden nacional o a un abogado que se esté desempeñando, al momento de su designación, en más de cinco (5) tribunales de arbitramento en los que intervenga como parte una entidad pública".

Con base en la anterior Directiva, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (en adelante ANDJE) emitió la Circular Externa 013 el 26 de diciembre de 2014 en la cual se expresó lo siguiente:

"En relación con la Directiva Presidencial No. 4 del 11 de noviembre de 2014, es necesario precisar que las instrucciones impartidas no implican el desconocimiento, la prescindencia o la eliminación de la justicia arbitral como medio legítimo, especializado, confiable y efectivo para resolver controversias que inciden en los asuntos de mayor impacto e importancia para la institucionalidad y el desarrollo del país. En ese orden de ideas la Directiva no prohíbe la inclusión de cláusulas arbitrales o la suscripción de compromisos necesarios para activar esa jurisdicción. Así su objeto es indicar que a cada gerente público corresponde establecer los casos en los cuales dicho mecanismo alternativo de solución de conflictos resulta necesario y procedente.

(...)

1. Las entidades u organismos de la Rama Ejecutiva del orden nacional podrán solicitar concepto al (la) Director (a) de la ANDJE sobre la política general que debe adoptarse para la inclusión o no de cláusulas compromisorias en determinadas clases de contratos o grupos de contratos con características similares.

Igualmente, las entidades u organismos de la Rama Ejecutiva del orden nacional, que decidan suscribir un compromiso y/o cláusula compromisoria y tengan dudas sobre las razones que justifican su procedencia en un contrato en particular podrán consultar al (la) Director(a) de la ANDJE de conformidad con el siguiente procedimiento:

1.1. En caso de tratarse de una consulta sobre la política general para determinadas clases de contratos o grupos de contratos con características similares, la solicitud debe ser suscrita por el representante legal de la entidad u organismo, previo concepto de los jefes de oficina jurídica, directores ejecutivos o quienes hagan sus veces, y deberá indicar la razones por las cuales es procedente la suscripción de la cláusula arbitral, así como describir los elementos característicos de la tipología o grupo de contratos objeto de consulta.

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia

Carrera 7 # 75- 66

Comutador (571) 255 8955

www.defensajuridica.gov.co



- 1.2. *En el evento de consultas sobre la procedencia de suscripción de compromisos o cláusulas compromisorias en un contrato en particular, deberá presentarse solicitud por escrito, suscrita por el representante legal de la entidad u organismo, remitiendo los antecedentes más relevantes del caso, la minuta del respectivo contrato, así como el concepto previo de los jefes de oficina jurídica, directores jurídicos o quienes hagan sus veces en la respectiva entidad”.*

Dado el incumplimiento de las entidades del orden nacional en remitir la información solicitada a través de la Directiva Presidencial No. 4 de 2014 y de la Circular Externa 013 del mismo año, la ANDJE expidió la Circular Externa No. 4 el 10 de febrero de 2015 en la que requirió a las entidades públicas del orden nacional remitir la información solicitada mediante los mencionados documentos para conformar el registro único de arbitramientos públicos.

Posteriormente, tal como se afirma en la consulta, la Presidencia de la República expidió la Directiva No. 3 del 23 de diciembre de 2015 en la que se señaló expresamente lo siguiente:

“La suscripción de pactos arbitrales, es decir, el acuerdo de compromisos y cláusulas compromisorias en contratos estatales, regidos por la Ley 80 de 1993 y sus modificaciones, debe corresponder a una decisión de gerencia pública explícita, previa evaluación de la conveniencia de derogar en cada caso concreto la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, según la naturaleza de las partes, el objeto del contrato y la cuantía del proceso, entre otras consideraciones”.

No obstante lo anterior, en la misma Directiva 03 de 2015 se expresó:

“En consecuencia, cada vez que una entidad u organismo de la Rama Ejecutiva del orden nacional decida suscribir un compromiso y/o una cláusula compromisoria, previo concepto de los jefes de oficina jurídica, directores jurídicos o quienes hagan sus veces, los directores de la entidad u organismo deberán documentar dentro de los antecedentes contractuales las razones que justifican la procedencia del pacto arbitral.

(...)

“Ninguna entidad u organismo de la Rama Ejecutiva del orden nacional podrá nombrar como árbitro a un abogado que sea contraparte en otro proceso de una entidad pública del orden nacional o a un abogado que se esté desempeñando, al momento de su designación, en más de cinco (5) tribunales de arbitramento en los que intervenga como parte una entidad pública”.

Adicionalmente, para efectos del presente análisis, resulta conveniente mencionar que la ANDJE, tiene como objetivo “el diseño de estrategias, planes

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia

Carrera 7 # 75- 66

Conmutador (571) 255 8955

www.defensajuridica.gov.co



y acciones dirigidos a dar cumplimiento a las políticas de defensa jurídica de la Nación y del Estado definidas por el Gobierno Nacional; la formulación, evaluación y difusión de las políticas en materia de prevención de las conductas antijurídicas por parte de servidores y entidades públicas, del daño antijurídico y la extensión de sus efectos, y la dirección, coordinación y ejecución de las acciones que aseguren la adecuada implementación de las mismas, para la defensa de los intereses litigiosos de la Nación”, entendiendo por estos últimos como “aquellos en los cuales esté comprometida una entidad de la Administración Pública del orden nacional por ser parte en un proceso”, esto es, controversias judiciales y/o arbitrales en las que sea parte una entidad de la Rama Ejecutiva del orden nacional¹.

Igualmente, través de la Dirección de Políticas y Estrategias para la Defensa Jurídica, la ANDJE tiene como función: ***“Analizar las providencias judiciales y arbitrales que afecten los intereses del Estado, con el fin de identificar líneas jurisprudenciales y doctrinales que permitan coadyuvar en la defensa de los intereses litigiosos del Estado***². (Negrillas fuera del texto).

Tal como se aprecia de las normas transcritas, el objetivo de la ANDJE no diferencia entre los regímenes contractuales a los que se encuentran sometidas las distintas entidades que conforman la Rama Ejecutiva del orden nacional y en consecuencia, el diseño de políticas, estrategias de defensa judicial, solicitudes de información y demás actividades tendientes a la defensa de los intereses litigiosos de dichas entidades resultan vinculantes y obligatorias para todas aquellas entidades u organismos públicos del nivel nacional que conforman dicha rama del poder público.

De la lectura de la Directiva Presidencial 04 de 2014 y de las Circulares Externas Nos. 13 de 2014 y 4 de 2015 se advierte que la información requerida por la ANDJE, así como los lineamientos que se impartieron en materia arbitral resultaban obligatorios para todas las entidades pertenecientes a la Rama Ejecutiva del orden nacional, con independencia del régimen contractual al que estuvieran sometidas o a la naturaleza jurídica de cada una de ellas.

Al revisar y comparar la Directiva No. 3 del 26 de diciembre de 2015 con la anterior directiva presidencial y con las circulares externas de la Agencia, se advierte que aquella está dirigida a los siguientes funcionarios: **Ministros del Despacho, Directores de Departamento Administrativo, Superintendentes, Directores, Gerentes, Presidentes de entidades** centralizadas y

¹ Artículo 2º del Decreto Ley 4085 de 2011.

² Numeral 5º del Artículo 18 del Decreto Ley 4085 de 2011.



descentralizadas de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional.

Así mismo, tal como atrás se destacó, hay lineamientos en relación con la escogencia de los árbitros y del suministro de la información a la ANDJE dirigidos a todas las entidades pertenecientes a la Rama Ejecutiva del orden nacional, esto es, a todas aquellas entidades u organismos del sector central o descentralizado de la Administración Pública sin importar su naturaleza jurídica o su régimen de contratación.

Tan solo en el primer párrafo de la mencionada Directiva Presidencial No. 3 de 2015, se hizo referencia de manera tangencial a las entidades sometidas a la Ley 80 de 1993 y demás normas que la modifiquen, situación que en concepto de la Oficina Asesora Jurídica de la ANDJE no da lugar a excluir de los lineamientos de la mencionada Directiva a las entidades exceptuadas del régimen de contratación previsto en la Ley 80 de 1993, no solo porque ese querer no se infiere de la lectura del texto completo de dicho documento, sino porque en verdad carece de sentido que para efectos de regular algunos aspectos dirigidos a la defensa jurídica del Estado en materia arbitral se diferencie entre las entidades sometidas a la Ley 80 de 1993 y aquellas que no lo están y resulta más equivocado aun impartir directrices tan solo a las entidades sometidas a dicha ley, pese a que no existe ninguna justificación para una decisión en ese sentido.

Es indiscutible que existen sustanciales diferencias entre las entidades sometidas al régimen de contratación previsto en la Ley 80 de 1993 y aquellas que no lo están y principalmente se puede afirmar que la causa de dicha dualidad de regímenes consiste precisamente en que en algunos eventos el Estado participa en la economía a través de sus entidades descentralizadas realizando actividades industriales o comerciales dentro de un mercado en competencia con entidades públicas o privadas del orden nacional o internacional.

Efectivamente el legislador colombiano, consciente de dicha situación, ha regulado de manera especial el ejercicio de actividades comerciales o industriales cuando son desarrolladas por entidades públicas y en particular ha determinado que el régimen contractual de dichas entidades no corresponde al previsto en la Ley 80 de 1993, sino a aquel fijado en las leyes civiles y comerciales que rigen las relaciones negociales entre los particulares.

No obstante, dicha diferenciación en materia del régimen de contratación no debe ser tenida en cuenta cuando de lo que se trata es de garantizar la imparcialidad, de evitar los conflictos de interés y de diseñar políticas y estrategias de defensa en los procesos arbitrales en los que sea parte una

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia

Carrera 7 # 75- 66

Conmutador (571) 255 8955

www.defensajuridica.gov.co



entidad pública del orden nacional, pues con independencia de la regulación en materia de contratos, dichos aspectos deben cobijar y resultan vinculantes para cualquier entidad u organismo del orden nacional que pertenezca a la Rama Ejecutiva del poder público.

Precisado lo anterior, se da respuesta a cada uno de los interrogantes de la siguiente manera:

"1. La Directiva menciona en su numeral 1 "suscripción de pactos arbitrales en contratos estatales regidos por la Ley 80", sin embargo, nuestro marco regulatorio en temas de contratación es el régimen de excepción contenido en la Ley 1150/2007, por lo tanto, ¿No nos aplicarían las reglas aquí establecidas respecto de la constitución de tribunales de arbitramento?"

De acuerdo con las consideraciones expuestas, debe entenderse que los lineamientos e instrucciones previstos en la Directiva Presidencial No. 3 de 2015, resultan obligatorios para todas las entidades públicas del orden nacional que pertenezcan a la Rama Ejecutiva, sin importar si hacen parte del sector central o descentralizado o si están o no sometidas al régimen de contratación previsto en la Ley 80 de 1993.

Al ser LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, una sociedad de economía mixta del orden nacional y en consecuencia pertenecer al sector descentralizado por servicios de la Rama Ejecutiva³, las reglas previstas en la Directiva 3 de 2015, relacionadas con la escogencia de árbitros para conformar tribunales de arbitramento en los que se encuentren comprometidos los intereses litigiosos de la Nación, así como el suministro de información a la ANDJE en materia arbitral, le resultan aplicables.

"2. En caso afirmativo, la Previsora ¿puede pactar cláusula arbitral en modelos de contratos administrativos y en las pólizas de seguros?"

La PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS puede pactar cláusula arbitral en todos los contratos en los que tenga parte esa entidad de acuerdo con los lineamientos previstos en la Directiva No. 3 de 2015, en la que se reitera lo instruido en la Directiva No. 4 de 2014 ,en el sentido de documentar y justificar los motivos o razones para incluir dicha cláusula compromisoria en un

³ De acuerdo con el artículo 38 de la Ley 489 de 1998 tenemos lo siguiente: *"Artículo 38º.- Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades: (...)2. Del Sector descentralizado por servicios: (...)f. Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta".*

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia

Carrera 7 # 75- 66

Conmutador (571) 255 8955

www.defensajuridica.gov.co



determinado contrato, pues debe tenerse en cuenta que la determinación de extraer de la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa debe corresponder a una decisión de gerencia pública explícita.

"¿Qué sucede en los casos de los coaseguros en los que la Previsora figura como aceptante y en los casos de reaseguro en los cuales se pacte arbitramento?"

En cualquier contrato en el que la PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS sea parte sin importar la denominación o elementos del mismo en el que se incluya una cláusula compromisoria o frente al que se haga un compromiso, deberán seguirse los lineamientos previstos en la Directiva Presidencial No. 3 de 2015, esto es, que será necesario expresar las razones que dan lugar a la competencia a un tribunal de arbitramento, dentro de las cuales podrán consignarse aquellas relacionadas con la costumbre mercantil, la naturaleza del negocio, la calidad que tenga la entidad dentro del contrato, entre otras, se atenderán los criterios para la selección de árbitros y deberá remitirse la información correspondiente a la ANDJE para el diseño de políticas y estrategias tendientes a defender los intereses litigiosos de la Nación.

Este concepto se emite en los términos del artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, *"Por medio del cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye un Título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo"* y el parágrafo del artículo 2.2.3.2.7 del Decreto 1069 del 2015 *"Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho"*.

Atentamente,


HUGO ALEJANDRO SÁNCHEZ HERNÁNDEZ
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Elaboró: Juan José Gómez Urueña – Asesor Externo
Revisó: Margarita María Miranda Hernández, Abogada OA

c.c Diana Fajardo Rivera, Directora Políticas y Estrategias
Juanita López Patrón, Directora Defensa Jurídica

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia

Carrera 7 # 75- 66

Comutador (571) 255 8955

www.defensajuridica.gov.co